

Bogotá D.C, 4 de mayo de 2016.

Señor presidente, Senador
MANUEL ENRIQUEZ ROSERO
Señor Secretario
GUILLERMO LEÓN GIRALDO GIL
Comisión Primera
Senado de la República de Colombia.

Ref: Resolución 09 de 2016. Intervención proyecto de ley 114 de 2015 Senado (por medio de la cual se crean disposiciones para la realización y divulgación de encuestas electorales, en cargos de elección popular, y se dictan otras disposiciones).

Cordial saludo.

Atendiendo la convocatoria de la referencia, JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARÍN, Director del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá; JORGE RICARDO PALOMARES GARCÍA, docente del área de Derecho Público y miembro del Grupo de investigación en Derecho Constitucional y Comparado de la Universidad Libre de Bogotá y YULY KATHERINE ALVARADO CAMACHO, estudiante de la Facultad de Derecho y miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Universidad Libre de Bogotá, nos dirigimos respetuosamente a Ustedes, a fin de presentar nuestra opinión sobre el proyecto de ley 114 de 2015 Senado¹, por medio del cual se crean disposiciones para la realización y divulgación de encuestas electorales, en cargos de elección popular, y se dictan otras disposiciones. Para ello, presentaremos unas consideraciones generales en torno al proyecto; posteriormente expondremos la línea jurisprudencial sobre encuestas electorales y, finalmente, plantearemos algunas observaciones puntuales sobre el proyecto de ley.

I. Consideraciones generales

En el proyecto de ley materia de estudio se definen las encuestas electorales² como un mecanismo para examinar las tendencias del electorado sobre los candidatos a cargos de elección popular a nivel nacional(...), donde es fundamental recalcar que estas constituyen una herramienta indispensable y poderosa para conocer la opinión y actitudes de la población ante varias opciones, que, en virtud de su capacidad de incidencia sobre la opinión del electorado, deben ser objeto de especial regulación por parte del Estado.

De los resultados obtenidos fruto de su aplicación, tal como lo señaló la Corte Constitucional, se obtiene información que se utilizará para tomar decisiones que pueden afectar al conjunto de una población, por tanto, el riesgo de contar con predicciones equívocas, elaboradas a partir de procedimientos anti técnicos o tendenciosos puede contribuir a la manipulación de los resultados de una campaña política y, eventualmente, a tergiversar las condiciones igualitarias en que debe desarrollarse la contienda³.

Por tanto las encuestas electorales, son una fuente útil para suministrar información al votante, quien al ser un ciudadano racional y con capacidad de decidir, toma diferentes insumos para llegar a definir su voto según su buen juicio, según la realidad que lo rodea⁴.

¹ GacCong 888/2015, pp. 1-4.

² GacCong 888/2015, p. 1.

³ CortConstSC 1153/2005.

⁴ Soler, M. Campañas electorales y democracia en España. España: Universitat Jaume. 243 p., 2001.

El art. 265 inc. 6 Constitución Política (ConstPol) contempla expresamente la existencia de normas legales sobre publicidad y encuestas de opinión política. Por otra parte la jurisprudencia ha señalado que “la divulgación de encuestas y proyecciones sobre el comportamiento electoral el día de las elecciones puede interferir el desarrollo normal y espontáneo del respectivo certamen y dar lugar a equívocos o informaciones que desorientan o desalientan a los votantes”. Por ello, el art. 258 ConstPol estableció que el día de las elecciones en el que los ciudadanos ejercen secretamente su derecho al sufragio y se define el rumbo democrático del país, deberán acallarse todas las voces que no sean la voz del pueblo.

No obstante, quienes defienden la restricción de publicación de encuestas argumentan proteger a terceros de los resultados de encuestas electorales para ahuyentar influencias externas y garantizar un voto libre, invocando de forma errada un objetivo legítimo, el cual no responde de ninguna forma a una necesidad social imperiosa, por lo que incumple con el mandato de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al no acoplarse al artículo 13 inciso 2-a de la Convención Americana de los Derechos Humanos.

