

Imposibilidad de divulgar encuestas y sondeos de opinión por redes sociales y otras plataformas

José Joaquín Guzmán Herrera¹



DOI 10.35242/RDE_2019_27_15

Nota del Consejo Editorial



Recepción: 23 de noviembre de 2018

Revisión, corrección y aprobación: 13 de diciembre de 2018.

Resumen: Expone los alcances de la opinión consultiva n.º 0382-E8-2018 de las 11:30 horas del 19 de enero de 2018, referente a la prohibición de divulgar encuestas y sondeos de opinión por redes sociales y otras plataformas, emitida por el Tribunal Supremo de Elecciones de la República de Costa Rica.

Palabras clave: Encuestas electorales / Difusión de encuestas / Tregua política / Prohibición / Hermenéutica / Interpretación de la ley / Jurisdicción electoral.

Abstract: It presents the scope of the consultative opinion n.º 0382-E8-2018 from 11:30 am on January 19th, 2018 regarding the prohibition to disseminate surveys and opinion polls through social networks and other platforms issued by the Supreme Electoral tribunal of the Republic of Costa Rica.

Key Words: Electoral surveys / Dissemination of surveys / Political truce / Prohibition / Hermeneutics / Interpretation of the law / Electoral jurisdiction.

¹ Abogado y Politólogo. Letrado del Tribunal Supremo de Elecciones desde octubre de 2003. Profesor de Derecho Administrativo 1 en la Universidad Politécnica Internacional.

1. ASPECTOS PRELIMINARES SOBRE EL NUMERAL 138 DEL CÓDIGO ELECTORAL

El artículo 138 del Código Electoral, inserto dentro del capítulo VII denominado: "Propaganda en Información políticas", refiere a la realización de encuestas y sondeos de opinión atinentes a todo proceso electoral. La redacción actual de esa norma es la siguiente:

Artículo 138.- Encuestas y sondeos de opinión

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

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

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

Interesa, para efectos de esta recensión, lo que concierne a la veda publicitaria sobre la realización de encuestas y sondeos de opinión, así como la prohibición que tienen las empresas no registradas para elaborarlas durante la campaña electoral. Sin perjuicio de ello, se harán algunos apuntes sobre la norma de interés y el tratamiento jurisprudencial que ha tenido.

a. DESCRIPCIÓN NORMATIVA

Como se observa, la regulación normativa comprende, básicamente:

- Las entidades de derecho público y privado que, en punto a la elaboración de encuestas y sondeos de opinión de carácter político-electoral, deben inscribirse ante el Tribunal Supremo de Elecciones (TSE). Se trata de los institutos, las universidades, cualquier ente público o privado y las empresas dedicadas a elaborarlas.
- El plazo para que esas entidades se registren: dentro de los quince días posteriores a la convocatoria a elecciones.
- La puntual identificación de las empresas o entidades y los profesionales responsables, así como el cumplimiento de los requisitos que determine el TSE.
- Lo concerniente a la publicidad de las entidades o empresas debidamente autorizadas por el TSE para realizar encuestas y sondeos de opinión.
- La veda para realizar este tipo de encuestas y sondeos de opinión que concierne, específicamente, a los tres días inmediatos anteriores al de las elecciones y al propio día. También la proscripción que tienen las empresas no registradas de realizar estos estudios o trabajos durante la campaña electoral.

b. LÍNEA JURISPRUDENCIAL SOBRE EL ARTÍCULO 138 DEL CÓDIGO ELECTORAL

A través de su jurisprudencia, el Tribunal ha sentado una serie de criterios inherentes a la prohibición de realizar encuestas y sondeos de opinión durante el período de veda.

Es de importancia señalar que la línea jurisprudencial del Tribunal en el tema nace, obviamente, a partir del artículo 85 ter del anterior Código Electoral (ley 1536 del 10 de diciembre de 1952, publicada en La Gaceta n.º 10 del 14 de enero de 1953). Como pronunciamientos generales derivados de ese cuerpo normativo derogado se tienen, básicamente:

- Que la existencia de las encuestas en los procesos electorales es de larga data y constituye un mecanismo que permite conocer la forma

en que los ciudadanos perciben la arena política, los temas que privilegian el modelo de gobierno al que aspiran y sus preferencias electorales momentáneas (resolución n.º 0019-E-2002 de las 15:00 horas del 10 de enero de 2002).

