Criterios legales y jurisdiccionales vinculados a encuestas electorales en México

Enrique Inti García Sánchez[1]

Resumen

En el presente artículo se aborda el tema de las encuestas en materia electoral, desde la perspectiva legislativa y jurisdiccionalmente, respondiendo a la pregunta ¿Qué criterios se deben de cumplir al momento de realizar una encuesta electoral? Como antecedente inmediato, se analiza el SUP-JIN-359/2012, y se da un panorama de la importancia que tuvieron las impugnaciones en dicha materia en el proceso electoral federal para presidente de la república, así como de la reciente jurisprudencia del TEPJF, lo anterior a fin de poder prever problemas y respuestas en los próximos comicios electorales en nuestro país y en el extranjero.

Palabras clave: encuestas, Sondeos, Electoral, Veda, Delitos.

Abstract

In this paper the issues of polls in electoral topics are addressed, from the legislative perspective and jurisdictionally, responding to the question: What trial must be met at the time of an election poll? As immediate background, we analyze the SUP-JIN-359/2012 and the overview of the importance they had challenges in that area in the federal election for president of the republic, as

1 Asesor en el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México y egresado de la Licenciatura en Sociología por la Universidad Autónoma Metropolitana. Sus publicaciones más recientes en coautoría son: *El derecho a la participación política de las mujeres indígenas. Acceso, ejercicio y protección* (TEPJF, 2014) y *Sociología General y Jurídica* (Porrúa, 2013). Correo electrónico: enrique.garcias@te.gob.mx

well as recent case law of the TEPJF is given, the above in order to anticipate problems and answers in the next elections in our country and abroad.

Key words: survey, polls, electoral, veda and crimes.

La sociología y las encuestas electorales

El término *encuesta*, para efectos de este artículo, se define desde una perspectiva "sociológica" como un método de investigación, que suele conllevar la entrega de cuestionarios a las poblaciones con objeto de estudio para que los rellenen, que conllevan a un análisis estadístico de sus respuestas para detectar pautas y regularidades. (Giddens, 2006: 908).

En materia de encuestas electorales, uno de los estudios pioneros fue el artículo ¿The people`s choice?, elaborado en 1948 por Paul Lazarsfeld, que investigaba la intención del voto de los residentes del condado de Erie, en Ohio, Estados Unidos, durante la campaña para las elecciones presidenciales de 1940, en el que se demostró que los líderes de opinión tienden a conformar las opiniones de los que les rodean. (Giddens, 2006: 105) Criterio que en la actualidad, por lo que respecta a México, se encuentra en debate, pues como lo ha señalado la Consejera Electoral Favela Herrera, "no está comprobado que el ciudadano cambie su elección de voto por ver o escuchar los resultados de una encuesta, sin embargo, éstos pueden ser la materia prima para el debate del individuo con su grupo de referencia, así como cualquier exposición pública de sus opiniones", o como se había señalado en estudios anteriores "la publicación de resultados de encuestas sí influye en los resultados y su capacidad para distorsionar y confundir a los electores, es enorme". (Favela, 2013: 187; y Lozano, 2000: 16)

En la actualidad, las encuestas pueden ser consideradas como parte esencial de las contiendas o guerras electorales, ya sean locales o federales, pues "en muchos casos, las ideas creativas (de una campaña) surgen de un *brief* con base en la oferta que el elector, de acuerdo con lo que las encuestas reflejan, espera recibir". (Ibinarriaga 2012, 27) Por lo anterior, se comparte la idea de que, "la importancia de las encuestas electorales en el juego político no sólo radica en su valor como instrumento de medición, sino en la capacidad para utilizarlas

en la creación de opinión o argumentación a favor de uno u otro candidato." (Zebadúa en Favela, 2013: 185)

Esta afirmación y criterios académicos, se han visto acompañados desde el actuar de la autoridad electoral administrativa, que desde las elecciones de 1994 hasta las de 2015, han emitido acuerdos que señalan que "todas aquellas personas físicas o morales que pretendieran llevar a cabo encuestas por muestreo, adoptarán criterios de carácter científico para la realización de las mismas", pero también del actuar de la autoridad electoral jurisdiccional, que ha resuelto los casos que se presentan fuera del marco legal (INE/CG238/2015).