De ahí que, para analizar la presencia de los Derechos Humanos en las encuestas electorales, es pertinente que se consideren los siguientes aspectos en su elaboración⁵: el establecimiento de criterios generales que deben seguir las encuestas, el levantamiento de la encuesta, la obtención de la información, la entrega de la información obtenida y finalmente, la difusión de la misma.

El establecimiento de estos criterios metodológicos resulta de gran trascendencia, ya que su cumplimiento constituye un parámetro para determinar el grado de objetividad, puesto que “no es suficiente que la institución encargada de la organización de las elecciones emita criterios generales de carácter científico para estimar que con ello se realizaran de manera objetiva y científica”⁶. La emisión de los criterios no es suficiente, se requiere contrastar la información obtenida con los parámetros previamente establecidos, pues de no ser así dicha información carecerá de objetividad.

Por ejemplo, en el caso de las pasadas elecciones a Alcaldía de Bogotá, se presentaron diferencias en los estudios sobre intención de voto⁷, por lo que se generó polémica entre los candidatos y se debatió la legitimidad de las encuestas electorales, como fuente objetiva.

De ahí que este Observatorio considere viable y apropiado, el objeto de este proyecto de ley, para contribuir a la adopción de una decisión reflexiva por parte del votante, ejercida “desde la plena y libre información, no desde el silencio y la incertidumbre, donde el votante actúe de esta manera y que se le permita materialmente hacerlo, fomentando el libre flujo de información”⁸, no hace más que consolidar la garantía reconocida por la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 23, que reconoce plenamente el derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos.

La realidad es que una encuesta es un instrumento científico que se usa en todas partes del mundo, pero es necesario insistir en que está de por medio el derecho fundamental a recibir información de interés público para, en este caso, poder ejercer acciones que permitan lograr otro derecho electoral fundamental, que es ser elegido o que la agrupación electoral pueda obtener cierto apoyo popular⁹.

II. Reglas constitucionales en materia de encuestas

⁵ CORZO SOSA, Edgar. Las encuestas electorales y los derechos fundamentales. Una primera reflexión. México. En: Cuestiones constitucionales. Num 16. Enero-junio 2007. Pg 3.

⁶ Ibid., p. 4.

⁷ Artículo de opinión. Guerra de encuestas electorales. Revista Semana. Publicado 08 Septiembre 2015 Disponible en: <http://www.semana.com/nacion/galeria/guerra-de-encuestas-electorales/437788-3> Consultado 04 de mayo de 2016.

⁸ Ibid., p. 19.

⁹ CortConstSC 488/1993.

La Corte Constitucional (CortConst) es consciente de los problemas que pueden presentar las encuestas electorales en la democracia colombiana y, por tanto, ha construido una línea jurisprudencial uniforme sobre cómo debe entenderse el concepto de encuesta electoral, así como las funciones y límites que ella tiene en los procesos de toma de decisiones populares. Dicha línea jurisprudencial, a su vez, si rige sobre dos ejes fundamentales. El primero de ellos es el ejercicio de los derechos fundamentales de participación política¹⁰ y de información¹¹; mientras que el segundo es la garantía del Derecho fundamental a votar libremente, es decir, sin injerencia alguna¹², así como del principio de transparencia en los procesos democráticos¹³.

Para la CortConst las encuestas electorales son encuestas de opinión pública, no científica, cuya finalidad es definir tendencias públicas¹⁴ –para el caso concreto- en materia electoral. Esta definición, en principio sencilla, contiene unos fines especiales, los cuales han sido reconocidos por la CortConst y agrupados por el primer eje definidor enunciados anteriormente.