- Que la normativa electoral no prohíbe la realización de encuestas y sondeos de opinión sobre temas ajenos al proceso electoral (resolución n.º 2262-E-2002 de las 13:30 horas del 29 de noviembre de 2002).
- Que el artículo 85 ter del Código Electoral autoriza la libre difusión de los resultados de las encuestas y sondeos con dos únicas limitaciones: que durante el período electoral las empresas encuestadoras se registren ante el Tribunal y la imposibilidad de divulgar los estudios en los dos días anteriores inmediatos al de las elecciones y el propio día (resolución n.º 3773-E-2006 de las 10:40 horas del 08 de diciembre de 2006).

Con el artículo 138 del actual Código Electoral, el Tribunal ha trazado los siguientes criterios generales en su jurisprudencia:

- Que la actividad o ejercicio de las empresas encuestadoras está sometida a una serie de controles legales para la elaboración y difusión de esos estudios de preferencia política-electoral, aun cuando la actividad en sí sea informativa y se presuma como legítima, amparada en los derechos constitucionales de libertad de expresión y libertad de empresa (resolución n.º 3405-E3-2015 de las 14:15 horas del 08 de julio de 2015).
- Que no existe regulación legal respecto del plazo de prescripción en el marco de un procedimiento llevado a cabo para la imposición de una multa sobre la publicación extemporánea de propaganda y encuestas, por lo que se interpreta que el plazo de prescripción aplicable es el decenal establecido en el numeral 868 del Código Civil, cuyo cómputo inicia desde el momento en que la administración electoral tenga pleno conocimiento de los hechos que podrían configurar la falta electoral, momento en que podrá solicitar, en los términos de los artículos 296 y 297 del Código Electoral, el inicio del respectivo procedimiento administrativo ordinario por parte de la Inspección Electoral (resolución n.º 6229-E3-2015 de las 15:45 horas del 08 de octubre de 2015)

- Que el Código Electoral establece un régimen sancionatorio aplicable a los directores o encargados de los medios de comunicación que divulguen encuestas y sondeos debido a la exigencia de registro de sus empresas ante el Tribunal Supremo de Elecciones (artículo 138) y la observancia del deber de custodia de los documentos empleados en la elaboración de esos estudios (artículo 140). Además, que las sanciones previstas por el artículo 286 del Código Electoral pretenden servir como un mecanismo disuasorio a la indebida divulgación de encuestas y sondeos realizados en el marco de un proceso electoral (resolución n.º 3480-E3-2017 de las 15:50 horas del 02 de julio de 2017).
- Que los artículos 138 y 286.b) del Código Electoral deben interpretarse en el sentido de que el periodo durante el cual se extiende la prohibición de difundir o publicar, parcial o totalmente, por cualquier medio, sondeos de opinión y encuestas relativas a procesos electorales que hayan sido elaborados por los institutos, las universidades, cualquier ente público o privado o las empresas no registradas ante el Tribunal Supremo de Elecciones, inicia a partir del día siguiente a la publicación, en un medio de comunicación escrita y de circulación nacional, que hace la Dirección General del Registro Electoral y Financiamiento de Partidos Políticos, de la lista con los nombres de las entidades autorizadas e inscritas para efectuar esa clase de estudios, dispuesta en el artículo 138 párrafo segundo del Código Electoral, y concluye con la elección misma (resolución n.º 6577-E8-2017 de las 13:00 horas del 25 de octubre de 2017).
- Que todo este tema es fiscalizable por el Registro Electoral (resolución n.º 1423-E1-2018 de las 14:45 horas del 06 de marzo de 2018).

2. EJE DE LA REGULACIÓN PROHIBITIVA DEL NUMERAL 138 DEL CÓDIGO ELECTORAL: LA IMPOSIBILIDAD DE DIVULGAR ENCUESTAS Y SONDEOS DE OPINIÓN

El artículo 138 del Código Electoral señala, claramente, que lo sancionable es la divulgación o publicación de encuestas o sondeos de opinión durante la veda o la divulgación de aquellos realizados por empresas no inscritas para esos fines ante la administración electoral.

Así lo señala, recientemente, la magistratura electoral en la resolución n.º 0382-E8-2018 de las 11:30 horas del 19 de enero de 2018, a propósito,

precisamente, de una opinión consultiva relativa a la “posibilidad” de divulgar encuestas y sondeos de opinión por redes sociales.

Se indica en esa resolución que “no es condenable que personas (físicas o jurídicas) no registradas realicen tales ejercicios de medición de afinidad partidaria, mientras no divulguen sus resultados”.

