

LA PROHIBICIÓN DE DIFUNDIR ENCUESTAS ELECTORALES: ¿UNA NORMA INCONSTITUCIONAL?

LUIS GÁLVEZ MUÑOZ (*)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.-II. FINALIDAD DE LA PROHIBICIÓN.-1) REDUCIR LA INFLUENCIA DE LAS ENCUESTAS ELECTORALES SOBRE EL VOTO.-A) *Racionalidad del voto.*-B) *Libertad de elección.*-C) *Participación electoral.*-2) ASEGURAR LA EFECTIVIDAD DE LAS NORMAS QUE GARANTIZAN LA OBJETIVIDAD DE LAS ENCUESTAS ELECTORALES.-3) IMPEDIR QUE LAS ENCUESTAS ELECTORALES CONSTITUYAN EL CENTRO DE LA ATENCIÓN PÚBLICA DURANTE LOS ÚLTIMOS DÍAS DEL PERÍODO PREELECTORAL.-III. PROBLEMAS DE LA PROHIBICIÓN.-1) LESIÓN DE DETERMINADOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES.-A) *Igualdad de los ciudadanos.*-B) *Libertad de elección.*-2) SU INEFICACIA.-IV. CONCLUSIÓN.

(*) Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Murcia.

I. INTRODUCCIÓN

Desde que George GALLUP, Elmo ROPER y Archibald CROSSLEY llevaron a cabo la primera encuesta electoral de carácter científico, vaticinando el triunfo del demócrata Franklin D. ROOSEVELT sobre el republicano Alf LONDON, en las elecciones presidenciales norteamericanas de 1936 (1), tanto los políticos, como los juristas, sociólogos y expertos en comunicación e incluso la propia opinión pública, no han dejado de discutir, y cada vez con más intensidad, sobre la necesidad o no de prohibir su difusión durante el período preelectoral, esto es, durante el espacio temporal compren-

(1) Aun cuando ya desde principios del siglo pasado se habían realizado en los EE.UU. y en el Reino Unido, con técnicas más o menos rudimentarias, sondeos de opinión que trataban de predecir los resultados de las elecciones, es este el primer sondeo electoral en el que se aplica con rigor el método representativo y se previenen posibles fuentes de error. Sobre el origen y desarrollo de las encuestas de opinión en materia electoral vid. GALLUP, G.: *The Sophisticated Poll Watcher's Guide*, Princeton Opinion Press, 1972; BRUSATI, E.: *I sondaggi elettorali e dell'opinione pubblica*, Doxa, Pavia, 1995, págs. 7-20; STOETZEL, J. y GIRARD, A.: *Les sondages d'opinion*, Presses Universitaires de France, Paris, 1973 (Traducción al español de Eloy Fuente Herrero, *Las encuestas de opinión pública*, Instituto de Opinión Pública, Madrid, 1973); LÓPEZ GUERRA, L.: *Las campañas electorales en Occidente. Propaganda y política en la sociedad de masas*, Fundación Juan March y Editorial Ariel, Madrid, 1977, pág. 167-168; LAZAREFF, A.: *Le droit des sondages politiques. Analyse de la réglementation française*, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1983, pág. 11; KAVANAGH, D.: *Election campaigning. The new marketing politics*, Blackwell, Oxford and Cambridge, 1995, págs. 110-112; BLACKBURN, R.: *The electoral system in Britain*, St. Martin's Press, New York, 1995, pág. 298; HARRIS, L.: «Polls and policies in the United States», *Public Opinion Quarterly*, vol. 27, 1963, págs. 3-18; y W. SMITH, T.: «The first straw? A study of the origins of election polls», *Public Opinion Quarterly*, vol. 54, 1990, págs. 609-626.

dido entre la convocatoria de las elecciones y el cierre de los colegios electorales el día de las elecciones (2).

Todas las democracias han tenido que enfrentarse a esta compleja y delicada cuestión, en la que se citan principios tan relevantes para la democracia como el derecho a la información, la libertad de voto o la igualdad de oportunidades de las candidaturas, y adoptar una decisión al respecto, sin que, como era de esperar, se haya producido una respuesta unánime, sino más bien todo lo contrario (3).

No obstante esta diversidad, las diferentes legislaciones electorales pueden clasificarse en tres grandes sistemas o modelos normativos:

a) En primer lugar, siguiendo el orden de su mayor a menor extensión en el Derecho comparado, se encuentra el *sistema liberal*, que se define por una nota de carácter negativo: el no establecimiento de ninguna limitación temporal a la divulgación de encuestas electorales, de tal modo que incluso el día de las elecciones los ciudadanos pueden leer en los periódicos los resultados de las últimas encuestas realizadas.

Este sistema, que en 1985 recibió el respaldo de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (4), ha sido acogido por la mayor parte de los países del mundo; entre otros, pueden citarse los casos de los Estados Unidos, el Reino Unido, Irlanda, Suecia, Noruega, Dinamarca, Austria, Bélgica y Suiza.

(2) Algunos son partidarios incluso de prohibir la difusión de sondeos electorales durante todo el año. Vid., por ejemplo, la Proposición de Ley presentada por Maurice DRUON y Michel DEBRÉ en abril de 1981 ante la Asamblea Nacional francesa.

(3) Para un estudio en profundidad sobre el Derecho comparado en la materia vid., fundamentalmente, las siguientes obras y documentos: LAZAREFF, A.: *Op. cit.*, págs. 25-31; CONTINI, G.: «Profili giuridici della regolamentazione dei sondaggi elettorali e spunti comparatistici» en ZENO-ZENCOVICH, V. (ed.): *I sondaggi di opinione ed elettorali. Profili giuridici e metodologici*, Centro di Iniziativa Giuridica Piero Calamandrei e Jovene Editore, Napoli, 1985, págs. 13-45 (sobre todo de la 19 a la 32); PARLIAMENTARY ASSEMBLY OF THE COUNCIL OF EUROPE. COMMITTEE ON PARLIAMENTARY AND PUBLIC RELATIONS (Rapporteur: Sir John PAGE), *Information report public opinion polls*, Doc. 5549, 29 august 1985, págs. 3-10; y RUIZ-NAVARRO PINAR, J. L.: «Artículo 69», en CAZORLA PRIETO, L. M.^a (Director): *Comentarios a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General*, Cívitas, Madrid, 1986, págs. 640-641, si bien este trabajo recoge básicamente los datos del citado Informe del Consejo de Europa sobre los sondeos de opinión pública.

(4) Vid. PARLIAMENTARY ASSEMBLY..., *Op. cit.*, pág. 16.

b) En segundo término, aparece el *sistema prohibicionista*. De carácter opuesto al anterior, se caracteriza por prohibir la difusión de encuestas electorales, bien durante todo el período preelectoral, como ha sucedido en Japón, Corea, Brasil o Sudáfrica, bien durante una fase más o menos prolongada del mismo, pero, en todo caso, situada en su parte final, tal y como han hecho Luxemburgo (con un plazo de prohibición de treinta días), Canadá (de veintiocho), Italia (de quince), Rusia (de diez) o Francia (5) y Portugal (6) (una semana).

Desde que Japón adoptara este sistema en 1952 (7), no ha cesado de aumentar el número de países que lo han acogido, hasta tal punto que Francisco FERNÁNDEZ SEGADO ha podido hablar de «pauta que tiende a generalizarse en el Derecho comparado» (8) y José I. WERT ORTEGA de «elemento de creciente presencia en los regímenes electorales de las democracias occidentales» (9).

Ahora bien, a pesar de su creciente expansión, especialmente en los últimos años, en detrimento del sistema liberal, se encuentra todavía muy lejos de alcanzar las altas cotas de éste; y no creemos que pueda llegar a hacerlo en un futuro próximo, dado el gran número de países que lo han descartado expresamente (10).

(5) En este país, donde rige un sistema electoral mayoritario a doble vuelta, está prohibido publicar encuestas electorales durante la semana precedente a cada vuelta del escrutinio, así como, naturalmente, durante el desarrollo de las mismas (artículo 11 de la Ley 77-808 de 19 de julio de 1977 relativa a la publicación y a la difusión de ciertos sondeos de opinión).

(6) En Portugal, hasta la aprobación de la Ley núm. 31/1991, de 20 de julio, sobre publicación y difusión de sondeos y encuestas de opinión, cuyo artículo 8 establece el plazo de prohibición de una semana, las encuestas estaban prohibidas durante los ochenta y un días que duraba el período preelectoral. Así lo establecía el derogado artículo 60 de la Ley núm. 14/1979, de 16 de mayo, sobre elecciones a la Asamblea de la República.

(7) Fue Japón en 1952, a través de la primera ley de modificación de la Ley electoral de 15 de abril de 1950, hoy derogada, y no Francia, como es corriente leer en la literatura científica, el primer país que consideró oportuno limitar temporalmente la publicación de encuestas electorales. Le siguieron Brasil (1965), Portugal (1974) y, ahora sí, Francia (1977).

(8) Vid. FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *Aproximación a la nueva normativa electoral*, Dykinson, Madrid, 1986, pág. 46.

(9) Vid. WERT ORTEGA, J. I.: «Perspectivas de reforma del régimen electoral: campañas, medios de comunicación y encuestas electorales» en MONTERO GIBERT, J. R. y otros: *La reforma del régimen electoral*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pág. 109.

(10) Por ejemplo, en el Reino Unido, la cuestión ha sido debatida a nivel parlamentario en diversas ocasiones, prevaleciendo siempre la opinión contraria; el momento más delicado se vivió a finales de los años sesenta, cuando la Comisión Parlamentaria constituida en 1965,

c) Por último, tenemos el que se puede denominar como *sistema mixto*, por constituir, en cierto modo, una vía intermedia entre las dos anteriores: se prohíbe la difusión de encuestas electorales, pero solo durante el desarrollo de la votación y, en su caso, el llamado período de reflexión, entendiendo por tal el espacio temporal inmediatamente anterior a la votación en el que, en algunos países, se prohíbe realizar propaganda electoral en orden a captar el voto de los electores en un determinado sentido (11).

Entre los pocos países, ciertamente, que han adoptado este modelo destacan, de un lado, Australia, en donde está prohibida, desde 1969, la difusión de encuestas «entre las cero horas del jueves y el cierre de los colegios electorales el sábado por la tarde» (12); y, de otro, Alemania, que tan solo impide la divulgación de los resultados de los *exit polls* o *sondeos a la salida de urnas* (13) durante el desarrollo de la votación (14). El Congreso de los Estados Unidos, por su parte, estudió en 1981 la posibilidad de introducir este sistema en la legislación relativa a las elecciones de ámbito federal, pero finalmente lo descartó (15).

bajo la presidencia del Speaker, para estudiar la reforma electoral, se pronunció en febrero de 1968 –por once votos a seis– a favor del establecimiento de la prohibición de publicar encuestas durante las 72 horas precedentes a la clausura del escrutinio (*Mr. Speaker's Conference on Electoral Law*, Final report, Cmnd 3550, February 1968, págs. 6), pero ni el Gobierno laborista de la época, presidido por Harold WILSON, ni la Cámara de los Comunes, por amplia mayoría, compartieron esta opinión. En los Estados Unidos, el Congreso rechazó de plano, en 1968, la posibilidad de adoptar el sistema prohibicionista. En Suecia, el *Riksdag* desestimó en 1982 y 1983, tras vivas discusiones, sendas proposiciones encaminadas a prohibir la difusión de sondeos electorales durante el mes precedente a las elecciones. En Bélgica, por último, por no alargar más la cita, el Parlamento Federal derogó en 1991 la prohibición de publicar encuestas durante los 30 días anteriores a la votación, establecida tan solo seis años antes, en 1985 (Ley de 21 de junio de 1991, por la que se modifica la de 18 de julio de 1985 sobre publicación de sondeos de opinión).

(11) El «período de reflexión» comprende, normalmente, desde las cero horas del día anterior al de la votación hasta el comienzo de la misma. Así ocurre en nuestro país, según establece el artículo 51.3 de la *Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General*.

(12) Esta limitación afecta tan sólo a los medios de comunicación audiovisuales; no, sorprendentemente, a la prensa escrita (Vid. artículo 116 de la *Broadcasting and Television Act* de 1969).

(13) Los *exit polls* son las encuestas realizadas a los electores, después de la emisión del voto, sobre el contenido de su decisión electoral.

(14) Vid. el artículo 32.2 de La Ley Electoral Federal. Este precepto, introducido a finales de 1979, con el apoyo de todas las fuerzas políticas, solo se aplica a las elecciones al *Bundestag*, pero algunos landers (Hesse, Baviera, Bremen, Renania-Palatinado, etc.) han adoptado disposiciones idénticas para las elecciones que les corresponde regular.

(15) Las Comisiones competentes del Congreso de los Estados Unidos celebraron en el verano de 1981 una serie de *hearings* sobre la posibilidad de emular a la legislación ale-

¿Qué sistema ha adoptado nuestro país? El legislador español, que, como es perfectamente comprensible, no tuvo que enfrentarse a esta cuestión hasta la restauración de la democracia en la segunda mitad de los años setenta, se inclinó, en un primer momento, por la posición liberal: ni el *Decreto 2951/1975, de 31 de octubre, del Ministerio de Información y Turismo, sobre Régimen de las Empresas Dedicadas a las Encuestas de Opinión* (16), ni el *Real Decreto Ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre Normas Electorales*, que se encargó de regular las primeras elecciones democráticas a Cortes desde febrero de 1936, ni la *Ley 39/1978, de 18 de julio, de Elecciones Locales*, ni ninguna otra norma aprobada durante el período de transición democrática, contuvieron nunca disposición alguna sobre la publicación de encuestas electorales, ni, por tanto, la limitaron en modo alguno (17).