El primer conjunto es de carácter político. En él, la CortConst ha identificado tres fines en concreto¹⁵: a) la promoción de participación política de los aspirantes, pues las encuestas permiten conocer el ambiente político del país, así como la posibilidad que tiene un candidato potencial de participar en contiendas electorales; b) establecer la imagen pública de un candidato, su programa de gobierno y su popularidad, así como promover la transformación de propuestas políticas y; c) informar e influir en la opinión del electorado.

El segundo conjunto es la garantía de derechos fundamentales. La CortConst ha sostenido en especial, que las encuestas electorales son un mecanismo, mediante el cual, los ciudadanos ejercen su Derecho fundamental a expresar su opinión –derecho a dar a conocer la receptividad de los programas políticos-¹⁶. Asimismo, las encuestas electorales son un mecanismo que informan sobre las decisiones de los candidatos a cargos públicos sobre dicha receptividad¹⁷.

Estos fines indican que existe una obligación estatal de permitir la elaboración, implementación y difusión de encuestas electorales. Sin embargo, dichas acciones no son de libertad absoluta. De acuerdo a la línea jurisprudencial establecida por la CortConst, las encuestas electorales implican un riesgo y, por tanto deben respetar un límite intrínseco. El riesgo consiste en que la encuestas, bien por el diseño metodológico de las mismas¹⁸ o bien por la forma de presentar la información¹⁹, pueden constituirse en una herramienta de manipulación y no de desarrollo de los fines enunciados anteriormente. Por ello, la CortConst ha establecido que las encuestas electorales son un ámbito material de protección del Derecho fundamental a difundir información, el cual está limitado por el criterio de veracidad e imparcialidad²⁰. Este límite, a su vez, se desarrolla mediante un conjunto de reglas y subreglas.

A. Reglas y subreglas en materia de reglamentación de encuestas electorales

La reglamentación del Derecho a diseñar, implementar y difundir encuestas electorales, se rige por dos reglas esenciales diseñadas por la CortConst. La primera regla consiste en que las encuestas no pueden ser manejadas al arbitrio absoluto de personas o empresas que las realizan ni ser interpretadas tendenciosamente por los medio de

¹⁰ CortConstSC 1153/2005.

¹¹ CortConstSC 488/1993.

¹² CortConstSC 089/1994.

¹³ CortConstSC 1153/2005.

¹⁴ CortConstSC 1153/2005.

¹⁵ CortConstSC 1153/2005.

¹⁶ CortConstSC 488/1993.

¹⁷ CortConstSC 488/1993.

¹⁸ CortConstSC 1153/2005.

¹⁹ CortConstSC 488/1993; C 089/1994.

²⁰ CortConstSC 488/1993.

comunicación²¹, pues ello implica una violación del límite –aunque la CortConst lo denomina núcleo esencial- de información veraz e imparcial; mientras que la segunda regla consiste en que la reglamentación de las encuestas electorales son de reserva legal, conforme al art. 152 lit. c en concor. con art. 265 num. 6 –anteriormente num. 5- ConstPol²².

1. Subreglas competenciales

De acuerdo a la regla de reserva legal, la CortConst ha sostenido que la regulación de las encuestas electorales es una reserva de ley estatutaria²³. Esta subregla se debe a que, de acuerdo a la interpretación hecha por la CortConst, las encuestas electorales hacen parte de las funciones electorales, entendidas estas como todos aquellos aspectos permanentes para el ejercicio adecuado de las funciones democráticas por los ciudadanos ²⁴ –derechos fundamentales democráticos-, inclusive si estos aspectos sean considerados, en apariencia, como potestades menores o aspectos puramente técnicos, pero que tienen efectos determinantes en la dinámica electoral²⁵.

2. Subreglas materiales

En cuanto a la regla de limitación de las encuestas electorales, la CortConst ha sostenido, como subregla esencial, que la reglamentación debe enfocarse en desarrollar los derechos fundamentales –a diseñar, implementar y difundir encuestas electorales-, y no en suspender o desconocer los mismos²⁶. Cómo distinguir entre el desarrollo del Derecho fundamental y la suspensión y el desconocimiento, ha sido una tarea que la CortConst ha desarrollado en escenarios concretos.