3. PROHIBICIÓN DE DIVULGAR ENCUESTAS Y SONDEOS DE OPINIÓN POR REDES SOCIALES Y OTRAS PLATAFORMAS: ALCANCES DE LA OPINIÓN CONSULTIVA N.º 0382-E8-2018 DE LAS 11:30 HORAS DEL 19 DE ENERO DE 2018

En la resolución de cita n.º 0382-E8-2018, el Tribunal clarificó que el artículo 138 del Código Electoral prohíbe que, durante el período de campaña, se divulguen encuestas o sondeos de opinión realizados por personas (físicas o jurídicas) no inscritas ante la administración electoral, lo cual incluye aquellos ejercicios de medición llevados a cabo en páginas web o perfiles de redes sociales cuyos propietarios o administradores no hayan sido previamente registrados.

Igualmente, enfatizó que esa restricción aplica para aquellos ejercicios de medición que, pese a haberse hecho entre miembros de un grupo cerrado y específico, se pretendan hacer del conocimiento público.

4. RAZONABILIDAD DEL PRONUNCIAMIENTO N.º 0382-E8-2018

La opinión consultiva n.º 0382-E8-2018, dentro de la estructura jurídica del numeral 138 del Código Electoral, cumple con los parámetros de razonabilidad como control de los poderes públicos.

El juicio de razonabilidad emitido por la magistratura electoral en punto al supuesto de hecho y las consecuencias jurídicas del artículo 138 del Código Electoral, no solo toma en cuenta el dinamismo sociopolítico y la incidencia tecnológica (internet como herramienta para la elaboración de encuestas y sondeos de opinión), sino que se ampara en insoslayables principios del ordenamiento jurídico electoral.

a. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En la resolución n.º 0382-E8-2018, estando de por medio las redes sociales y otras plataformas tecnológicas, el Tribunal Supremo de Elecciones esboza algunas líneas preliminares que nutren y le dan una sólida comprensión a su resolución interpretativa. Primero, a partir de la dinámica y los cambios sociopolíticos para, luego, enfocarse en lo que atañe al ámbito tecnológico (Internet y redes sociales).

En lo concerniente a los cambios sociopolíticos destacan las siguientes consideraciones:

- En general, la evolución social constante, sin término, incluido el espectro político-electoral.
- Específicamente, el constante cambio del electorado a partir de sus percepciones, reacciones ante las propuestas programáticas, valoraciones sobre el entorno político y la forma en que se comunican las opiniones y posicionamientos partidarios.
- La necesidad de ajustar, con gran rapidez, la legislación y el ordenamiento jurídico electoral a esas circunstancias cambiantes, porque, de no ser así, estaría condenada a perder muy pronto su efectividad para regular los actos relativos al sufragio en su acepción más amplia.

En lo que concierne a las plataformas tecnológicas (redes sociales), el Tribunal destacó:

- La necesidad de diferenciar el Internet como fuente de información frente a la red como medio de comunicación para comprender mejor algunas de las normas prohibitivas contempladas en el Código Electoral.
- El hecho de que las limitaciones temporales para la difusión de propaganda (tregua navideña y el día de la elección, así como los tres días inmediatos anteriores a esta) resulten insuficientes en punto al espacio cibernético como reservorio de datos a los que cualquier interesado puede acudir activamente (posteos en muros de las redes sociales, *tweets*, colocación de videos o transmisiones en vivo como otras formas de divulgar mensajes políticos en los que medie pago).

- Derivado de lo anterior, la necesidad de aclarar si la red se podía considerar como un medio de comunicación colectiva.

b. PRINCIPIOS RECTORES QUE ORIENTAN EL IMPEDIMENTO DE DIVULGAR ENCUESTAS Y SONDEOS DE OPINIÓN POR REDES SOCIALES Y OTRAS PLATAFORMAS

La opinión consultiva n.º 0382-E8-2018 destaca, básicamente, dos principios cardinales del ordenamiento jurídico electoral que deben tutelarse frente a la hipótesis de divulgar encuestas y sondeos de opinión por redes sociales y otras plataformas.

En primer término dice la magistratura electoral que el fin de la prohibición contenida en el numeral 138 del Código Electoral es la de evitar injerencias ilegítimas en la **libre determinación del votante** al hacerse público un estado general de opinión respecto de las afinidades político-partidistas frente a una elección, sea, comporta una especie de foto fija del comportamiento electoral (Picado, 2006).