No tardaron, sin embargo, nuestros políticos en volver sobre sus pasos y reconsiderar su decisión. El 3 de mayo de 1979, el Grupo Parlamentario de Coalición Democrática, presidido por el profesor Manuel FRAGA IRIBARNE, presentó en el Registro del Congreso de los Diputados una *Proposición de Ley sobre Reglamentación de Encuestas Electorales*, cuya pieza más destacada y significativa consistía en prohibir la difusión de encuestas electorales «durante los diez días anteriores a la votación» (18).

mana, pero todos los intervinientes —desde los directores de los medios de radiodifusión hasta el presidente de la *Federal Communication Commission* (FCC) y la combativa liga de las «Women Voters»— se pronunciaron en contra. No obstante, la cuestión permanece abierta: en 1992, por ejemplo, con ocasión de las elecciones presidenciales de ese año, más de 150 congresistas dirigieron un escrito a los directores de las principales emisoras de radio y de televisión en el que se les pedía que se abstuvieran de dar cuenta de los resultados de los *exit polls* antes del cierre de todos los colegios electorales del país, pero la petición no fue atendida.

(16) Vid. BOE núm. 284, de 24 de noviembre de 1975.

(17) Esta decisión de nuestro legislador no impidió, sin embargo, que el Comité de Radio y Televisión, el órgano encargado del control de la programación relacionada con las elecciones en las emisoras de radio y de televisión de titularidad pública durante las elecciones generales de 15 de junio de 1977, acordara, en su sesión de 2 de junio de 1977, que «en siete días antes del señalado para las elecciones generales no se den por radio y televisión resultados de encuestas o sondeos de opinión relativos al tema electoral». Conviene precisar que este Acuerdo afectaba tan solo a la radiotelevisión pública y únicamente durante las elecciones referidas; en elecciones o referenda posteriores no se produjo una decisión parecida (El acuerdo no ha sido publicado, pero puede consultarse, tras la correspondiente autorización, en los archivos del Consejo de Administración de Radiotelevisión Española).

(18) Vid. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, I Legislatura, Serie B, núm. 31-I, de 30 de mayo de 1979, pág. 127 (artículo 10).

Esta medida, lo mismo que el resto de la Proposición, tuvo una cálida acogida por parte de los demás grupos políticos (19), si bien todos ellos se declararon partidarios de establecer un plazo de prohibición más reducido: siete días, el Grupo de Minoría Catalana (20); cinco, los Grupos Socialista y Comunista (21); y dos, el Grupo Centrista, el más numeroso en ese momento (22).

Ante estas discrepancias, la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados propuso en su Dictamen, como fórmula transaccional, un plazo de tres días (23). Su propuesta no tuvo éxito, pero el consenso no tardaría en producirse: durante el debate de este Dictamen por el Pleno del Congreso, todos los grupos políticos terminaron por aceptar la enmienda socialista tendente a fijar el período de prohibición en cinco días, y que terminaría por convertirse en el artículo 7 de la *Ley 14/1980, de 18 de abril, sobre Régimen de Encuestas Electorales* (24).

Por otro lado, hay que advertir que mientras se discutía en las Cortes Generales la Proposición de Coalición Democrática sobre regulación de encuestas, el Gobierno presentó en el Congreso, para su tramitación por el procedimiento de urgencia, un *Proyecto de Ley sobre Regulación de las*

(19) La Proposición de Ley fue tomada en consideración por unanimidad de la Cámara: obtuvo el voto favorable de los 263 diputados presentes (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, I Legislatura, Pleno, núm. 22, de 28 de junio de 1979, pág. 1135).

(20) Vid. la intervención, para explicación de voto, del diputado CUATRECASAS MEMBRADO, representante del Grupo de Minoría Catalana (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, I Legislatura, Pleno, núm. 62, de 13 de febrero de 1980, págs. 4202-4203).

(21) Para conocer tales enmiendas vid. el Informe de la Ponencia, en donde se hace alusión a las mismas, pues, como es sabido, durante esta época las enmiendas no eran objeto de publicación independiente en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales (Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, I Legislatura, Serie B, núm. 31-I-2, de 29 de noviembre de 1979, pág. 128/6).

(22) *Ibidem*.

(23) Vid. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, I Legislatura, Serie B, núm. 31-II, de 14 de diciembre de 1979.

(24) Artículo 15: «Durante los cinco días anteriores a la votación queda prohibida la publicación y difusión de cualquier sondeo de los comprendidos en el artículo 1 por cualquier medio de comunicación». Y este artículo 1 dice así: «Se regirán por lo dispuesto en la presente Ley la publicación y difusión, total o parcial, durante las campañas electorales, de los elementos o resultados de cualquier encuesta o sondeo de opinión, o las operaciones de simulación de voto realizadas a partir de sondeos de opinión, que estén directa o indirectamente relacionados con un referéndum o con elecciones a Cortes, Locales, o de Comunidades Autónomas».

Distintas Modalidades de Referéndum, en el que se recogía la misma prohibición de difundir encuestas electorales durante los cinco días anteriores al de la votación, pero referida ahora, específicamente, al referéndum (25). El texto de la prohibición, una vez aprobado por las dos Cámaras legislativas, también por unanimidad (26), se convirtió en el artículo 15.2 de la *Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre Regulación de las Distintas Modalidades de Referéndum* (27).

Muy poco tiempo después tuvo lugar la última actuación parlamentaria en la materia de que nos ocupamos: el trasvase, prácticamente con las mismas palabras, de la prohibición recogida en el artículo 7 de la Ley de encuestas de 1980 al artículo 69.7 de la *Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General* (en adelante LOREG) (28), y ello como consecuencia de la necesidad, puesta de manifiesto por el Tribunal Constitucional, de que esta Ley recogiera toda la normativa electoral de carácter general sobre elecciones, incluida la ya aprobada por las Cortes (29).

(25) Vid. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, I Legislatura, Serie A, núm. 97-1, de 23 de noviembre de 1979, pág. 555 (artículo 15.2). Por otra parte, parece oportuno poner de relieve que el establecimiento de un plazo de prohibición de cinco días en el Proyecto de Ley de referéndum, fruto, sin duda, de la descordinación entre el Gobierno y el Grupo Parlamentario que lo sostenía, fue determinante para la asunción de este plazo en la Ley de encuestas. Son muy significativas las palabras del Portavoz para la ocasión del Grupo Centrista, el diputado ESCARTÍN IPIENS: «Nuestro Grupo planteó inicialmente una enmienda defendiendo el plazo de dos días anteriores a la celebración de la votación, en los que se prohibiría la publicación de una encuesta y transigió, ya en Comisión con el establecimiento de tres días... pero consideramos que esta materia está suficientemente discutida y aceptamos la enmienda socialista en cuanto a que sean cinco días, por tratarse de una cuestión debatida en la Ley de Referéndum» (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, I Legislatura, Pleno, núm. 62, de 13 de febrero de 1980, pág. 4201).

(26) Vid. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, I Legislatura, Pleno, núm. 59, de 28 de diciembre de 1979, pág. 4078.

(27) Su tenor literal es el siguiente: «Durante los cinco días anteriores al de la votación queda prohibida la publicación, difusión total o parcial o comentario de los elementos o resultados de cualquier encuesta o sondeo de opinión, así como las operaciones de simulación de voto realizadas a partir de sondeos de opinión, que estén directa o indirectamente relacionados con la consulta sometida a referéndum».

(28) Su texto dice así: «Durante los cinco días anteriores al de la votación queda prohibida la publicación y difusión de sondeos electorales por cualquier medio de comunicación».

(29) Vid. la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 72/1984, de 14 de julio, por la que se estimó el recurso previo de inconstitucionalidad interpuesto por el Grupo Parlamentario Popular contra el Proyecto de Ley de incompatibilidades de diputados y senadores.

Hay que tener en cuenta que, aunque durante los debates parlamentarios el Partido Nacionalista Vasco se declaró partidario de limitar la prohibición estrictamente al período de reflexión y votación (30) y Euskadiko Ezkerra de introducir en nuestra legislación el *sistema liberal* (31), la propuesta del Gobierno de mantener la decisión adoptada en 1980 recibió el apoyo de los demás grupos políticos, terminando, finalmente, por ser aprobada por unanimidad (32).

Desde entonces nada ha cambiado: ninguna fuerza política, al menos de un modo más o menos formal, se ha mostrado, hasta el momento, partidaria de derogar la prohibición o de modificar, al alza o a la baja, su plazo de vigencia, y ninguna tendencia parece diseñarse en este sentido.

Hay sobradas razones, por tanto, para poder afirmar que la opción por el *sistema legislativo prohibicionista* y por este reducido plazo de prohibición parece firme, constituyendo una de las pocas normas de nuestra legislación electoral que se encuentran fuera de la polémica entre partidos (33). En este sentido, se podría decir que la prohibición se presenta como la traducción en ley de un previo acuerdo de concurrencia entre los contendientes en el proceso electoral o, como señala José I. WERT ORTEGA, con cierta

(30) Fue a través de la Enmienda núm. 207, posteriormente retirada en aras del consenso general en torno a la LOREG, y que dice así: «... En el día de la votación y en el inmediatamente anterior queda prohibida la publicación y difusión de cualquier sondeo y encuesta electoral» (Vid. CORTES GENERALES, *Ley Orgánica del Régimen Electoral General. Trabajos parlamentarios*, volumen I, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1986, pág. 202).

(31) Vid. la intervención del diputado de Euskadiko Ezkerra Juan M.^a BANDRÉS en el *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, II Legislatura, Pleno, núm. 174, 5 de diciembre de 1984, pág. 8066.

(32) Vid., por ejemplo, el *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, II Legislatura, Comisión, núm. 287, de 27 de marzo de 1995, pág. 8981.

(33) El consenso político producido en nuestro país sobre la decisión de limitar la difusión de encuestas durante los días finales del período preelectoral, contrasta vivamente con lo ocurrido en la mayoría de los países de nuestro entorno, en donde, tanto la posibilidad de introducir medidas parecidas, como, en su caso, su permanencia, han dividido fuertemente a la clase política, siendo objeto de continuas y acaloradas discusiones en los Parlamentos. En Francia, por ejemplo, la prohibición de publicar encuestas durante la semana precedente a la celebración de las elecciones se adoptó, tras largos y duros debates, por una mayoría de 275 diputados contra 196. Además, el Partido Socialista Francés anunció su intención de recurrir esta medida ante el *Conseil Constitutionnel*, por considerar que vulneraba de manera injustificada el derecho a la libertad de expresión, aunque el recurso no fue finalmente presentado.

ironía, como «uno de esos reflejos del *consenso* negativo que a veces produce la política cuando vienen a coincidir los intereses corporativos de las partes normalmente enfrentadas» (34).

Esta unanimidad de los políticos contrasta abiertamente, sin embargo, con la gran importancia que tiene el derecho que se limita: la libertad de información, en su doble vertiente de derecho a informar y de ser informado, uno de los principios más esenciales de nuestra democracia pluralista.

La pregunta que surge inmediatamente, y que va a constituir el objeto de este trabajo, es la de determinar si la prohibición de difundir sondeos electorales durante los cinco días anteriores al de la votación es o no compatible con nuestra Constitución, es decir, si se trata o no de una norma constitucionalmente admisible.

Esta es, sin duda, una de las cuestiones más interesantes y polémicas que encierra la regulación de las encuestas electorales en nuestro Derecho, y cuya respuesta, como es lógico, de acuerdo con la doctrina reiterada de nuestro Tribunal Constitucional, solo puede ser fruto de una prudente y objetiva ponderación de los distintos derechos, bienes y valores constitucionales en juego, esto es, de contrastar los beneficios que en términos constitucionales produce el establecimiento de la prohibición con los costes que de la misma se derivan (35). Teniendo esto en cuenta, procederemos en los capítulos que siguen a un análisis sistemático de la cuestión, articulado en torno a los siguientes puntos: en primer lugar, nos ocuparemos de la **finalidad** de la prohibición; a continuación, de los **problemas** que ocasiona su establecimiento; y por último, expondremos la **conclusión** que se deduce a la luz de los argumentos expuestos.

II. FINALIDAD DE LA PROHIBICIÓN

¿Cuál es la finalidad que se persigue con el establecimiento de la prohibición? Averiguarlo, como apunta Pablo SANTOLAYA MACHETTI, no es tarea sencilla (36). No obstante, teniendo en cuenta tanto lo expresado en

(34) WERT ORTEGA, J. I.: «Perspectivas de ...», *Op. cit.*, pág. 109.

(35) Vid., por todas, la Sentencia del Tribunal Constitucional 62/1982, de 15 de octubre.

(36) SANTOLAYA MACHETTI, P.: *Manual de procedimiento electoral*, 3.ª edición, Ministerio del Interior. Secretaría General Técnica, Madrid, 1995, pág. 103.

los debates parlamentarios, como el conjunto normativo en el que se inserta y las opiniones de la doctrina, puede afirmarse que la intervención limitadora del legislador responde, básicamente, a tres objetivos que, si conceptualmente son muy distintos, en la práctica se complementan mutuamente:

- *Primero*, reducir la influencia que las encuestas electorales ejercen sobre el comportamiento electoral de los ciudadanos.
- *Segundo*, asegurar la efectividad de las normas que garantizan la objetividad de las encuestas electorales, posibilitando la rectificación por la Junta Electoral Central, antes de la votación, de los infracciones que se comentan.
- *Y, tercero*, impedir que las encuestas electorales puedan distraer la atención de los electores del debate político durante los días más importantes para la formación de su voluntad electoral.

Nos ocupamos, a continuación, de realizar el examen detenido y separado de cada uno de estos tres objetivos, dejando constancia, en todo momento, de nuestra opinión en torno a la consistencia de la construcción doctrinal que los respalda y, por consiguiente, de su mayor o menor peso de cara a la justificación constitucional de la prohibición.