Adicionalmente, resulta relevante el tema de las encuestas electorales dado que en 2012, "por primera vez, México observó, ya no ejercicios aislados sino seguimientos sistemáticos a la evolución de los humores públicos durante el proceso electoral", lo anterior debido a que en ese año se publicaron 4,433 (cuatro mil cuatrocientas treinta y tres) encuestas electorales, de las cuales 3,250 (tres mil doscientas cincuenta) correspondían en un 73% al periodo de campaña, aspecto que conforme a ejercicios anteriores representó un incremento del 503.8% en relación con el proceso electoral intermedio de 2009, y un incremento del 144% respecto al proceso electoral de 2006.

El Derecho y las encuestas electorales

Derivado de la reforma constitucional de 2014, a nivel constitucional, se ha establecido que el Instituto Nacional Electoral (INE) tendrá a su cargo en forma integral y directa, además de las que le determine la ley, para los procesos electorales federales y locales, las actividades relativas a "las reglas, lineamientos, criterios y formatos en materia de encuestas o sondeos de opinión" entre otros. (CPEUM 2015, Art. 41.V.B; y LEGIPE 2015, Art. 32)

Esta regulación constitucional, tiene su antecedente desde el jueves 22 de agosto de 1996, cuando se publicó una reforma electoral que puede ser calificada como positiva pero incipiente, pues "se introdujeron ajustes marginales al uso de las encuestas (electorales), sin embargo, es hasta la reforma legal de 2008 cuando se dotó de mayor precisión y certeza a las disposiciones aplicables." (Favela, 2013: 186).

Por lo que hace a las normas secundarias, se señala que los Organismos Públicos Locales (OPLE´s) verificaran el cumplimiento de los criterios generales que emita el Instituto en materia de encuestas o sondeos de opinión sobre preferencias electorales que deberán adoptar las personas físicas o morales que pretendan llevar a cabo este tipo de estudios en la entidad de que se trate (LEGIPE, 2015: Art. 104). Asimismo señala que durante los tres días previos a la elección y hasta la hora de cierre de las casillas, queda estrictamente prohibido publicar, difundir o dar a conocer por cualquier medio de comunicación, los resultados de las encuestas o sondeos de opinión, que tengan como fin dar a conocer las preferencias electorales; quedando sujetos quienes lo hicieren, a las penas aplicables a aquéllos que incurran en alguno de los tipos previstos y sancionados en la Ley General en Materia de Delitos Electorales. (LEGIPE, 2015: Arts. 213 y 251).

Respecto de este último punto, se señala que se impondrán de cincuenta a cien días de multa y prisión de seis meses a tres años, a quien durante los tres días previos a la elección y hasta la hora del cierre oficial de las casillas que se encuentren en las zonas de husos horarios más occidentales del territorio nacional publique o difunda por cualquier medio los resultados de encuestas o sondeos de opinión que tengan por objeto dar a conocer las preferencias electorales de los ciudadanos. (LGDE, 2014: Art. 7, Fracción XV).

Finalmente, en cuestiones presupuestales, se señala que las personas físicas o morales que difundan encuestas o sondeos de opinión deberán presentar al Instituto o al Organismo Público Local un informe sobre los recursos aplicados en su realización en los términos que disponga la autoridad electoral correspondiente; y que la metodología, costos, personas responsables y resultados de las encuestas o sondeos serán difundidas en su página de Internet, por los Organismos Públicos Locales en el ámbito de su competencia. (LEGIPE 2015, Art. 213 y 222). En el marco internacional, vale la pena tener en mente los artículos: 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 13, párrafo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; por lo que respecta a las encuestas y/o sondeos electorales.