El primer escenario consiste en la reglamentación del ámbito personal de aplicación. De acuerdo a la línea jurisprudencial de la CortConst, es legítimo establecer condiciones especiales sobre las personas o entidades encargadas de la realización de encuestas, pues ello garantiza, por una parte, la idoneidad técnica de las encuestas y, por otra parte, el manejo responsable, profesional, veraz y neutral que se recopila²⁷.

El segundo escenario consiste en la metodología empleada por las personas o entidades encargadas de la realización de encuestas. En este caso, la CortConst establece dos grupos subreglas. El primer grupo hace referencia a los medios que puede elegir la persona o entidad que realiza la encuesta. De acuerdo a la CortConst, la persona o entidad encuestadora no tiene prohibido elegir metodologías que permitan medir con mayor amplitud y en otros estratos sociales la intención electoral²⁸. Asimismo, la CortConst determinó que la realización de encuestas a través de internet no constituye una vulneración de derechos o principios fundamentales, sino que, por el contrario, ella garantiza el Derecho fundamental de otras personas, a expresar su opinión mediante las encuestas²⁹. El segundo grupo hace referencia al modo de elaboración de preguntas. De acuerdo a la CortConst, las preguntas deben estar diseñadas de forma tal, que ellas no distorcionen la voluntad del electorado³⁰. Asimismo, faculta al Consejo Nacional Electoral para hacer seguimiento de las preguntas, siempre y cuando su ejercicio sea de control y no de formulación³¹.

²¹ CortConstSC 488/1993.

²² CortConstSC 089/1994.

²³ CortConstSC 145/1994

²⁴ CortConstSC 145/1994.

²⁵ CortConstSC 145/1994.

²⁶ CortConstSC 488/1993.

²⁷ CortConstSC 1153/2005.

²⁸ CortConstSC 1153/2005.

²⁹ CortConstSC 1153/2005.

³⁰ CortConstSC 1153/2005.

³¹ CortConstSC 1153/2005.

El tercer escenario hace referencia a la publicación de las encuestas. En este escenario, bajo el argumento de transparencia democrática y responsabilidad social de las personas y entidades encuestadoras, construye dos subreglas sobre la publicación y presentación de resultados de las encuestas. La primera consiste en que, para garantizar el conocimiento mínimo de la calidad de la encuesta, así como la identificación del responsable de la encuesta, se pueden establecer condiciones sobre la publicación y difusión de encuestas, especialmente, mediante la presentación de datos de identificación³² –encargado de la elaboración, preguntas elaboradas, candidatos por los cuales se indagó, etc.-. La segunda consiste en que los medios de comunicación no pueden interpretar tendenciosamente los resultados obtenidos en las encuestas³³.

El cuarto escenario consiste en el tiempo de restricción de publicación de encuestas. La CortConst sostiene, como subregla, que el ciudadano debe tener un tiempo para poder reflexionar, sin influencia externa alguna, sobre la decisión que tomará en las urnas³⁴. En virtud de esta subregla, la CortConst ha establecido otras dos. La primera consiste en que el Estado está facultado para restringir la realización y publicación de encuestas en el día de las elecciones³⁵ y por un tiempo³⁶; la segunda regla –que podría considerarse un límite al límite-, consiste en que ese tiempo debe ser prudencial, es decir, de pocos días, pues, de lo contrario, se estaría ante un ejercicio de censura³⁷. En el caso más reciente -2005-, la CortConst estableció que un plazo prudencial podría entenderse como una semana.