1) REDUCIR LA INFLUENCIA DE LAS ENCUESTAS ELECTORALES SOBRE EL VOTO

La aplicación de la técnica de los sondeos de opinión pública con el fin de determinar de una forma cuantitativa las intenciones de voto de una población en un momento determinado, ha producido, en todos los países, un fuerte movimiento de opinión –tanto en el terreno político, como en el jurídico y en el de los especialistas en comunicación– contrario a la difusión de encuestas electorales, durante todo o parte del período preelectoral, sobre la base de que las encuestas ejercen una gran influencia sobre el electorado y de que esta influencia produce la lesión de ciertos derechos y principios constitucionalmente protegidos, que se consideran esenciales para el correcto funcionamiento de las elecciones y, por ello, del sistema democrático en su conjunto; se trata, en concreto, de los principios de racionalidad del voto, de libre formación de la voluntad electoral y de participación electoral de los ciudadanos.

Este es, expresado en apretada síntesis, el razonamiento que da vida y sustancia a la que, sin duda, constituye, la finalidad principal que el legislador español pretende alcanzar con la instauración de la prohibición que nos ocupa: reducir de forma sensible y significativa, con la mínima lesión del derecho a la libertad de expresión –solo cinco días–, la influencia que las encuestas ejercen sobre la formación de la voluntad electoral de los ciudadanos y proteger, así, la integridad de los principios fundamentales anteriormente citados (37).

En las páginas que siguen nos ocupamos, tanto de desarrollar esta argumentación, como de exponer las razones que, en nuestra opinión, la ponen en cuestión y determinan que la finalidad que, en este caso, se persigue, resulte de todo punto inatendible. Adelantemos ahora tan solo que la crítica no consiste, desde luego, en negar la influencia de las encuestas electorales sobre el comportamiento electoral de los titulares del derecho de voto (38), sino en considerar que tal influencia no desencadena los negativos efectos que habitualmente se le han atribuido: ni fomenta el voto irracional por parte de los electores, ni violenta la libre formación de su voluntad electoral, ni, por último, los desmoviliza en su deseo de participar en las elecciones.

A) *Racionalidad del voto*

El argumento tradicionalmente más utilizado en todos los países para justificar la introducción y mantenimiento de límites temporales a la difusión de encuestas electorales, durante el período preelectoral, radica en considerar que la influencia que las encuestas electorales ejercen en el proceso de formación de la voluntad electoral de los ciudadanos, constituye un serio peligro para la salvaguardia y promoción del principio de racionalidad de su decisión electoral; elemento imprescindible para que el derecho de voto

(37) El argumento está presente a lo largo de todo el debate parlamentario celebrado con ocasión de la tramitación de la Ley 14/1980, de 18 de abril, sobre Régimen de Encuestas Electorales, fruto, como ya conocemos, de una Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Popular (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, I Legislatura, Serie B, núm. 31-I, de 30 de mayo de 1979).

(38) Vid. nuestro reciente trabajo, «La influencia de las encuestas electorales sobre los electores» en *Estudios de Derecho Constitucional y de Ciencia Política. Homenaje al profesor Rodrigo FERNÁNDEZ-CARVAJAL*, Universidad de Murcia (En prensa).

pueda cumplir su función y pilar fundamental, por tanto, de la democracia representativa (39).

Para poder comprender esta crítica a los sondeos electorales, resulta necesario poner de relieve que la misma, para decirlo en términos gratos a la filosofía jurídica, no constituye otra cosa que la conclusión o consecuencia lógica de un silogismo cuyas premisas son las dos siguientes:

a) *Primera*, la consideración de que el voto estratégico o táctico, esto es, aquel que se determina en función de la valoración de su rendimiento o utilidad, es incompatible con el principio de voto racional, entendido, básicamente, según esta corriente doctrinal, como exigencia de que los electores adopten el día de la votación, la decisión electoral con la que más se identifiquen personalmente, y ello porque se considera que el sentido último de las elecciones no es otra cosa que un debate en el que cada elector debe expresar mediante el ejercicio (o no) de derecho de voto su actitud, individual y consciente, con respecto a los diferentes problemas que se plantean a la sociedad.

Una conducta electoral racional ha de ser, por tanto, una *conducta expresiva* de la identidad política personal, manifestación individual de sus ideas y opiniones políticas más profundas; algo, pues, íntimo y personal, vinculado a convicciones y principios relevantes de naturaleza política.

Si se quiere preservar la autenticidad del comportamiento electoral de los ciudadanos y, en consecuencia, la correcta participación de la población en el Parlamento y en los diversos órganos constitucionales que de él toman su legitimidad, el juicio electoral de los ciudadanos debe ser fruto de la apreciación individual que los electores realicen de los programas de los partidos, de la preparación y talante de los candidatos, de sus comportamientos pasados y de los intereses que representan, de tal modo que se produzca una relación directa entre electores y actores políticos, entre el voto de los ciudadanos y el juicio que estos hagan sobre la capacidad y actitudes de los contendientes en el proceso electoral.

(39) Sobre esta tesis vid., entre otros: BETTINELLI, E.: «Diritto di voto, libertà di propaganda e regolamentazione dei sondaggi elettorali» en ZENO-ZENCOVICH, V. (ed.): *Op. cit.*, págs. 59-63; AVRIL, P.: «Le droit des sondages», en la obra colectiva *Service public et libertés. Mélanges offertes au professeur Robert-Édouard Charlier*, Éditions de L'Université et de L'Enseignement Moderne, Paris, 1981, pág. 688; LAZAREFF, A.: *Op. cit.*, págs. 21-22; y WERT ORTEGA, J. I.: «Perspectivas de...», *Op. cit.*, pág. 109.

b) *Segunda premisa*, el hecho de que las encuestas electorales, en la medida en que determinan, con un notable grado de fiabilidad, qué partido ocupa el primer lugar de las preferencias políticas de la población y, dentro de cada circunscripción electoral, quién o quiénes tienen posibilidades reales de conseguir escaños, constituye un instrumento fundamental, casi imprescindible, para la realización de un comportamiento electoral estratégico, especialmente para ese amplísimo sector del electorado que no se encuentra ligado por fidelidades partidarias y que duda entre otorgar su voto a un partido o a otro o, incluso, abstenerse.

«Las encuestas electorales –señala Enrique ARNALDO ALCUBILLA– son el instrumento más perfeccionado para el conocimiento de la opinión pública, y, en consecuencia de las preferencias de un número importante de personas sobre cuestiones de interés general, a partir del cual cabe, por vías inductivas o deductivas adecuar actuaciones o conductas o adoptar medidas acordes con sus resultados. Sin perjuicio de sus lógicas limitaciones, su carácter irremplazable está fuera de duda, especialmente en el ámbito de los sondeos o encuestas de intención de voto» (40).

Este razonamiento es, sin embargo, a nuestro juicio, de imposible *sequitur* lógico, y ello por la sencilla razón de que la premisa mayor, es decir, la contraposición entre voto táctico y voto racional, es radicalmente inconsistente. Todo el análisis que conduce a la idea de que la publicación de encuestas electorales durante el período preelectoral, con su consiguiente influencia en el proceso de formación de la voluntad electoral de los ciudadanos, lesiona el principio de racionalidad del voto, reposa, a nuestro juicio, sobre una concepción equivocada y completamente alejada de la realidad política del significado y alcance que este principio tiene en la vida democrática del Estado (41).

El ejercicio racional del derecho de sufragio por parte de los ciudadanos, no implica, como predicán los enemigos de la divulgación de los sondeos electorales, una *conducta electoral expresiva* de la identidad política personal y, por tanto, desconectada de cualquier clase de información que

(40) ARNALDO ALCUBILLA, E.: «Procesos electorales y opinión pública», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 34, 1995, pág. 186.

(41) En este sentido vid., fundamentalmente, BRUSATI, E.: *Op. cit.*, págs. 18-20; LAMO DE ESPINOSA, E.: *La sociedad reflexiva. Sujeto y objeto del conocimiento sociológico*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1990, *passim*; BETTINELLI, E.: *Op. cit.*, págs. 59-63; y WERT ORTEGA, J. I.: «Perspectivas de...», *Op. cit.*, págs. 109-112.

no se encamine directamente a la determinación de la opción electoral con la que cada uno se identifique íntimamente (voto a un determinado partido, abstención o voto en blanco), sino, más bien, una *conducta electoral eficaz*, desde un punto de vista subjetivo, en cuanto a la defensa de sus ideas y objetivos políticos prioritarios, de modo que cada elector adopte la decisión electoral que considere más adecuada, en orden a la consecución del fin político que primordialmente le interese conseguir en un determinado momento.

Así, tan racional es que un ciudadano entregue su voto al partido político con el que se siente identificado, a pesar de que no tenga posibilidad alguna de obtener representación parlamentaria, con el fin, por ejemplo, de demostrar la fuerza de sus ideas, como que vote a otro partido, próximo ideológicamente a su favorito, pero con más posibilidades de conseguir escaños, para evitar el triunfo indeseado de otro partido; y lo mismo cabe decir del comportamiento de aquel elector que niega el voto al movimiento político con el que comulga (absteniéndose, votando en blanco o a otro partido), porque no estime positivo para el país que consiga mayoría absoluta en el Parlamento.

Desde esta perspectiva, el principio de racionalidad del voto, más que un obstáculo, constituye un estímulo, para la publicación de encuestas electorales durante el período anterior a la celebración de las elecciones. Los sondeos electorales, en la medida en que permiten en una sociedad como la actual —en donde es imposible llegar a un conocimiento interpersonal entre los distintos individuos que la conforman—, tener un conocimiento cabal del diferente peso específico que cada oferta electoral tiene en la opinión pública, se convierten en uno de los elementos más valiosos de que puede servirse el ciudadano a la hora de definir la estrategia electoral más conveniente para conseguir los fines políticos que prioritariamente persigue (42).

Maurice DUVERGER lo señaló de forma muy expresiva en su llamamiento al Gobierno y al Parlamento franceses para que desistieran de su empeño en introducir limitaciones temporales a la difusión de encuestas:

(42) Sobre la aplicación en el ámbito político de la famosa teoría de los juegos, desarrollada por el matemático húngaro Johan von NEUMANN en 1944, como parte destacada de la teoría general de la decisión, vid., por ejemplo, M. COLOMER, J.: *El arte de la manipulación política. Votaciones y teoría de los juegos en la política española*, Anagrama, Barcelona, 1990.

«Los ciudadanos... tienen el derecho de ser informados sobre todos los aspectos de la competición, y fundamentalmente sobre las tendencias de la opinión pública y su evolución. Cada elector puede escoger con mejor conocimiento de causa si está bien informado de las corrientes de conjunto que atraviesan la nación. El voto no es un acto individual y aislado. Se sitúa en una perspectiva global que los sondeos permite entrever con mayor precisión que ninguna otra técnica conocida... Una opinión pública consciente de sí misma puede reaccionar a la imagen que le envía su espejo. Rechazar esta mirada, es restringir su autonomía de decisión» (43).

No cabe duda, por tanto, de que el conocimiento de los resultados de las encuestas electorales por parte de la opinión pública, tiene efectos positivos sobre el ejercicio racional del derecho de sufragio y que constituye un elemento que favorece el juego de las instituciones democráticas. «En resumen —señala Emilio LAMO DE ESPINOSA—, los sondeos contribuyen a incrementar la información de todos los actores del juego electoral y, por ello, elevan la racionalidad e inteligencia de la conciencia colectiva» (44).

Además, y por si todo lo anterior no bastara, hay que tener en cuenta que los ciudadanos son suficientemente maduros para juzgar, por sí solos, la atención y el peso que merece asignarles a los sondeos electorales y que nadie, más que ellos mismos, tienen derecho a determinar la información que deben o no conocer para decidir su voto.

Lo dijo con gran rotundidad James CALLAGHAN, expresándose en nombre del Gobierno británico, ante la Cámara de los Comunes, con ocasión del debate sobre la posibilidad de introducir en Gran Bretaña la prohibición de publicar encuestas durante las setenta y dos horas precedentes a la clausura del escrutinio:

«La restricción a la libertad de publicar estos sondeos de opinión pública en período electoral implica que no se tiene confianza en la capacidad del pueblo para ejercer su derecho de voto. Además, muchos de nuestros compatriotas podrían poner en duda el derecho del Parla-

(43) DUVERGER, M.: «Le droit au miroir», *Le Monde*, 17 juin 1977.

(44) LAMO DE ESPINOSA, E.: «Sondeos y elecciones», *El País*, 11 de mayo de 1991.

mento para determinar por ley lo que conviene que el elector tenga en cuenta para tomar su decisión electoral» (45).

Como se constata diariamente en todos los campos de la actividad humana, toda sociedad democrática, cuanto más se desarrolla y progresa, tanto más aumenta el grado de sus exigencias, y entre estas, sin duda una de las más importantes, la de disponer de más información y de más autonomía y responsabilidad para seleccionarla.

La libertad, uno de los valores fundamentales proclamados en el artículo 1 de nuestra Constitución como informadores de nuestro Ordenamiento jurídico, exige el respeto de amplios ámbitos de autonomía para la formación de la voluntad electoral de los ciudadanos, pues como se ha señalado hasta la saciedad, la democracia no es un mero procedimiento de obtención del poder, sino que implica también y, sobre todo, el imperio de un talante, de unos valores, y de una forma de corregir los grandes y pequeños problemas que se le plantean.

B) *Libertad de elección*

También se ha sostenido por parte de muchos políticos, juristas y expertos en opinión pública, que la publicación de encuestas electorales durante los últimos días del período preelectoral puede atentar contra el principio de libertad de sufragio, expresamente garantizado por los artículos 23, 68 y 69 de la Constitución (46), y ello en el sentido de que la influencia que los sondeos ejercen sobre los electores puede condicionar, en ocasiones, más allá de lo permisible, la orientación de su decisión electoral (47).