Finalmente, cabe señalar que en la anterior legislación, es decir en el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (COFIPE), los legisladores habían retomado los estudios sociológicos, encuadrando las encuestas

electorales dentro del ámbito de las campañas electorales, sin embargo, se remitía al artículo 403 del Código Penal Federal, y se mantenía la figura de estudios completos de encuestas o sondeos de opinión sobre asuntos electorales, que se realice desde el inicio del proceso electoral hasta el cierre oficial de las casillas el día de la elección.

Dicha normatividad, muestra que el legislador ha buscado que exista una vinculación entre ciudadanos, encuestadores, especialistas y autoridades administrativas, jurisdiccionales y penales, todos en materia electoral. Acorde con dicha normatividad, se cuenta con los

> Lineamientos y con los criterios generales de carácter científico que deberán observar las personas físicas y morales que pretendan ordenar, realizar y/o publicar encuestas por muestreo, encuestas de salida y/o conteos rápidos que tengan como fin dar a conocer preferencias electorales, así como preferencias sobre consultas populares, durante los procesos electorales federales y locales[2]

Emitidos por el Instituto Nacional Electoral (INE) y del Instituto Federal Electoral (IFE), ya referidos, para el diseño y la publicación de encuestas, así como determinadas condiciones para su publicación, quedando vinculadas la técnica y la ciencia en el diseño, desarrollo y publicación de las encuestas electorales, aspectos relevantes en la impartición de justicia[3], al considerarse que:

> Los criterios generales de carácter científico que emita el Instituto Federal Electoral deben ser consistentes con las normas y prácticas internacionales comúnmente aceptadas en la comunidad científica y profesional especializada en la realización de encuestas de opinión, respetando el pluralismo metodológico que es propio de toda práctica científica y profesional.

Estableciendo con ello estándares de *veracidad* tanto en el diseño, aplicación y divulgación de las encuestas electorales, a fin de consolidar la democracia en México, aspecto que con el paso del tiempo se vuelve uno de los requisitos para la validez del derecho en la vida social de cualquier sociedad. Y es precisamente, en el tema de la veracidad, en el que México presenta el mayor número de casos a analizar, pues en un primero momento se plantean los vínculos de poder entre los actores políticos y los medios de comunicación, en un segundo momento resultan relevantes por los efectos que producen los resultados de

2 Ver acuerdo INE/CG238/2015 y IFE/CG411/2011, para los estudios de los últimos dos procesos electorales 2012 y 2015.

3 Ver SUP-JRC-63/2009: "la encuesta se basa en el método inductivo, es decir, a partir de un número suficiente de datos se busca obtener conclusiones a nivel general".

encuestas o sondeos al ser difundidos, pero recientemente por ser cuestionados desde su aspecto científico, principalmente por lo que se refiere a los "*baremos*" o tablas de probabilidad estadística, en las que los cálculos de probabilidad son indicativos del margen de error que pueden tener las pruebas de dichas ciencias sociales. A continuación se analiza el caso de la elección presidencial de 2012, en la que se fijaron criterios relevantes.

La elección presidencial federal de 2012 y las encuestas electorales

En las elecciones presidenciales de 2012 en México, se interpusieron quince medios de impugnación relevantes en materia de encuestas[4] electorales, ante la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación:

Cuadro 1

Medios de impugnación en materia de encuestas electorales

Asunto	Sentencia
Asunto General (AG)	SUP-AG-174/2012 SUP-AG-153/2012 SUP-AG-142/2012
Expediente de la Elección Presidencial (EEP)	SUP-EEP-0001/2012
Juicio de Inconformidad (JIN)	SUP-JIN-366/2012 SUP-JIN-359/2012
Recurso de Apelación (RAP)	SUP-RAP-459/2012 SUP-RAP-450/2012 SUP-RAP-429/2012 SUP-RAP-414/2012 SUP-RAP-413/2012 SUP-RAP-248/2012 SUP-RAP-206/2012 SUP-RAP-200/2012 SUP-RAP-118/2012

Fuente: elaboración propia.