La libre determinación del votante está inserta dentro del ejercicio más puro de la libertad al sufragio y su entorpecimiento o alteración constituye un ilícito regulado y sancionado en el Código Electoral, dado que la limitación para difundir esos estudios garantiza un espacio de necesaria reflexión para el colegio electoral.

En segundo lugar, advierte el Tribunal que esa proscripción normativa pretende garantizar la **equidad en la contienda electoral** evitando la manipulación en la toma de decisión de los sufragantes. Esta igualdad en la competición es un principio cardinal en las competencias electorales y proviene de un sistema democrático a partir del cual el conglomerado electoral y los partidos políticos deben acudir a la elección en igualdad de condiciones.

c. SUPUESTOS EXENTOS DE LA INFRACCIÓN NORMATIVA

Atendiendo al ámbito de libertad, dice la resolución consultiva que, en cuanto a las redes sociales y otros espacios en la red (páginas web y otros medios digitales), existe la posibilidad de que se elaboren sondeos de opinión de índole político-electoral que no trasgreden la prohibición

señalada en el artículo 138 del Código Electoral, siempre y cuando se trate de un sondeo privado, con dos características o alcances: **1)** que participe solo un grupo cerrado y específico de personas; **2)** que los resultados solo se compartan entre quienes dieron su opinión, por lo que no sería accesible a la colectividad en su conjunto.

En suma, subraya el Tribunal que quedan a salvo de la restricción legal los sondeos privados –en los que participa un grupo cerrado y específico de personas- y cuyos resultados solo se comparten entre quienes dieron su opinión, o sea, aquellas publicaciones que no son accesibles a la colectividad en su conjunto.

5. ÁMBITO SANCIONATORIO SOBRE LA PROHIBICIÓN DE DIVULGAR ENCUESTAS Y SONDEOS DE OPINIÓN EN REDES SOCIALES Y OTRAS PLATAFORMAS: PROHIBICIÓN DEL ARTÍCULO 138 DEL CÓDIGO ELECTORAL, UNA REALIDAD CONSTATABLE

Por resolución n.º 4890-E3-2018 de las 10:00 horas del 03 de agosto de 2018, los magistrados electorales rechazaron un recurso de apelación electoral formulado por el señor José Fernando Vargas Porras contra la resolución emitida por la Dirección General del Registro Electoral n.º 00314-DGRE-2017 de las 13:17 horas del 19 de abril de 2017, que lo sancionó con una multa de dos salarios base equivalente a ₡848.400,00 (ochocientos cuarenta y ocho mil cuatrocientos colones exactos).

El señor Vargas Porras, en su cuenta de *Facebook* "Belén Digital Fernando Vargas", difundió varios estudios relacionados con la intención de votos del cantón Belén, provincia Heredia, de cara a los comicios municipales de 2016, cuyos sondeos fueron elaborados, en este caso, por una persona no autorizada por la administración electoral en los términos del numeral 138 del Código Electoral.

En el citado fallo la magistratura electoral concluyó:

- Que el señor Fernando Vargas Porras ejerce una actividad comunicacional a través del medio BELEN DIGITAL y que administra las redes sociales ligadas a ese medio, específicamente el canal de YouTube "BelénDigitalBelén" y los perfiles de *Facebook* "Fernando Vargas (BELEN OPINA)", "BelenDigitalBelen" y "Real Computer System".

- Que el señor Vargas Porras divulgó cinco sondeos de opinión que buscaban medir la intención de voto de los electores del cantón Belén, de cara a los comicios municipales de 2016, sin haber cumplido el trámite de inscripción preceptuado por el numeral 138 del Código Electoral.
- Que la prohibición genérica presente en los numerales 138 y 286 del Código Electoral impide el uso de este tipo de plataformas electrónicas para divulgar encuestas y sondeos de opinión, cuando hayan sido elaborados por sujetos no autorizados.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bermúdez Mora, Alejandro, (Jul.-Dic., 2010). Índice analítico del Código Electoral. *Revista de Derecho Electoral*, (10), 28-29.

Costa Rica (2009). Código Electoral, Ley 8765 publicada en La Gaceta n.º 171, Alcance n.º 37.

Picado León, Hugo, (Ene.-Jun., 2007). Entre inercias y renegociaciones: análisis de las elecciones presidenciales y legislativas costarricenses de 2006. *Revista de Derecho Electoral*, (3), 9-10.