(45) Sesión de la Cámara de los Comunes de 14 de octubre de 1968. Tomado de *Sondages. Revue Française de L'Opinion publique*, 1977, n. 1-2 (Dossier sur la loi du 19 juillet du 1977), pág. 162.

(46) Aunque la primera manifestación en el constitucionalismo moderno del principio de voto libre se remonta al *Bill of Rights* del Estado de Virginia de 12 de junio de 1776 (artículo 6), España tuvo que esperar a 1978 para que esta exigencia elemental de la democracia alcanzara rango constitucional.

(47) Vid. STOETZEL, J. y GIRARD, A.: *Op. cit.*, que examinan esta crítica a los sondeos, sin compartirla, a lo largo de todo su trabajo; GAZIER, F. y ABRAHAM, R.: «La Commission des sondages face au référendum sur la ratification du traité de Maastricht de septembre 1992», *Pouvoirs*, n.º 66, 1993, pág. 136; BETTINELLI, E.: *Op. cit.*, pág. 60; LANCHESTER, F.: «I sondaggi preelettorali tra diritto e opportunità politica» en ZENO-ZENCOVICH, V. (ed.): *Op. cit.*, pág. 78; y, en España, DE ESTEBAN, J. y GONZÁLEZ-TREVIJANO, P. J.: *Curso de Derecho Constitucional español*, vol II, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1993, págs. 517 y 518.

No se trata tan sólo de que las encuestas influyan en el complejo y delicado proceso de formación de la voluntad electoral de los ciudadanos, sino de que tal influencia resulta tan sugestiva y dominante que puede encuadrarse en el campo de las *presiones de carácter moral o psicológico* sobre el elector, radicalmente incompatibles con el concepto de sufragio libre, que, como es suficientemente conocido, exige, entre otras cosas, que el voto esté exento de cualquier tipo de presión o coacción, de modo que tanto la voluntad de votar en un determinado sentido, como, en su caso, la de no votar, es decir, la de abstenerse, se realice sin ninguna clase de condicionamiento. Así lo exige expresamente, con carácter general, el artículo 5 de la LOREG cuando establece que «nadie puede ser obligado o coaccionado bajo ningún pretexto en el ejercicio de su derecho de sufragio, ni a revelar su voto».

La *autoridad científica* que le proporcionan los datos numéricos y los gráficos representativos, hace, según esta corriente de opinión, que sus resultados no sean, en modo alguno, recibidos por los electores al mismo título que cualquier otra información sobre la marcha de la campaña electoral o las oportunidades de éxito de las diferentes candidaturas electorales, de tal modo que los ciudadanos se sienten presionados por los sondeos para decidir su voto, o incluso modificarlo, en determinada dirección, aquella que, según las intenciones de voto de sus conciudadanos, se presente como más eficaz.

En este sentido, y para decirlo del modo más expresivo posible, las encuestas electorales no son criticadas por su posible impotencia o incapacidad para medir la opinión pública electoral, como afirman algunos (48), sino, por el contrario, por su gran capacidad de influencia –juzgada excesiva– sobre ésta, que puede terminar por afectar y comprometer el libre ejercicio de la elección de cada uno y resultar, por tanto, incompatible con las reglas más elementales del sistema democrático.

¿Qué pensar de esta nueva crítica frente a los sondeos? Para decirlo del modo más directo, me parece en exceso sutil y carente de todo fundamento. Aun admitiendo, lo que es problemático para muchos (49), que los sondeos

(48) Sobre las críticas a la institución de los sondeos vid. LAZAREFF, A.: *Op. cit.*, págs. 16-18.

(49) Vid. sobre este tema el excelente trabajo de BON, F. et al., *Les sondages peuvent-ils se tromper?*, Calmann-Levy, Paris, 1974, sobre todo el capítulo VI («Les sondages influencent-ils l'opinion?»), págs. 173-195, recogido de forma resumida en BON, F.:

electorales influyan sobre el comportamiento electoral de los ciudadanos, no existe razón objetiva alguna para considerar que esta influencia sea tan penetrante y sugestiva que pueda llegar a alterar su libertad de elección.

Las encuestas electorales no constituyen en modo alguno un elemento de presión sobre el voto de los electores. Una cosa es la posibilidad de que quienes son llamados a ejercer el derecho de sufragio adquieran todos los elementos de juicio posibles, entre ellos los resultados de las encuestas electorales, antes de adoptar su decisión electoral final y, otra muy distinta, que se sientan condicionados, exclusivamente o en gran parte, por estos datos, hasta el punto de violentar su voluntad. Aunque entre estas dos posiciones no hay más que un paso, no hay motivo alguno que permita franquearlo.

Los resultados de las encuestas electorales no son más que un elemento de información, entre otros muchos, de que el elector puede servirse a la hora de adoptar la decisión electoral final que considere más adecuada, pero no *les dictan* su conducta. Los ciudadanos se sienten completamente libres de actuar conforme a sus convicciones políticas, con independencia de las intenciones de voto de la población reflejadas por los sondeos electorales y, cuando los tienen en cuenta, es desde su autonomía de juicio. Los sondeos son para los electores un elemento de ayuda en su decisión, pero nunca sustituyen a la toma de decisión misma, no les confieren ningún *mandato*.

Además, como apuntan Jean STOETZEL y Alain GIRARD, otorgar a las encuestas una influencia tan decisiva y apremiante sería desconocer los caracteres fundamentales de la opinión pública; las condiciones sociológicas

«L'influence des sondages sur les comportements électoraux», *Pouvoirs*, 3, 1977, págs. 157-161. También pueden destacarse los siguientes estudios: KAVANAGH, D.: «Do opinion polls influence elections?», *The Parliamentarian*, July, 1981; MAX, A.: *La république des sondages*, Gallimard, Paris, 1981, capítulo V («Intox et interdits»), págs. 129-158; GALLUP, G. y RAE, S.: «Is there a bandwagon vote?», *Public Opinion Quarterly*, vol. 4, 1940, págs. 224-249; LANG, K. y ENGEL-LANG, G.: «The impacts on public opinion», *The Annals*, March 1984 (número especial dedicado a Polling and Democratic Consensus), págs. 129 y ss.; D. FIELD, M.: «Political opinion polling in the United States of America», in M. WORCESTER, R.: *Political opinion polling. An international review*, MacMillan Press Ltd., London, 1983, págs. 198-228; *European Society for Opinion and Marketing Association Research (ESOMAR)*, *Cómo interpretar y publicar los resultados de las encuestas*, Asociación Española de Estudios de Mercado y Márketing (AEDEMO), Barcelona, 1989; y HOTTERBEE, M.: «La publication des résultats des sondages d'opinion influence-t-elle l'opinion» en BEAUFAYS, J. (ed.): *Sondage et opinion politique. II^e Rencontre Interuniversitaire des Politistes Francophones*, Liège, 22 avril 1975, Université de Liège, Liège, 1975, págs. 37-52.

(clase, estatus, cultura) y las influencias personales juegan un papel mucho más importante en la producción de opiniones (50).

C) *Participación en las elecciones*

La última crítica contra la difusión de encuestas electorales durante la parte final del período preelectoral que procede examinar en este capítulo, radica en considerar que el conocimiento de los resultados de las encuestas por los electores puede convertirse en un elemento de desmovilización de los mismos, es decir, de desincentivación de su participación en las elecciones (51).

Este reproche a los sondeos se levanta sobre la idea de que el estímulo que reciben los electores para acudir a votar es directamente proporcional al grado de incertidumbre existente en torno a los resultados electorales, es decir, que a mayor indecisión en cuanto al resultado electoral –sea a nivel general o de la circunscripción de que se trate– mayor nivel de participación electoral, pues aumenta la sensación en el electorado de que la orientación de su voto puede afectar de alguna manera al resultado de las elecciones (52).

Sobre esta base y teniendo en cuenta que las encuestas electorales son el instrumento más perfeccionado que existe para el conocimiento de la opinión pública electoral, se ha sostenido, por parte de muchos autores y políticos, que cuando los sondeos reflejan un resultado electoral claro en la circunscripción de que se trate, en cuanto al reparto de escaños entre las distintas fuerzas políticas concurrentes, o incierto en la circunscripción, pero

(50) STOETZEL, J. y GIRARD, A.: *Op. cit.*, pág. 267. Vid. también RODRÍGUEZ LARA, E.: «La publicación de encuestas preelectorales», *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, n.º 57, enero-marzo 1992, págs. 202-210.

(51) La tesis de la abstención promovida por los sondeos ha sido acogida, sobre todo, en el ámbito político. Vid., en España, la intervención de Manuel FRAGA durante el debate en el Congreso de los Diputados de la Ley de encuestas electorales de 1980 (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, I Legislatura, Pleno, núm. 22, 28 de junio de 1979, pág. 1130); en otros países, por ejemplo, Francia, vid. el debate en el Senado de la Proposición de los senadores DAILLY y PAMS (*Débats*, Senat, 1972, pág. 3246).

(52) Sobre la escuela del cálculo racional aplicada al campo electoral vid. FAQUHARSON, R.: *Theory of voting*, Yale University Press, New Haven, 1969. Vid., también, MOLINA VEGA, J. E.: «Participación política» en la obra colectiva *Diccionario electoral*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 1989, pág. 520.

nítido respecto a los resultados generales a nivel nacional (por ejemplo, mayoría absoluta de determinado partido), disminuye correlativamente el interés de los electores para acudir a su cita con las urnas.

El conocimiento de los sondeos –dice Monique CHARLOT– «es suficiente para disipar el misterio electoral: los electores saben o creen saber de antemano quién va a ganar; saben diferenciar entre sus deseos y la realidad política» (53). En el mismo sentido, Juan I. ROSPIR ZABALA, ha podido afirmar que con ellos «se rompe el encanto, la ilusión de un rito que ocupa un lugar central en el credo democrático occidental. En muchos países occidentales... los electores encuentran en su periódico el mismo día de las elecciones quién va a salir triunfador y hasta el reparto de escaños en el Parlamento. ¿Cabe mayor desencanto antes de la votación?» (54).

El ejercicio del derecho de voto se presentaría, así, como un acto en cierto modo inútil. Si ya se ha ganado o se ha perdido, no hay ya necesidad de molestarse en acudir a votar. ¿Por qué va a tomarse uno el trabajo de acercarse a las urnas en lugar de quedarse en casa si, según los sondeos, el resultado es ya seguro y, por tanto su esfuerzo no tiene posibilidad alguna de incidir en el resultado? Se produce en gran parte del electorado un *sentimiento de determinismo o fatalidad*, consistente en considerar, en expresión de un diputado belga, que «la partida está jugada de antemano» (55), es decir, de que todo está ya decidido antes de la celebración de la votación y que ya nada puede hacerse, lo que puede disuadir a muchos ciudadanos de la participación en las elecciones, incumpliendo así su deber cívico de votar (56).

Esta tesis de la abstención por la certidumbre creada por los sondeos en torno a los resultados electorales puede resultar ingeniosa, pero, al igual que las anteriores, tampoco nos parece admisible. Los motivos que explican esta conclusión son, básicamente, las tres siguientes:

(53) CHARLOT, M.: *La démocratie à l'anglaise. Les campagnes électorales en Grande-Bretagne depuis 1931*, Armand Colin, Paris, 1972, pág. 419.

(54) ROSPIR ZABALA, J. I.: «Las encuestas preelectorales», en MUÑOZ ALONSO, A. (Director): *Las elecciones del cambio*, Argos Vergara, Barcelona, 1984, pág. 153.

(55) Proposición de ley presentada en la Cámara de Representantes belga por el diputado RISOPOULOS el 18 de febrero de 1982. Doc. 126 (1981-1982), n.º 1.

(56) De la misma forma, la sensación de determinismo que producen las encuestas en la opinión pública, puede afectar a la colaboración de los electores en la campaña electoral. Así una encuesta que muestre un candidato victorioso puede desanimar a sus partidarios para trabajar duramente por la victoria. Sobre este punto vid. D. FIELD, M.: *Op. cit.*, pág. 211.

a) El primero consiste en advertir que, hasta el momento, no se ha aportado ninguna prueba de que las encuestas electorales desincentiven, efectivamente, la participación de los ciudadanos en la votación. Ninguna de las numerosas investigaciones realizadas hasta el momento, con el fin de descubrir la existencia de este tipo de influencia, ha alcanzado un resultado positivo, y ello con independencia de cuál sea el método utilizado: encuestas postelectorales, planteando directamente la cuestión a los electores; encuestas preelectorales, mediante la técnica del panel; estudios comparativos de diversos grupos de electores, sociológica y políticamente muy semejantes, pero sometidos unos, durante el período previo a la votación, a la influencia de las encuestas y otros no; etc. (57).

b) En segundo lugar, hay que tener en cuenta que, incluso si se admitiera la realidad de este efecto desmovilizador por parte de los sondeos electorales que auguran un resultado claro en la urnas, también habría que admitir el fenómeno contrario: el carácter movilizador que tienen las encuestas electorales cuando prevén, lo que es mucho más corriente, cierto grado de incertidumbre en los resultados electorales; de modo que los efectos negativos que en términos de participación electoral producen los sondeos en unas ocasiones, se compensarían, desde una perspectiva de conjunto, más que de sobra, con los efectos positivos que ocasionarían en otras.

c) El tercer y último motivo alegable a este propósito refutatorio es, sin duda, el más relevante, en cuanto supone entrar en consideraciones de

(57) La cuestión ha sido objeto de numerosos estudios, sobre todo en los Estados Unidos y durante los años sesenta y setenta, gran parte de los cuales se centran en examinar la influencia desmovilizadora de los exit polls publicados durante el desarrollo de la votación, antes del cierre de todos los colegios electorales. Vid. fundamentalmente: MENDELSON, H.: «Election day broadcasts and terminal voting decisions», *Public Opinion Quarterly*, 1966, vol. 30, págs. 212-225; FUCHS, D. A.: «Election day radio-television and western voting», *Public Opinion Quarterly*, 1966, vol. 30, págs. 226-236; LANG, K. y ENGEL-LANG, G.: *Voting and non voting: implications of broadcasting returns before polls are closed*, Bleisdell Publishing, Waltham (Massachusetts), 1968, págs. 49-51; COFFIN, T. E. y TUCHMAN, S.: «The influence of television election broadcast in a close election», *Public Opinion Quarterly*, vol. 33, 1969, págs. 445-446; MENDELSON, H. e CRESPI, I.: *Polls, television and the new politics*, Chandler Publishing, Scranton (Pennsylvania), 1970; TUCHMAN, S. y COFFIN, T. E.: «The influence of election night television broadcast in a close election», *Public Opinion Quarterly*, vol. 35, n.º 3, 1971, págs. 315-326; BON, F.: *L'influence... Op. cit.*, págs. 159-161; CONTINI, G.: *Op. cit.*, págs. 21-22; ASHENFELTER, O. y KELLEY, S.: «Determinants of participation in presidential elections», *Journal of Law and Economics*, 18, 1975, págs. 695-733; y HICKMAN, H.: «Public polls and election participants», in LAVRAKAS, P. J. (ed.): *Polling and presidential election coverage*, Newbury Park, Sage, págs. 100-133.

principio: no se trata ahora de que no exista constatación empírica alguna de la influencia desmovilizadora de los sondeos electorales, sino de que existen muy buenas razones para pensar, por el contrario, que la misma no se produce.