Por su propia naturaleza y relevancia el SUP-JIN-359/2012, también conocido como "juicio madre", es el expediente que se analiza en este trabajo, intentando

4 En el glosario del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación se define a la encuesta como "una técnica de investigación social que permite conocer las opiniones y actitudes de una colectividad por medio de un cuestionario que se aplica a un reducido grupo de sus integrantes al que se denomina "muestra". Conjunto de preguntas tipificadas dirigidas a una muestra representativa, para averiguar estados de opinión o diversas cuestiones de hecho".

buscar criterios sobre el diseño, desarrollo y el impacto en los resultados de la publicación de las encuestas electorales, que permitan tener un panorama general de la resolución.

Caso SUP-JIN-359/2012 y las encuestas electorales

El Movimiento Progresista integrado por los Partidos de la Revolución Democrática (PRD), del Trabajo (PT) y Movimiento Ciudadano (PMC), presentaron el SUP-JIN-359/2012, en el que manifestaban como cuarto agravio que "algunas empresas de comunicación dieron un uso político indebido a los ejercicios de demoscopia, aprovechándose del hecho de que en la ley no se encuentra debidamente regulado el uso de encuestas de opinión durante las campañas políticas, lo que generó falta de transparencia sobre quienes las contrataron y qué intereses persiguieron, y configuró una forma de inducción del voto que vulneró el derecho a la información del electorado y los principios constitucionales de objetividad, equidad y certeza." (SUP-JIN-359/2012, 351). En términos generales se cuestionó la cientificidad de las encuestas, por los siguientes hechos:

1. Las tendencias no fueron acordes con los resultados.

2. Las encuestas se simularon como propaganda electoral.

3. Las aportaciones de empresas mercantiles y adquisiciones de tiempo.

Planteamientos, que a consideración de la coalición Movimiento Progresista, se derivaban de las siguientes encuestas publicadas, que abrían tenido una difusión en más del 90% de la población:

1. Milenio y GEA/ISA: Pronosticaban una ventaja diaria de Enrique Peña Nieto de 18.4% respecto de Andrés Manuel López Obrador, lo cual influyó en la formación de opinión pública reflejada en comentarios editoriales y columnas periodísticas de líderes de opinión.

2. El Universal y Mendoza y Blanco.

3. Excélsior y BCG.

4. Televisa y CNIRT-Mitofsky.

5. Parametría y Asociados.

La coalición respaldo su agravio en pruebas documentales tales como informes del IFE, notas periodísticas, estudios de las casas encuestadoras, impresión de páginas de internet de casas encuestadoras; pruebas técnicas como videos de entrevistas a representantes de casas encuestadoras, videos de promocionales de encuestas, etc.

Por su parte, en el informe circunstanciado de la autoridad señalada como responsable, el Consejo General del IFE, señaló que:

1. "No existe un monopolio en materia de demoscopia".

2. "La actora manifestó su conformidad con las mismas (encuestas) y sólo en un caso presentó una queja", misma que fue subsanada y no impugnada.

3. En el supuesto de que las encuestas efectivamente hubiesen producido el efecto sugerido por la actora, "no podría cuantificarse de manera cierta el número de ciudadanos que fueron influenciados por sus resultados".

4. "No se advertían pruebas idóneas para acreditar que las encuestas fueron contratadas por Enrique Peña Nieto o la coalición que lo postuló, ni circunstancias de modo, tiempo y lugar".

Derivado del estudio de la sentencia y del análisis que realizó la Sala Superior de los hechos acreditados, considero que se pueden establecer los siguientes criterios jurisdiccionales respecto de las encuestas electorales, que deben ser tomados en cuenta para la interposición de los medios de impugnación:

1. Se deben señalar cada una de las encuestas, así como los argumentos específicos que se consideren sesgan dichos métodos de investigación sociológica, por ejemplo, errores muéstrales, deficiencia del cuestionario, etc.

2. Se debe señalar que las casas encuestadoras incumplieron con los lineamientos y criterios científicos y metodológicos estipulados por el IFE.

3. Se deben identificar con el autor o fuente cada una de las pruebas que se ofrecen, así como precisar circunstancias, hechos o actos que sean sustento de las afirmaciones.