B. Línea jurisprudencial aplicada al proyecto de ley

La siguiente pregunta consiste en si el proyecto de ley 114/2015 (Senado) se ajusta a estos criterios jurisprudenciales. Si se revisa con detenimiento, podría encontrarse una armonía generalizada entre los fines, así como la mayoría de las reglas del proyecto, con las reglas y subreglas establecidas por la línea jurisprudencial de la CortConst. Por ejemplo, si se revisa el problema planteado por la Comisión Primera del Senado –el desdibujamiento de las encuestas electorales, entendidas ahora como mecanismo de manipulación de la intención de voto ciudadano³⁸-, coincide con el problema hipotético planteado por la CortConst desde sus inicios. Asimismo, la Comisión Primera del Senado identifica correctamente el límite esencial del derecho a realizar encuestas en el concepto de información veraz³⁹, reconocido también por la CortConst.

Por otra parte, si se revisa el articulado propuesto por la Comisión Primera, varias de las normas contenidas en ellos concuerdan con las reglas y subreglas establecidas en la línea jurisprudencial de la CortConst. Por ejemplo, el art. 4 respeta los aspectos competenciales de los distintos órganos estatales; el art. 5 recoge la tradición constitucional –especialmente algunos criterios de la sentencia C-1153/2005- y; los arts. 6, 7 y 8 desarrollan las reglas establecidas para el diseño, realización y publicación de encuestas –aunque no cita expresamente a la CortConst, sus fundamentos son similares⁴⁰-.

Sin embargo, el proyecto de ley deja algunos interrogantes, que es necesario resolver en el trámite del mismo. Estos interrogantes son: a) naturaleza de la ley; b) aparente conflicto entre el art. 9 lit. b) y lit. d) y; c) la prohibición de realizar encuestas a través de la Internet.

³² CortConstSC 1153/2005.

³³ CortConstSC 488/1993.

³⁴ CortConstSC 488/1993.

³⁵ CortConstSC 089/1994.

³⁶ CortConstSC 1153/2005.

³⁷ CortConstSC 488/1993.

³⁸ GacCong 888/2015, p. 3.

³⁹ GacCong 888/2015, p. 2.

⁴⁰ GacCong 888/2015, p. 3.

El proyecto de ley menciona en sus considerandos que existe reserva legal en materia de reglamentación de las encuestas electorales⁴¹. Sin embargo, no hace un estudio sobre la necesidad de que la ley se tramite bajo las reglas de ley estatutaria, como lo estableció la línea jurisprudencial de la CortConst. Tampoco enuncia el título del proyecto, que este verse sobre una ley estatutaria. Esto podría llevar a la confusión de pensar que, o bien la ley se trabaja, actualmente, bajo las reglas de ley ordinaria, o bien que hubo una omisión tanto en la parte del título como en la parte motiva. Bajo el primer escenario, el proyecto, que es interesante y necesario, se vería viciado por cuestiones de procedimiento y, por tanto, pesaría sobre él una declaratoria de inexequibilidad. Bajo el segundo escenario, sólo se estaría ante una omisión, la cual puede ser corregida sin mayor complicación.

El segundo interrogante se encuentra en la redacción del art. 9 lits. b) y d). En el primer literal se tablece la prohibición de realizar o publicar encuestas o sondeos la semana anterior a las elecciones de los cargos establecidos en el art. 3; mientras que el segundo literal hace referencia a la prohibición, en cualquier caso, de realizar y publicar encuestas, sondeos o proyecciones electorales diez días antes de los comicios. Si se revisa con detenimiento, podría encontrarse una aparente contradicción, pues podría pensarse que existen dos prohibiciones simultáneas sobre el mismo tema. Para ello, podrían plantearse tres alternativas.