En primer lugar, que los electores son plenamente conscientes del auténtico significado y alcance que las encuestas electorales poseen en la vida democrática, conociendo los límites de validez de sus mediciones y sus carencias predictivas para determinar la evolución de la opinión pública, por lo que no hay peligro de que se les conceda, en general, más valor del que en realidad tienen.

Los sondeos electorales, todo el mundo lo sabe, aunque solo sea por propia experiencia personal, no hacen otra cosa que reflejar, con mayor o menor precisión o nitidez, las intenciones de voto de la población en el momento en que se realizan, y no dicen nada acerca de la evolución ulterior de tales intenciones hasta el día de la votación; no ofrecen, como se suele decir, más que una imagen estática y borrosa de una realidad dinámica y cambiante.

Lo ha señalado acertadamente el profesor Jorge de ESTEBAN: «Los sondeos evidentemente poseen, en el caso de estar bien elaborados, una importancia cierta al objeto de conocer de antemano el posible desenlace de unas próximas elecciones. Pero, en cualquier caso, no pueden aparecer más que como lo que son: una fotografía, mejor o peor hecha, de las intenciones de los votantes en un momento determinado» (58).

La segunda razón se refiere a que no es en absoluto cierto que el elector acuda a las urnas en función de un análisis economicista de la utilidad de su esfuerzo. Se vota por fidelidad partidista, por la conciencia de cumplir con un importante deber cívico, por la presión social, y no necesariamente persuadido de la importancia o utilidad del sufragio. Así lo han puesto de manifiesto diversos estudios de opinión realizados en los últimos años: por ejemplo, cuando a la pregunta de *cuál es el principal motivo de su partici-*

(58) DE ESTEBAN, J. «La convocatoria electoral» en DE ESTEBAN, J. y LÓPEZ GUERRA, L. (Directores), *Las elecciones legislativas de 1 de marzo de 1979*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1979, pág. 21. Vid. también, entre otros, LÓPEZ GUERRA, L.: *Op. cit.*, págs. 171 y 175; y *European Society for Opinion and Marketing Asociation Research (ESOMAR)*, *Op. cit.*, passim.

pación electoral, casi las dos terceras partes de los encuestados han declarado que el considerarlo un deber cívico (59).

Las elecciones son, ciertamente, un instrumento esencial de la democracia moderna para que la población elija a sus representantes, pero son también, en gran medida, un debate político en el que cada miembro de la comunidad pretende dar su punto de vista, sin importarle las posibilidades de elección de su candidatura preferida. Como dice Alfred MAX: «El elector no se moviliza por el solo deseo de elegir a su candidato. Expresa con su voto un actitud con respecto a la sociedad y considera que se le tomará en serio gracias a la fuerza reconocida de la corriente de opinión de la que se siente solidario. Incluso con frecuencia están más motivados quienes se sienten minoritarios...» (60).

2) ASEGURAR LA EFECTIVIDAD DE LAS NORMAS QUE GARANTIZAN LA OBJETIVIDAD DE LAS ENCUESTAS

El segundo gran objetivo que cabe atribuir a la prohibición de publicar o difundir encuestas durante los cinco últimos días del período preelectoral, es de carácter muy diferente. No se trata ahora, como en el caso anterior, de impedir directamente la influencia que las encuestas electorales puedan ejercer sobre el comportamiento electoral de los ciudadanos, sino de garantizar la efectividad del régimen jurídico establecido en el artículo 69 de la LOREG para asegurar la objetividad en la publicación de encuestas electorales, consiguiendo, así, que su influencia resulte, en todo momento, transparente y legítima.

La normativa cuya efectividad se trata de garantizar consiste, básicamente, en las dos medidas siguientes:

a) En primer lugar, la imposición a los medios de comunicación de la obligación de publicar, junto con los resultados de los sondeos electorales de que se trate, una serie de especificaciones que permitan a los ciudadanos evaluar su grado de objetividad y rigor: nombre y domicilio de la persona física o jurídica que haya realizado el sondeo y de la que haya encargado su

(59) Vid. los estudios números 1788 y 1870 del Centro de Investigaciones Sociológicas en su banco de datos.

(60) MAX, A.: *Op. cit.*, págs. 137-138.

realización, sistema de muestreo, tamaño de la muestra, margen de error de la misma, nivel de representatividad, procedimiento de selección de los encuestados y fecha de realización del trabajo de campo, etc. (Artículo 69.1).

b) En segundo término, la atribución a la Junta Electoral Central de la tarea de velar porque los datos e informaciones de los sondeos publicados no contengan falsificaciones, ocultaciones o modificaciones deliberadas, así como por el correcto cumplimiento de la obligación de acompañar las especificaciones anteriores (Artículo 69.2). Para ello, por un lado, se faculta a la Junta Electoral Central para recabar de quien haya realizado un sondeo que ha sido publicado, la información técnica complementaria que juzgue oportuna al objeto de efectuar las comprobaciones que estime necesarias (Artículo 69.3); y, por otro lado, se obliga a los medios de comunicación que hayan publicado o difundido un sondeo infringiendo de algún modo el dispositivo legal anterior, a publicar en el plazo de tres días las rectificaciones requeridas por la Junta Electoral, anunciando su procedencia y el motivo de la rectificación, y programándose o publicándose en los mismos espacios o páginas que la información primigenia (Artículo 69, números 4 y 5).

La prohibición de publicación y difusión de encuestas electorales durante los cinco días anteriores al de la votación, se presenta, entonces, en opinión de muchos autores (61), como una medida necesaria para permitir que las rectificaciones que, en su caso, pueda exigir la Junta Electoral Central a los medios de comunicación que publiquen encuestas electorales irregulares, puedan ser difundidas y llegar a conocimiento de los electores antes de que tenga lugar la votación, asegurándose, así, en este ámbito, el derecho de los electores a una información veraz, presupuesto de un voto auténticamente libre.

Se considera que si no se prohíbe la divulgación de sondeos electorales durante este período de tiempo, los efectos distorsionadores que podrían

(61) Vid. la intervención del profesor Juan J. SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA en el debate que sobre la reforma del régimen electoral tuvo lugar en el Centro de Estudios Constitucionales el 31 de enero de 1994 (recogidos en MONTERO GIBERT, J. R. et al., *La reforma del régimen electoral*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pág. 170). Vid. también: CERRI, A.: «Manifestazione del pensiero, opinione pubblica e sondaggi elettorali» en ZENO-ZENCOVICH, V. (ed.): *Op. cit.*, pág. 91; MASCLÉ, J.-C.: *Droit électoral*, Presses Universitaires de France, Paris, 1989, pág. 242; y HUET, P.: «L'esperienza francese» en ZENO-ZENCOVICH, V. (ed.): *Op. cit.*, pág. 50.

desencadenar sobre los electores las encuestas electorales incorrectamente elaboradas o presentadas o, incluso, absolutamente inventadas, serían del todo irreparables; y es que por muy rápida que fuera la actuación de la Junta Electoral Central, como los medios de comunicación disponen legalmente de tres días para publicar o difundir las rectificaciones exigidas por la Junta Electoral, éstas solo podrían ser conocidas por los electores con posterioridad a la celebración de las elecciones, cuando el movimiento de opinión desencadenado por tal sondeo irregular ya ha ejercido su influencia sobre los resultados electorales y es, lógicamente, irreversible.

La prohibición tiene, por tanto, un carácter claramente instrumental, presentándose como una auténtica *pieza de cierre* del sistema establecido por la LOREG para asegurar la seriedad y objetividad de *todas* las encuestas electorales publicadas por los medios de comunicación durante el período preelectoral y contribuir con ello a la correcta transmisión de la información durante una fase decisiva para la vida nacional.

Este propósito se manifestó con claridad a lo largo de los debates parlamentarios que tuvieron lugar con ocasión de la tramitación de la *Ley 14/1980 de Regulación de Encuestas Electorales*. Así, el diputado Ramos FERNÁNDEZ-TORRECILLA, portavoz para la ocasión del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso de los Diputados, manifestó:

«Nosotros, desde el primer momento, enmendamos la proposición inicial señalando que el plazo correcto sería el de cinco días, que creemos que, por una parte, se ajusta estrictamente a las necesidades de origen de la proposición y, por otra, a las posibilidades de rectificación en caso de que la Junta Electoral tuviera que efectuarla porque el sondeo estuviera, de alguna manera, manipulado» (62).

Este es, a grandes rasgos, el segundo objetivo que parece perseguir la prohibición, y que, frente a lo que pudiera parecer, también es susceptible de crítica. Evidentemente, no se trata ahora, como en el supuesto anterior, de negar la coherencia del razonamiento que lo vertebra, sino, más bien, de minimizar su trascendencia de cara a la justificación constitucional de la prohibición, es decir, de poner seriamente en duda la necesidad de imponer el silencio de las encuestas durante los últimos cinco días del período pree-

(62) Vid. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, I Legislatura, Pleno, núm. 62, de 13 de febrero de 1980, pág. 4199.

lector para asegurar la libre formación de la voluntad electoral de los ciudadanos.

El examen de la realidad sobre la que operan los sondeos electorales proporciona elementos suficientes para ver las cosas de otro modo. Las causas o motivos de impugnación que, en concreto, pueden alegarse a este propósito son básicamente las siguientes:

a) **Primera causa:** el riesgo de que se publiquen encuestas electorales en violación de las normas que garantizan la seriedad y objetividad de su publicación, sea por errores o deficiencias técnicas negligentes, sea por falsificaciones u ocultaciones deliberadas, no es tan elevado como habitualmente se piensa, tal y como pone de manifiesto el dato de que la Junta Electoral Central, a lo largo de más de treinta procesos electorales y referéndums, no ha descubierto más de una decena de casos de infracción a la normativa (63).

La explicación se encuentra en diferentes motivos. Ante todo, hay que tener en cuenta algo bastante evidente, pero que normalmente pasa inadvertido a los defensores de la prohibición: la existencia de un régimen sancionador en garantía del cumplimiento de este régimen jurídico.

La LOREG prevé, en concreto, dos tipos de sanciones, una en el ámbito del Derecho penal y otra de carácter administrativo a cargo de la Junta Electoral Central. La primera se contiene en el artículo 145, que dice así: «Serán castigados con la pena de arresto mayor, multa de 500.000 a 5.000.000 de pesetas y accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión quienes dolosamente infrinjan la normativa vigente en materia de encuestas electorales»; la segunda, por su parte, se recoge en el apartado segundo del artículo 153: «Las infracciones de lo dispuesto en esta Ley sobre régimen de encuestas electorales serán sancionadas con multa de 50.000 a 500.000 pesetas».

Este régimen de sanciones no es, seguramente, todo lo enérgico y disuasorio que sería de desear, sobre todo frente a los manipuladores dolosos,

(63) Sobre los resultados de la actividad de control de la Junta Electoral Central hasta 1995 vid. ARNALDO ALCUBILLA, E. y DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, M.: *Código electoral*, 2.ª edición, Abella, Madrid, 1995; a partir de esa fecha pueden consultarse en directo las propias resoluciones y acuerdo de la Junta Electoral Central. El caso más conocido tuvo lugar durante las últimas elecciones generales de marzo de 1996, cuando la Junta Electoral Central obligó al diario madrileño «ABC» a rectificar la presentación de los resultados de un sondeo electoral (Acuerdo de 20 de febrero de 1996).

pero, no cabe duda, de que su reforzamiento sería una tarea muy fácil de llevar a término. No se trataría, desde luego, de incidir en las penas privativas de libertad, sino de seguir otras vías, quizás menos contundentes, pero muy efectivas: elevar la cuantía de las multas; extender el ámbito subjetivo de la inhabilitación para el ejercicio de la profesión, de tal modo que afectara tanto al infractor material como al director del medio de comunicación; o incorporar sanciones de carácter moral como, por ejemplo, dar una amplia publicidad, a costa del infractor, de los incumplimientos detectados por la Junta Electoral Central en el ejercicio de su función de control.