4. El no cumplimiento de los criterios científicos en las encuestas debe ser generalizado y no constituir hechos aislados, para vulnerar el principio de certeza.

5. Se deben adminicular las pruebas (periodísticas) con otros elementos que confirmen el error señalado o por lo menos con alguno de sus argumentos.

6. Se debe analizar la variación entre el resultado de las encuestas y el de la elección, pero además, se debe estudiar la ubicación del lugar que obtuvieron las candidaturas en ambos momentos.

7. Se pueden analizar las pruebas a través del uso de las reglas de la lógica, la sana crítica y de las experiencia.

8. Se debe realizar un escrutinio más intenso en el cumplimiento de los lineamientos y normas aplicables a las encuestas, por pate de las autoridades electorales administrativas y jurisdiccionales, cuando se realicen ejercicios diarios o con frecuencia inusuales.

9. Los "errores editoriales" sólo impactan en el prestigio profesional y en la credibilidad del medio, siempre y cuando se hayan respetado la veracidad de las encuestas.

10. La no inclusión de la información requerida para la publicación de resultados no constituye, por si misma, una forma de manipulación de éstos o un sesgo informativo, que suponga la afectación de los principios de equidad en la contienda electoral o de libertad del sufragio. En cada caso se debe analizar la posible configuración de infracciones.

Por todo ello, se concluye que el SUP-JIN-359/2012 analizó cuestiones relevantes del diseño, desarrollo y resultados de las encuestas electorales, que en ese orden están ligadas para que tengan un impacto fuerte en los procesos electorales, pero que para la Sala Superior dichos agravios resultaron infundados, en los

términos que fueron planteamientos y probados por la Coalición "Movimiento Progresista". Estos criterios se suman a las tesis de jurisprudencia emitidas por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, como lo muestra la reciente Tesis XXXIV/2015, identificada bajo el rubro "Encuestas o sondeos de opinión. La restricción de su publicación o difusión hasta el cierre total de las casillas ubicadas en las distintas zonas de husos horarios del país cumple los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad", en la que se señala lo siguiente:

> "la prohibición de publicar o difundir por cualquier medio, encuestas o sondeos de opinión, para dar a conocer las preferencias del electorado o las tendencias de la votación en procesos comiciales, o bien, las que se desarrollen con motivo de consultas populares, hasta en tanto no se efectúe el cierre oficial de las casillas ubicadas en las distintas zonas de husos horarios del país, constituye una medida idónea que persigue un fin constitucional legítimo, dado que busca evitar que existan obstáculos que generen confusión en la conformación de la opinión del electorado que reside en los estados más occidentales del país; también resulta necesaria, para asegurar que los resultados no sean del conocimiento en las entidades donde todavía no han cerrado las casillas; y proporcional en sentido estricto porque en realidad, la restricción prevalece únicamente por un breve periodo, limitado a la diferencia entre los husos horarios existentes en todo el territorio nacional; motivo por el cual, tal medida es acorde con el test de proporcionalidad."

Dicho criterio, fue derivado de la resolución del expediente SUP-RAP-165/2014 en el que el Partido Político Movimiento Ciudadano puso a debate[5] una tesis anterior XVI/2011 identificada bajo el rubro "Encuestas o sondeos de opinión". Es inconstitucional la restricción de su difusión durante la etapa de precampaña y con posterioridad al cierre total de las casillas, en la que se señala que:

> "es inconstitucional la prohibición de difundir y publicar encuestas y sondeos de opinión durante las precampañas, así como con posterioridad al cierre total de las casillas, al tratarse de una restricción al ejercicio de la libertad de información en materia electoral, que no satisface los requisitos de idoneidad, razonabilidad y necesidad. Respecto de las precampañas, porque no existe riesgo de producir confusión en la ciudadanía; en cuanto a las publicadas con posterioridad al cierre total de las casillas, no se vulnera la libertad del sufragio, porque la ciudadanía ya expresó su preferencia electoral, sin que esté en posibilidad de votar nuevamente en esa jornada electoral". (Compendio 2015, 67)

5 Ver: Fernández Sanabria, Alejandro. 2010. "La prohibición de publicar encuestas electorales como una limitación desproporcionada e ilegítima de la libertad de expresión e información en Costa Rica". Revista de Derecho Electoral. Costa Rica: TSE.