La primera consiste en pensar que existe una relación *lex generalis-lex specialis* en materia de encuestas. La norma general implicaría que en cualquier elección –referendos, plebiscitos, consultas populares, etc.–, estaría prohibida la realización encuestas, sondeos y proyecciones electorales dentro de los diez días previos a los comicios; mientras que la norma especial establecería que sólo en los casos de elección de cargos de representación –Presidencia, Congreso, Gobernaciones, Asambleas, Alcaldías y Concejos–, la prohibición sería de siete días. Esta lectura presentaría algunos inconvenientes a futuro. El primero consistiría en establecer cuál es el criterio diferenciador para sostener que en unas elecciones la prohibición es de siete y en otra de diez días; la segunda es si se presentó una modificación tácita a la ley de mecanismos de participación ciudadana y; la tercera es si se puede entender proporcional el lapso de diez días.

La segunda alternativa consistiría en que el art. 9 lits. b) y d) rige únicamente para las encuestas electorales propias del proyecto de ley. Esta interpretación crearía más confusiones, pues tendría que determinarse cuándo es aplicable el literal b) y cuándo el literal d).

La tercera alternativa sería eliminar el art. 9 lit. d).

El tercer interrogante consiste en la prohibición de realizar encuestas electorales a través de la Internet. El motivo plasmado por la Comisión Primera es eliminar aquellas metodologías que no impliquen un acercamiento directo con la ciudadanía y, por tanto, que no permitan comprobar la capacidad de las personas o si éstas comprenden las preguntas y responden adecuadamente a ella⁴². Sin embargo, esta prohibición presenta algunos problemas. El primero de ellos consiste en una contradicción entre la intención del Legislador y la subreglas metodológicas de diseño. Como se enunció anteriormente, la CortConst sostiene que las personas o entidades que realizan encuestas gozan de un cierto margen de discrecionalidad para elegir el modelo y mecanismo, siempre y cuando este modelo garantice una participación de todos los actores sin importar su estrato social o ubicación geográfica. Junto a esta subregla, podría establecerse como segundo problema, la desprotección de personas que deseen intervenir en el proceso de opinión política. De acuerdo a la CortConst, las encuestas no sólo son un mecanismo de trazo de tendencias, sino que también constituye el desarrollo de un Derecho fundamental, a saber, el derecho de la persona a opinar sobre un candidato o programa político⁴³. Si se excluyera el mecanismo de Internet, se excluirían a las personas que, a través del mecanismo, podrían expresar su opinión⁴⁴. Este sería el caso de aquellas personas que viven fuera del país y tienen, como alternativa, la manifestación de opiniones a través de internet.

⁴¹ GacCong 888/2015, p. 2.

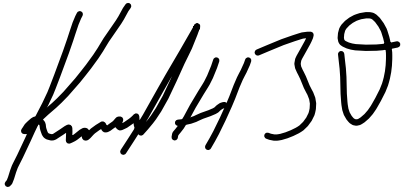
⁴² GacCong 888/2015, p. 3.

⁴³ CortConstSC 1153/2005.

⁴⁴ CortConstSC 1153/2005.

III. Síntesis

El proyecto de ley de reglamentación de encuestas electorales es un instrumento idóneo, que se ciñe a los lineamientos generales establecidos por la jurisprudencia constitucional. Sin embargo, es necesario revisar algunos aspectos, tales como la naturaleza de la ley, la prohibición de encuestas por Internet y los límites temporales de las encuestas.



JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARIN

Director Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional
Universidad Libre Facultad de Derecho Bogotá
Calle 8 5-80 piso segundo. Tel. 3821046-48
www.unilibre.edu.co observaciudadanoderecho@unilibre.edu.co
Cel. 3153465150. Bogotá, D.C. Colombia, Sur América.



JORGE RICARDO PALOMARES G.

C.C. 80852848 de Bogotá
Docente del área de Derecho Público y
Miembro del Grupo de investigación en Derecho Constitucional y Comparado
Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.
Calle 8 5-80, Segundo Piso. Cel. 3183386864
Correo: jorger.palomaresg@unilibrebog.edu.co



YULY KATHERINE ALVARADO CAMACHO

C.C. 1030627956 de Bogotá
Miembro Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional
Universidad Libre Facultad de Derecho Bogotá
Correo: katealvarado11@hotmail.com