En segundo lugar, y entrando en el terreno específico de las irregularidades que hemos denominado negligentes, cabe alegar que, tanto la gran experiencia acumulada a lo largo de las más de dos décadas de democracia en España, como la creciente profesionalización de los responsables del diseño de la investigación electoral, de los entrevistadores y de los técnicos y periodistas que proceden a la interpretación de sus resultados, permiten tener cierta confianza en la seriedad, calidad y rigor del proceso de realización y presentación de las encuestas electorales que se publican en nuestro país.

El mercado, como ocurre en otros sectores de la actividad humana, se ha ido encargando poco a poco, por sí mismo, de seleccionar a los mejores; nunca se resaltará lo bastante la gran importancia que la competencia, en el campo de la información, puede tener para la salud de nuestra democracia.

Por último, frente al riesgo de que se produzcan manipulaciones propiamente dichas, que es, sin duda, el que suscita los mayores temores (64), se alza contundente lo que constituye un lugar común en el campo de la sociología y de la comunicación. Me refiero a que, hoy por hoy, resulta imposible prever, siquiera con cierto grado de aproximación, qué tipo de efectos

(64) Son muchos los especialistas y hombres políticos que han insistido en el riesgo de manipulación de las encuestas. Así, por ejemplo, los profesores belgas Pierre GRASS y Martine LEGRAND han señalado que «cualquiera puede efectuar encuestas tan fantasiosas como dese y denominar como sondeo a un test cualquiera» («Aspects juridiques du probleme des sondages» en BEAUFAYS, J. (ed.): *Op. cit.*, pág. 80); y el diputado laborista inglés Ray POWELL, en su esfuerzo porque se prohíba en su país la publicación de encuestas electorales durante el período preelectoral, se quejó en 1987, ante la Cámara de los Comunes, tanto de la facilidad con que las empresas encuestadoras «pueden manipular las muestras aleatorias para incitar o estimular sus intereses y objetivos», como del desparpajo con el que, en demasiadas ocasiones, los medios de comunicación «han distorsionado deliberadamente encuestas limpias y razonablemente realizadas» (*House Commons*, deb., 24 February 1987, col. 164).

puede desencadenar la publicación de un sondeo electoral determinado sobre el voto de los ciudadanos y, en consecuencia, el modo en que puede incidir sobre los resultados electorales.

A pesar de la experiencia acumulada a lo largo de cientos, miles quizá, de procesos electorales en todo el mundo, nadie hasta el momento ha sido capaz de determinar en qué dirección se va a ejercer la influencia de un sondeo dado sobre el voto que le sigue. La ciencia desconoce cuándo y por qué se produce un efecto determinado, por lo que hay que concluir que nadie está en condiciones de realizar, con un mínimo de seguridad, predicciones de comportamiento en este campo. En este sentido, Pierre HUET, que fue Presidente de la *Comission des Sondages* francesa, ha declarado que «si no es dudoso que la publicación de sondeos electorales tenga incidencia sobre el comportamiento de los electores, nadie sabe exactamente cómo se ejerce la misma» (65).

Ello no puede dejar de tener consecuencias sobre los manipuladores potenciales, en el sentido de reducir de modo considerable su interés partidista por *fabricar* sondeos o distorsionar sus resultados en una dirección determinada (66). Si falsificar una encuesta electoral consiste en publicar los datos que, sin responder a la realidad, tengan sobre los electores los efectos deseados y si resulta que es imposible determinar previamente el impacto que su publicación puede tener sobre los electores, ¿para qué manipular?

¿Por qué se arriesgaría alguien a manipular una encuesta electoral, si no sabe con seguridad si el movimiento de opinión que se desencadene le va a perjudicar o favorecer? ¿Qué debería mostrar en el sondeo?: ¿que su partido favorito está en cabeza para desencadenar así a su favor el efecto *bandwagon* (apoyo al ganador)?, ¿o que, por el contrario, se encuentra en segunda posición con el fin de estimular el efecto *underdog* (apoyo al perdedor)? (67).

b) **Segunda causa:** el riesgo de distorsión del voto por la publicación de una o varias encuestas electorales en infracción, incluso grave, del dispositivo legal establecido para garantizar su objetividad, tampoco nos pare-

(65) Vid. PARLIAMENTARY ASSEMBLY.... *Op. cit.*, pág. 14.

(66) Esta cuestión es objeto de un análisis más detallado en nuestro trabajo «La influencia de...», *Op. cit.*

(67) Vid. BON, F.; BURNIER, M.-A. y KOUCHNER, B.: «Les Voraces», Balland, Paris, 1974; MAX, A.: *Op. cit.*, págs. 144-145; y LAZAREFF, A.: *Op. cit.*, págs. 21-22.

ce tan grave como pudiera estimarse en una primera aproximación. De lo que se trata, por tanto, ahora es de relativizar las consecuencias negativas de los posibles incumplimientos de esta normativa. Dos consideraciones sustentan esta opinión.

La primera, la de mayor relevancia, se refiere a que, en nuestra opinión, los efectos negativos de una encuesta electoral irregular sobre los electores que tuvieran conocimiento de ella, no tardarían en diluirse en el *maremágnum* de efectos, muchos de ellos de sentido contrario, que produce la ingente cantidad de sondeos electorales que se publican durante el período preelectoral, en especial durante su fase final, por lo que apenas podrían tener incidencia sobre la opinión pública (68).

Cada nuevo sondeo electoral que ve la luz, constituye tan sólo una parte de un conjunto formado por múltiples piezas, cada una diferente, pero que, en conjunto, diseñan una tendencia general perceptible y conocida por todos los ciudadanos. Los distintos sondeos, individualmente considerados, son como puntos de un gráfico, de modo que la existencia de algún sondeo irregular, por manipulado que esté, no impide la percepción de una línea, más o menos definida, representativa del estado y evolución de las intenciones de voto de la población.

El sistema democrático genera así sus propias defensas contra el riesgo de manipulación, poniéndose una vez más de relieve que no se mejora nunca una información con la censura, sino con más información. Como ha dicho gráficamente el profesor Ivor CREWE, «cuantas más encuestas se hagan, más verdad habrá» (69).

La segunda consideración, por su parte, supone valorar el hecho de que los electores tienen la suficiente madurez, fruto de su propia experiencia en democracia, para poder determinar la credibilidad que les pueden merecer

(68) El interés por los sondeos de intención de voto es tan elevado que se puede afirmar, sin exageración, que, en muchas democracias occidentales, no hay prácticamente día de la campaña electoral en que no se publique una encuesta ni medio de comunicación de cierta envergadura que se resista a hacerlo. Esto puede aplicarse, desde luego, a nuestro país, pero tiene su máximo exponente en los Estados Unidos, en donde, durante los dos meses precedentes a las elecciones presidenciales de 1996, tan solo el instituto GALLUP llevó a cabo cincuenta y dos estimaciones de voto diferentes (Tomado de WERT ORTEGA, J. I.: «Encuestas y urnas en las recientes elecciones de Estados Unidos», *El País*, 23 de noviembre de 1996).

(69) Tomado de BLACKBURN, R.: *Op. cit.*, pág. 306.

las empresas de sondeos o los medios de comunicación que se hallan tras las encuestas electorales que se dan a conocer. Como dijo Yvon BOURGES en 1970 en el Senado francés debemos tener confianza en la madurez y el escepticismo innato de los ciudadanos (70).

El riesgo de distorsión del voto no nos parece, por tanto, grave, pero es que todavía podría ser menor si los poderes públicos y los propios medios de comunicación estimularan en el electorado el desarrollo de un espíritu crítico, de saludable escepticismo, ante los resultados de las encuestas difundidas durante los últimos días del período preelectoral. Bastaría, por ejemplo, con que se impusiera, durante este período, a los medios de comunicación la obligación de que acompañasen la presentación de los resultados de los sondeos electorales con el aviso o advertencia, en lugar destacado, de que los mismos no van a poder ser objeto, antes de que tenga lugar la votación, de control por parte de la Junta Electoral Central y, por tanto, de rectificación de sus errores, deficiencias o manipulaciones.

c) **Tercera causa:** el reducido ámbito de control de la Junta Electoral Central, dado que la legislación electoral española, al contrario de lo sucede en otros países, no se ocupa de asegurar la *calidad* de las encuestas electorales que se publican, sino únicamente de imponer a los medios de comunicación la obligación de informar sobre sus características técnicas y de no manipularlos.

La Junta Electoral, como apunta muy bien José L. RUIZ-NAVARRO PINAR, realiza un control puramente externo de las encuestas electorales publicadas y no puede analizar las técnicas que se han utilizado para elaborar la encuesta. Así, por ejemplo, si se publica un sondeo realizado con una muestra tan pequeña que no puede resultar representativa de la población a que se refiere, la Junta no podría intervenir y prevenir a los electores sobre esta circunstancia (71).

d) **Cuarta causa:** el ejercicio del derecho de rectificación, conforme a lo dispuesto en la legislación electoral, por parte de la Junta Electoral Central, no es demasiado eficaz en orden a eliminar los efectos distorsionadores derivados de la publicación de una encuesta electoral de algún modo irregular y, en consecuencia, para restablecer su objetividad.

(70) Tomado de MAX, A.: *Op. cit.*, pág. 145.

(71) RUIZ-NAVARRO PINAR, J. L.: *Op. cit.*, pág. 645.

La publicación de las rectificaciones requeridas por la Junta, desgraciadamente, apenas tiene eco social. El público no suele leer los textos de rectificación publicados y rara vez los relaciona con las informaciones que se tratan de corregir. Como dice Alexandre LAZAREFF, «si, por ejemplo, un sondeo es publicado sin su ficha, es vano imponer al periódico la obligación de insertar el texto en cuestión en la edición siguiente, cuando los electores ya han olvidado el contenido del sondeo contestado» (72).

e) **Quinta causa:** la gran dificultad, si no práctica imposibilidad, de que las rectificaciones ordenadas por la Junta Electoral Central, en ejercicio de su poder de control, puedan llegar a conocimiento de los electores antes del día de la votación. Se trata, por consiguiente, de poner en cuestión que la finalidad que se persigue con la prohibición, la efectividad de la reglamentación sobre las encuestas electorales, pueda tener virtualidad práctica alguna.

La explicación es bastante sencilla. Si tenemos en cuenta que la prohibición abarca los cinco días anteriores a la votación y que según el artículo 69.4 de la LOREG, los medios de comunicación disponen de un plazo de tres días para publicar las rectificaciones requeridas por la Junta Electoral Central, resulta que ésta tan sólo dispone de dos días para tomar conocimiento de las últimas encuestas publicadas, escuchar las alegaciones de los medios concernidos, practicar las pruebas que se estimen necesarias, acordar las rectificaciones pertinentes y comunicar la decisión adoptada al infractor.

El plazo de dos días es claramente insuficiente para que la Junta pueda efectuar todas estas actuaciones, sobre todo si tenemos en cuenta que el control de la regularidad de los sondeos electorales no más que una de las múltiples y complejas tareas de las que debe ocuparse la Junta durante la parte final de la campaña electoral (también se ocupa del censo electoral, de los debates electorales, de la información política de los medios de comunicación, etc.).

3) IMPEDIR QUE LAS ENCUESTAS ELECTORALES CONSTITUYAN EL CENTRO DE LA ATENCIÓN PÚBLICA DURANTE LOS ÚLTIMOS DÍAS DEL PERÍODO PREELECTORAL

Todavía cabe atribuir a la prohibición de difundir encuestas durante los últimos días del período preelectoral un tercer objetivo, aunque situado en

(72) LAZAREFF, A.: *Op. cit.*, pág. 66.

un plano claramente subordinado a los dos anteriores: evitar que los sondeos de intención de voto conciten, durante los días más decisivos en el delicado proceso de maduración del sufragio, la atención y el interés de los ciudadanos, en perjuicio del debate político y, por consiguiente, de la libertad de voto (73).

Se considera que la difusión de encuestas electorales durante el período preelectoral crea una atmósfera de expectación, espoleada por los medios de comunicación, que tiene a la opinión pública suspendida, como si se tratara de una carrera de caballos, de los progresos y retrocesos de los principales contendientes en el proceso electoral; los ciudadanos están más pendiente de la posición que cada candidatura electoral ocupa en la competición que del alcance y contenido de sus propuestas políticas respectivas (74). A este respecto, Jacques FAUVET, ha calificado a los sondeos como «hit-parades» que transforman a los hombres políticos en caballos de carreras o en actores (75).

Los electores centran su atención en los resultados de los sondeos y dan la espalda a la exposición y debate de las posiciones políticas de los diversos partidos y candidatos, y especialmente de aquellos a los que auguran unos pobres resultados en las urnas.

Las encuestas electorales se convertirían, de este modo, en un elemento susceptible de distraer la atención de los electores del debate político que tiene lugar durante la campaña electoral, con el fin de que éstos puedan disponer de información suficiente sobre las ideas y propuestas de las diversas candidaturas y realizar así, con conocimiento de causa, y, por tanto, de la manera más libre posible, la elección más adecuada a sus opiniones políticas.

Alexandre LAZAREFF, en su obra «Le droit des sondages politiques», ha recogido con gran precisión este extendido estado de opinión:

(73) Sobre este tema, presente en todos los trabajos sobre encuestas electorales, vid. por ejemplo: LAZAREFF, A.: *Op. cit.*, pág. 19; DADER, J. L.: «Repercusión política y social de los sondeos de opinión» en MUÑOZ ALONSO, A. y otros: *Opinión pública y comunicación política*, EUDEMA, Madrid, 1990, pág. 500; y BLACBURN, R.: *Op. cit.*, pág. 309.

(74) Sobre la metáfora de la carrera de caballos vid. ROKEACH, M.: «The role of values in public opinion research», *Public Opinion Quarterly*, vol. 32, 1968, pág. 548.

(75) REMY, M.: «L'utilisation des sondages par les medias (compte rendu du débat)» en DROESBEKE, J.-J. y THOVERON, G. (eds.): *Au Royaume des sondages*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1990, pág. 177.