Conclusión

El papel del juez, cada vez más, queda fuera de sus caprichos y se centra en el carácter multidisciplinario del derecho, así los magistrados, concejeros y legisladores al momento de realizar actividades vinculadas con las encuestas electorales se allegan información tanto del marco normativo nacional e internacional, así como de expertos en materia de estadística, sociología, para dar veracidad a sus resoluciones. En el proceso electoral federal 2012 se presentaron diferentes medios de impugnación, que se concentraron finalmente en el juicio madre, que buscaba la nulidad de la elección, que representa la pena máxima para una democracia, por cuestiones relacionadas con las encuestas electorales. Se identificó en este artículo que las tres etapas de las encuestas electorales son:

1. Diseño, vinculado tanto a los criterios del IFE como de las casas encuestadoras.

2. Desarrollo, principalmente en la etapa de campaña, donde las encuestas tienen mayores resultados.

3. Resultados, donde destaca el papel de los jueces, y la aplicación de la ciencia y de la tecnología al estudiar los agravios que se plantean en las demandas.

Finalmente, se concluye que en México hay grandes oportunidades para las cuestiones sociológicas, por ejemplo, en el caso de las encuestas electorales, pues aún se sigue tratando la metodología de las encuestas como algo no visible, y por ende, los medios de impugnación siguen centrándose en los resultados. Por otra parte, en materia legislativa tenemos muchas lagunas jurídicas, que parece, sobrevivirán hasta el 2018, y que de alguna forma han sido cubiertas por criterios jurisdiccionales.

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 2015. México: TEPJF.

Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales. 2015. México: TEPJF.

Ley General en Materia de Delitos Electorales. 2014. México: TEPJF.

Jurisprudencia y tesis

http://www.te.gob.mx/iuse/tesisjur.aspx?idTesis=XXXIV/2015

http://www.te.gob.mx/iuse/tesisjur.aspx?idTesis=XVI/2011

Bibliografía

Carbone, Carlos (2007). *La evidencia científica*, Universal, Rosario.

Dirección General de Jurisprudencia (2015). *Compendio tematizado de juris prudencia y tesis. Procesos electorales federal y locales 2014-2015*, TEPJF, México.

Favela Herrera, Adriana y Saúl Mandujano Rubio (2013). *Derecho electoral. Visión práctica*, Limusa, México.

Fernández Sanabria, Alejandro (2010). "La prohibición de publicar encuestas electorales como una limitación desproporcionada e ilegítima de la libertad de expresión e información en Costa Rica", en *Revista de Derecho Electoral*, TSE, Costa Rica.

Giddens, Anthony (2006). *Sociología*, 5ª Ed., Editorial Alianza, Madrid.

Ibinarriaga, José Adolfo (2012). *El arte de la guerra electoral*, trad. Roberto Hasbun Grijalbo, México.

Lozano Ayala, Mónica (2000). "El efecto de las encuestas en los resultados elec torales del 2 de julio", núm. 5, año. 6, TEPJF, México.

Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, disponible en: www. te.gob.mx

Sentencias

Sentencia SUP-JIN-359/2012. Actor: Coalición "Movimiento Progresista". Autoridad responsable: Consejo General del Instituto Federal Electoral y Otra. Disponible en: http://portal.te.gob.mx/colecciones/sentencias/html/SUP/2012/JIN/SUP-JIN-00359-2012.htm [28/08/2013].

Sentencia SUP-RAP-165/2015. Recurrente: Movimiento Ciudadano. Autoridad responsable: Consejo General del Instituto Nacional Electoral. Disponible en: http://portal.te.gob.mx/colecciones/sentencias/html/SUP/2014/RAP/SUP-RAP-00165-2014.htm [2/12/2015].