«Los sondeos son acusados de banalizar la vida política y entrafñar una desafección hacia lo que está en juego. En efecto, la repetición periódica de las clasificaciones de los principales personalidades, o de los barómetros de intención de voto focaliza la atención pública sobre un pequeño número de actores, jefes políticos o partidos. Por ello, los sondeos contribuyen al arraigo de una especie de cultura política mínima, muy pobre, casi caricaturesca. Todo el debate político se reduce a los tanteos respectivos de tres o cuatro dirigentes de los principales partidos...» (76).

Este argumento es sugerente y llamativo, pero carece, a nuestro juicio, de la más mínima base lógica. No se trata, desde luego, de negar o minimizar el interés con el que los electores siguen las evoluciones de los sondeos, sino de poner de manifiesto que no existe ninguna razón que permita sostener que ello produce una correlativa desatención hacia el debate político que tiene lugar durante la campaña electoral. Nadie hasta el momento ha podido proporcionar ni un solo dato que permita relacionar la publicación de encuestas electorales con el fenómeno, desafortunadamente cierto, de desinterés generalizado de los ciudadanos hacia la información y la propaganda electorales.

Incluso se puede decir más. No es sólo que las encuestas no le quiten audiencia a los partidos políticos, sino que existen motivos para sostener lo contrario: que contribuyen a promover el interés por las elecciones de un cuerpo electoral en gran parte alejado de la vida política y sus avatares.

Entre otros efectos positivos puede señalarse que las encuestas electorales enriquecen las informaciones y análisis de los distintos medios de comunicación sobre todo lo relacionado con las elecciones (ideas y propuestas políticas de las diversas candidaturas, posibles combinaciones a la hora de formar gobierno, etc.); mantienen en tensión a los ciudadanos —al hacer visible el probable escenario político tras la celebración de las elecciones— en torno a las implicaciones políticas del sentido de su sufragio; amplifican la resonancia política de las diferentes actividades y sucesos que tienen lugar durante la campaña electoral (la original propuesta de un partido sobre política fiscal, el resultado de determinado debate electoral en televisión entre los líderes de los dos principales partidos, etc.); y crean una atmósfera, como ha indicado el profesor Ivor CREWE, «de flujo, cambio y excitación», incluso si la opinión pública no experimenta grandes cambios (77).

(76) LAZAREFF, A.: *Op. cit.*, pág. 19.

(77) Tomado de DELLNER, P.: «How polls can be poles apart», *The Observer*, 29 may 1983.

III. PROBLEMAS DE LA PROHIBICIÓN

Tras conocer los objetivos que persigue la prohibición de difundir encuestas electorales durante los cinco últimos días del período preelectoral y poner de relieve su extrema debilidad e incluso inconsistencia, procede ocuparse ahora de los problemas que plantea el establecimiento de esta norma, y que con preocupante frecuencia se desconocen a pesar de su gran trascendencia en la tarea de determinar su constitucionalidad o inconstitucionalidad.

La prohibición se enfrenta, en concreto, a dos grandes problemas, de carácter muy diferente: de una parte, la lesión de determinados principios fundamentales de nuestro sistema político y, de otra, el riesgo elevado de que resulte ineficaz. A su estudio se dedican las páginas que siguen.

1) LESIÓN DE DETERMINADOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

La prohibición de publicar encuestas, además de entrañar, en su propia esencia, la limitación del derecho a la libertad de información, conlleva, además, la lesión de dos de los principios constitucionales que mayor relevancia tienen en nuestra democracia: el de igualdad de los ciudadanos (artículo 14 CE, en general; y 23.2 CE, específicamente para las contendientes electorales) y el de libertad de voto (artículos 23, 68 y 69 CE).

A) *Principio de igualdad*

La lesión que el principio de igualdad de los ciudadanos sufre por efecto de la prohibición tiene su origen en el hecho de que la legislación electoral no prohíbe los sondeos electorales en toda su extensión, sino únicamente su publicación y difusión, de tal modo que las empresas encuestadoras pueden, durante la vigencia de la prohibición, continuar efectuando sondeos electorales y dar a conocer sus resultados a sus clientes y estos, de modo reservado, a quienes tengan a bien transmitir esta información.

Desde esta base, y teniendo en cuenta que únicamente quienes dispongan de cierta capacidad económica, o de estrechas relaciones con estos, van a poder acceder a las últimas encuestas electorales realizadas, se advierte con suma rapidez una clara situación de desigualdad de hecho entre los ciu-

dadanos a la hora de ejercer el derecho fundamental a obtener información veraz en este ámbito (78).

Se crean, así, por efecto directo de la prohibición, dos categorías de ciudadanos y grupos: de un lado, la privilegiada minoría de quienes disponen de los recursos económicos necesarios para encargar a algún instituto de opinión la realización de encuestas electorales privadas, y conocer así las intenciones de voto de la población; y, de otro lado, el ciudadano de a pie, que privado de la recepción de las encuestas electorales a través de los medios de comunicación, no tiene posibilidad alguna de acceder a este tipo de información.

Lo dijo el diputado de Euskadiko Ezkerra, Juan M.^a BANDRÉS, durante la tramitación parlamentaria de la LOREG:

«La limitación de su publicación y difusión [de las encuestas electorales], en todo o parte de la campaña electoral, es nuevamente poner en manos de los más poderosos financieramente, el poder de la información que, en principio, y en este caso más claramente, es patrimonio de los informantes, es decir, de los ciudadanos de entre los que se ha extraído previamente la muestra de encuestados» (79).

Además hay que tener presente que esta situación de desigualdad de hecho entre los ciudadanos provocada por la prohibición, tiene importantes consecuencias que es necesario poner de relieve:

a) De una parte, *consecuencias políticas*, en tanto que sólo los partidos y fuerzas políticas que dispongan de los recursos económicos suficientes para encargar encuestas privadas o, en su caso, de relaciones fluidas con quienes sí tengan esos recursos, podrán conocer los últimos sondeos realizados y reorientar en consecuencia su discurso electoral o sus estrategias de comunicación. El menoscabo del principio de igualdad de oportunidades de las candidaturas e incluso del de independencia de las mismas resulta evidente.

b) Y, de otro lado, *consecuencias económicas*, dadas las ventajas materiales, por ejemplo en materia de especulación bursátil, que pueden obte-

(78) Vid., entre otros, MAX, A.: *Op. cit.*, págs. 152 y 153.

(79) *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, II Legislatura, Pleno, núm. 174, de 5 de diciembre de 1984, pág. 8066.

ner quienes accedan a esta información reservada. Como señala Robert WORCESTER: «La prohibición favorece económicamente a la minoría privilegiada que tiene acceso a la información prohibida al público, pues hacen negocios que no están al alcance de los demás» (80).

B) *Libertad de elección*

La prohibición de difundir encuestas durante los días previos a la votación produce también la lesión del principio de libre formación de la voluntad electoral de los ciudadanos. Son dos los argumentos que se pueden hacer valer en este ámbito:

a) El hecho de que los electores no puedan acceder, por culpa de la prohibición, a las últimas encuestas realizadas y de que conserven en su mente los datos de las últimas encuestas publicadas, conlleva el riesgo de que muchos de ellos determinen su voto conforme a los resultados de las últimas encuestas publicadas, que, con gran probabilidad, dada la considerable diferencia temporal entre la fecha de su realización y la celebración de las elecciones, ya han sido superadas y, por tanto, no reflejan las intenciones actuales de voto de los electores (81).

Evidentemente, cuanto más cercana esté la realización de una encuesta electoral del día de las elecciones, más posibilidades hay de que recoja adecuadamente la situación electoral del momento previo a la votación y, por tanto, de que se aproxime a los mismos resultados electorales (82). Las en-

(80) WORCESTER, R.: Conferencia pronunciada en la Universidad Complutense de Madrid el 26 de julio de 1996. Sobre este efecto económico vid. también DELHOMMAIS, P.-A.: «Les banques spéculent en commandant leurs propres enquêtes», *Le Monde*, 25 mai 1997.

(81) Vid. DUHAMEL, A.: «Les sondages dans les campagnes electorales francaises en 1988», en DROESBEKE, J.-J. y THOVERON, G. (eds.): *Op. cit.*, págs. 185 y 196; HUET, P.: «Le contrôle des sondages de d'opinion en matière électorale» en *Etudes et Documents Conseil D'Etat, 1979-1980*, pág. 107; ROSPIR ZABALA, J. I.: *Op. cit.*, págs. 148-149; STOETZEL, J. y GIRARD, A.: *Op. cit.*, págs. 112-113; FERNÁNDEZ SANTANA, J. O.: *Diseño y utilidad de las encuestas preelectorales*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria, 1994., págs. 28-29; FRANCO, R.: «Encuestas electorales» en la obra colectiva *Diccionario electoral, Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Costa Rica, 1989, pág. 270; y COURTOIS, G. y MONNOT, C.: «La législation sur les sondages électoraux est de plus et plus contestée», *Le Monde*, 25 mai 1997.

(82) Esta es, además, una de las causas más frecuentemente alegadas por los especialistas en sondeos electorales para justificar las divergencias entre los resultados de los son-

cuestas electorales publicadas el último día hábil para hacerlo recogen sus datos, en el mejor de los casos, siete días antes de la votación, cuando ni tan siquiera se ha entrado en la recta final de la campaña electoral; el período más activo e intenso desde el punto de vista político de todo el período preelectoral, con gran incidencia sobre el voto de los electores, especialmente de los que se muestran más indecisos.

Las últimas actividades y propuestas de los partidos, el resultado del último debate electoral entre los líderes de los principales partidos, un acontecimiento imprevisto (por ejemplo, un atentado terrorista) e incluso la propia reflexión de la opinión pública ante la percepción, gracias a las encuestas, de los posibles escenarios políticos postelectorales, pueden producir cambios de última hora en el voto de muchos electores y revestir gran importancia de cara a la determinación de los resultados electorales, dejando, en consecuencia, obsoletas las últimas cifras publicadas.

Los electores, que no disponen de otras informaciones fiables sobre las intenciones generales de voto, tienden a atribuir, de forma más o menos inconsciente, a las últimas encuestas electorales publicadas, un valor definitivo del que carecen, configurando su decisión electoral en función de unos datos ya superados y que no responden a la realidad. Se pone con ello de manifiesto que el voto no sólo puede manipularse mediante la difusión de encuestas electorales incorrectamente realizadas o presentadas, sino también a través de la ocultación, por imposición de la ley, de las últimas que se realizan.

Esta situación, que puede ocurrir en cualquier proceso electoral, se manifestó con especial crudeza durante las últimas elecciones generales de 3 de marzo de 1996: diversos sondeos electorales de última hora detectaron una decantación masiva de los indecisos en favor del Partido Socialista (PSOE), pero al no haber posibilidad legal de informar de ello a la opinión pública, los electores continuaron reaccionando a los sondeos publicados con anterioridad, dando cuenta de una amplia victoria del Partido Popular.

Como ha escrito José I. WERT ORTEGA:

«En todo caso, lo que es importante es destacar cómo hasta las últimas horas se han producido vaivenes en la opinión, y sólo un sistema

deos y los de las elecciones. Vid., por ejemplo, IBÁÑEZ, J. (Coordinador): «Especial elecciones 1993», *Investigación y Marketing*, núm. 42, julio 1993, *passim* y, especialmente, págs. 15 y 16, 19, 25, 43-44 y 49.

que, como el de los Estados Unidos, no establece restricciones a la publicación [de encuestas] permite a los votantes disponer de la información más actual posible. La pervivencia de criterios legales –como el español– que prohíben la difusión de encuestas en los últimos días se manifiesta como un pernicioso anacronismo y una innecesaria cortapisa a los derechos activos de libertad de información» (83).

b) Existe también el riesgo de que la publicación de encuestas electorales se vea sustituida, durante los últimos cinco días del período preelectoral, por una oleada de rumores, en sí mismos carentes de toda verificación y control, en torno a los resultados de los últimos sondeos electorales realizados y que por imposición de la ley no pueden ser publicados.

Estos rumores, desencadenados las más de las veces con intenciones manipuladoras y transmitidos con gran rapidez dado el gran interés existente sobre todo lo relacionado con el resultado de las elecciones, producen una gran confusión en los electores acerca de cuáles son realmente las últimas tendencias en la opinión pública, privados como están del contrapeso que constituye la publicación de encuestas electorales por medios de comunicación de su confianza (84).

Es por ello que José I. WERT ORTEGA ha podido señalar que «siempre será más rica, informada y mejor motivada una decisión electoral sabedora de cómo se distribuyen las preferencias electorales en un momento dado, que una envuelta en la nebulosa, el rumor o la intoxicación sobre este asunto» (85).

Más vale, sin duda, que los ciudadanos decidan su voto en función de los resultados de las últimas encuestas electorales de que se disponga, aun cuando exista el riesgo de que algunas adolezcan de irregularidades, que no en base a rumores sobre las intenciones de voto de la población desencadenados por no se sabe quién ni con qué fundamento.

(83) WERT ORTEGA, J. I.: «Encuestas y urnas en las recientes elecciones de Estados Unidos», *El País*, 23 de noviembre de 1996.

(84) Vid. PARLIAMENTARY ASSEMBLY..., *Op. cit.*, págs. 12 y 16; BLACKBURN, R.: *Op. cit.*, pág. 310; KAVANAGH, D.: *Election campaigning...*, *Op. cit.*, págs. 124-125; y CONLEY, F.: *General elections today*, 2.ª ed., Manchester University Press, Manchester and New York, 1994, pág. 203.

(85) WERT ORTEGA, J. I.: «Otra vez las encuestas», *El País*, 29 de junio de 1993.

La libertad de elección del ciudadano siempre se protegerá mejor mediante la información libre y competitiva, abierta al escrutinio público, que a través de la censura. Sólo se puede luchar contra el peligro de la manipulación de las elecciones proveyendo más en lugar de menos información. La censura y no la libertad es lo que facilita las manipulaciones. La publicidad conlleva control por la sociedad y el control social se traduce en libertad para todos.

2) SU INEFICACIA

El segundo de los problemas con relevancia constitucional que plantea el establecimiento de la prohibición, hace referencia al serio y grave riesgo de que la misma resulte de todo punto ineficaz y de que, por tanto, no tengan virtualidad práctica alguna las hipotéticas ventajas atribuidas a la prohibición.

La causa de ello se encuentra en el alto grado de intercomunicación de la sociedad mundial y que se manifiesta tanto en la existencia de medios de comunicación con vocación eminentemente internacional –*CNN, BBC, internet*–, como en la posibilidad de acceder a los mismos y a los demás medios de comunicación extranjeros desde cualquier lugar del planeta que se halle medianamente desarrollado.

La publicación por estos medios de encuestas electorales sobre las elecciones españolas –dado que, como es lógico, en virtud del principio de territorialidad de las leyes, no se encuentran sometidos a la legislación española, sino tan sólo a la de su país de origen– y el fácil acceso a los mismos existente en nuestro país, permite a los ciudadanos españoles tener conocimiento, durante la vigencia de la prohibición, de los resultados que ofrecen las últimas encuestas realizadas en España, pero que no han podido ser publicadas por los medios de comunicación nacionales, y, en consecuencia, que puedan escapar a la prohibición.

No es esta una posibilidad meramente teórica. Para hacerla realidad basta bien con comprar un ejemplar de *Le Monde*, *The Times*, *La Repubblica* o *El Clarín* en cualquier quiosco de prensa de nuestro país; bien con conectar nuestro ordenador con el servidor electrónico de cualquiera de estos periódicos; o bien con encender nuestro aparato de radio o de televisión y

captar alguna emisora extranjera (86), muchas de las cuales emiten diariamente programas informativos específicos para España (*BBC*, *TELEVISIA*, etc) (87).

Las autoridades españolas se muestran impotentes para impedir la difusión en España de estas encuestas electorales. ¿Cómo hacerlo? ¿Prohibiendo la distribución en España de la prensa extranjera?; ¿interfiriendo la retransmisión en nuestro país de las emisoras de radio y televisión situadas fuera de nuestras fronteras?; ¿o, quizás, organizando ataques informáticos para bloquear los servidores de *internet* que ofrecen encuestas? Sería absurdo. La permeabilidad de la información a través de las fronteras nacionales es un hecho y es vano todo intento de impedirlo (88).

El riesgo de ineficacia de la prohibición por efecto de la mundialización de las comunicaciones es, por tanto, evidente y obliga a repensar la oportunidad de una legislación que se puede calificar como obsoleta. De su trascendencia ya han tomado nota algunos países. En el Reino Unido, por ejemplo, este dato resultó decisivo para que en 1968 el Gobierno laborista de Harold WILSON rechazara la propuesta, formulada por una comisión parlamentaria, de prohibir publicación de encuestas electorales durante las 72 horas precedentes a la clausura del escrutinio (89); y en Francia se halla

(86) A finales de 1996, según datos de la *SSS/Astra* y el Instituto *DYM*, el número de hogares españoles que recibían televisión por satélite, ya fuese a través de antena parabólica individual o colectiva, ya a por cable, era de casi un millón y medio (*El País*, 10 de septiembre de 1997).

(87) No disponemos de datos sobre España, pero sí sobre otros países en donde existen también limitaciones temporales a la difusión de encuestas y que podrían extrapolarse a nuestro país. Así, por ejemplo, durante las últimas elecciones francesas, el servidor informático del diario suizo *La Tribune de Genève* recibió, en tan solo dos días, más de 36.000 demandas de conexión para conocer las encuestas sobre las elecciones francesas (Tomado de *Le Monde*, 25 mai 1997).

(88) No es cierto, sin embargo, como algunos han afirmado (por ejemplo, COURTOIS, G. y MONNOT, C.: *Op. cit.*), que la Directiva del Consejo de Ministros de la Comunidad Europea, de 3 de octubre de 1989, sobre televisión sin fronteras constituya un obstáculo para que, por razón de la publicación de encuestas electorales, un Estado comunitario pueda interferir la recepción en su país de emisiones procedentes de otro Estado comunitario. Lo que hace esta Directiva es prohibir que los Estados miembros de la Comunidad pueden interferir la retransmisión de emisiones televisivas en los ámbitos coordinados por la Directiva, entre los cuales no está la difusión de encuestas (Vid. artículo 3 de esta Directiva. Referencia 89/552/CEE. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, N.º L 298/23, de 17 de octubre de 1989).

(89) En la respuesta del Gobierno al informe de esta Comisión Parlamentaria constituida en 1965, bajo la presidencia del Speaker, para estudiar la reforma de la legislación elec-

hoy en el centro de los debates políticos sobre la pertinencia de reformar la regulación de las encuestas electorales (90). Es hora ya de que también se tenga en cuenta en nuestro país.

IV. CONCLUSIÓN

Conocidos los fines que persigue la prohibición de difundir sondeos electorales durante los cinco días anteriores al de la votación, así como los problemas que produce su establecimiento, estamos ya en condiciones de responder adecuadamente a la pregunta que nos planteábamos al inicio de este trabajo: ¿es una norma compatible con la letra y el espíritu de nuestra Constitución?

El legislador y, en general, quienes defienden la existencia de la prohibición consideran que la prohibición es una norma constitucionalmente admisible, por entender que entraña una mínima limitación del derecho a la libertad de información y que la misma resulta *necesaria y proporcional* respecto del fin legítimo que se persigue: la protección de determinados principios constitucionales de la mayor relevancia de cara al correcto desenvolvimiento de la vida democrática, fundamentalmente, el de libertad de elección (91).

Incluso no faltan quienes, a semejanza de lo que propusieron algunos diputados en 1980, como ya hemos tenido ocasión de ver, consideran que el plazo de prohibición de cinco días es insuficiente, demasiado reducido, para que la norma pueda cumplir adecuadamente su finalidad (92).

toral, se puede leer: «Sería difícil impedir ciertos incumplimientos a la prohibición de publicar los resultados [de un sondeo]; por consiguiente, el Gobierno no cree que la recomendación mayoritaria de la Speaker's Conference deba ser aceptada» (Vid. *Conclusions on the review of the law relating to parliamentary elections*, Cmnd 3717, July 1968).

(90) Vid. COURTOIS, G. y MONNOT, C.: *Op. cit.*

(91) Vid., en general, los debates parlamentarios producidos durante la tramitación de la *Ley 14/1980, de 18 de abril, sobre Régimen de Encuestas Electorales*.

(92) Vid., por ejemplo, ARNALDO ALCUBILLA, E.: «Procesos electorales...», *Op. cit.*, pág. 189: «... Ahora bien, la prohibición de difusión en los últimos diez, siete o cinco días del período electoral tampoco asegura la ausencia de todo condicionamiento en el comportamiento electoral, sino que refleja una cierta ingenuidad de los legisladores tuitivos que se inclina por la posición protectora pero en términos de gran relatividad. Más aún si se tiene en cuenta que no existe previsión alguna sobre otro tipo de sondeos como los de ganador-per-

A nosotros nos parece, sin embargo, que este es uno de esos tópicos susceptibles de aceptarse como verdades sin haber sido objeto de un análisis sereno y riguroso. En el mundo del Derecho, para que una teoría pueda ser tenida en cuenta, sobre todo si se trata de ponderar bienes y valores fundamentales, hay que cotejarla con la realidad viva y actuante, y, sometida a este examen, la tesis de la constitucionalidad de la prohibición, no lo aprueba.

El razonamiento empleado por el legislador y los defensores de la prohibición para justificarla, adolece a nuestro juicio, como hemos señalado a lo largo de este trabajo, de dos defectos esenciales que, en conjunto, lo distorsionan e invalidan completamente y determinan, en definitiva, que la prohibición se presente como una medida claramente inconstitucional:

a) En primer lugar, la debilidad del fundamento de la prohibición, es decir, de la construcción doctrinal que, en orden a la defensa del sistema democrático, se ha levantado contra la difusión de encuestas electorales durante los últimos días del período preelectoral. Estas críticas, como hemos tenido ocasión de poner de manifiesto, se derrumban, a poco que se profundice en su estudio, como un castillo de naipes al menor movimiento.

b) En segundo lugar, los graves problemas que plantea la introducción de la prohibición y cuyas negativas repercusiones tienen, como sabemos, un gran alcance constitucional: de un lado, la reducción a la nada de sus hipotéticos beneficios, por la imposibilidad de impedir en la práctica la divulgación de los resultados de las encuestas; y, de otro, la preocupante lesión de los principios de igualdad y de libertad de voto de los electores.

Cada uno de estos argumentos tiene, por sí solo, relevancia suficiente para poner seriamente en duda la justificación constitucional de la importante limitación del derecho a la libertad de información que la prohibición entraña. Los dos juntos dibujan, sin embargo, con toda claridad, el perfil de una norma inequívocamente inconstitucional.

No se trata, por tanto, de que la prohibición de publicar encuestas electorales establecida en nuestro Derecho sea inconstitucional por el hecho de

dedor de los debates electorales. A mi juicio es necesario reforzar las garantías técnicas de los sondeos electorales y retrotraer la prohibición de difusión a alguna fase anterior del proceso.» (La negrita es nuestra).

que limite el para muchos *sagrado* derecho a la libertad de expresión (93), sino porque consideramos que existen muy buenas razones para considerar que tal limitación carece de una justificación objetiva y razonable.

La prohibición limita el derecho a la libertad de expresión, sin conseguir nada a cambio; más bien lo contrario: lesiona los mismos principios y valores que pretende salvaguardar e incluso otros distintos como la igualdad de los ciudadanos. En definitiva, no es sólo que la prohibición no presente ninguna ventaja que la justifique, sino que su existencia produce graves perjuicios a la democracia.

Para concluir este trabajo, parece oportuno poner de manifiesto, por más que sea suficientemente conocido, que el Tribunal Constitucional no ha tenido todavía ocasión de pronunciarse sobre la constitucionalidad o no de la prohibición de publicar encuestas durante los días finales del período preelectoral.

Ni quienes, en su momento (1980 y 1985), pudieron promover el recurso de inconstitucionalidad, lo hicieron; ni, por sorprendente que parezca, tras más de 18 años de vigencia de la prohibición, ha habido ocasión alguna de interponer la cuestión de inconstitucionalidad, por los jueces y tribunales, o el correspondiente recurso de amparo constitucional, por alguno de los sujetos legitimados, y ello por la sencilla razón de que, a pesar de los años transcurridos, todavía no se ha puesto en marcha ningún procedimiento sancionador —ya administrativo, ya judicial penal— por infracción de la prohibición, *condictio sine qua non*, como es por todos conocido, para el planteamiento, en el momento procesal adecuado, de alguno de estos dos procesos constitucionales (94).

(93) La posibilidad de prohibir la publicación de encuestas electorales durante los días previos a las elecciones ha provocado, en todas las democracias, la reacción vehemente y visceral de quienes, desde una posición sumamente liberal, consideran que la supresión de una información, cualquiera que sea, supone un atentado a los derechos democráticos y al espíritu de una sociedad auténticamente libre. No obstante, por mucho que busquemos no hallaremos palabras más expresivas de esta *concepción absolutista* del derecho a la libertad de información que aquellas con las que Edward HEALTH, destacado dirigente del partido conservador británico durante muchos años, puso fin a la polémica desatada en su partido, tras la inesperada derrota de 1966, sobre la necesidad o conveniencia de prohibir o no la publicación de las sondeos electorales en tiempo de elecciones: «¿Prohibir los sondeos? Claro que no. No se puede hacer en un país libre» (Vid. CHARLOT, M.: *Op. cit.*, pág. 418).

(94) Esto solo puede tener dos explicaciones: bien que los destinatarios de la prohibición han sido particularmente escrupulosos en su observancia, bien que los encargados de hacerla cumplir y de sancionar las infracciones que se cometan no han actuado con el celo debidamente exigible.

No creemos, sin embargo, que la intervención del Tribunal Constitucional vaya a tardar en producirse (95), sobre todo si tenemos en cuenta que la prohibición no ha sido bien recibida, es lo menos que se puede decir, ni por la opinión pública, en general (96), ni por los profesionales directamente afectados, en particular (97).

El legislador español tiene, no obstante, en su mano, el medio adecuado para impedir tal intervención y, en su caso, una posible *desautorización* por parte del Tribunal Constitucional: volver sobre sus pasos y derogar la prohibición, a semejanza de lo que hizo el Parlamento Federal belga en 1991 con la prohibición de publicar encuestas durante los treinta días finales del período preelectoral (98). La anunciada reforma de la Ley electoral podría ser una buena ocasión para ello, aunque nada induce a pensar que ello vaya a ser así (99).

(95) Cabría incluso la posibilidad de forzar de alguna manera la intervención del Tribunal Constitucional en esta materia. ¿Cómo? Bastaría con que un medio de comunicación infringiera de forma grosera la prohibición para provocar la apertura del correspondiente procedimiento sancionador y, con ello, dejar abiertas las puertas para la interposición, en el momento procesal adecuado, del correspondiente recurso de amparo o cuestión de inconstitucionalidad.

(96) La prohibición de los sondeos electorales en período preelectoral no es especialmente popular. Así se desprende del último estudio realizado en España sobre esta cuestión. Se trata de la encuesta efectuada en el País Vasco, en julio de 1991, por el Gabinete de Estudios de Prospección Sociológica de la Secretaría de Presidencia del Gobierno vasco, en la que, entre otras cuestiones, se preguntaba a los ciudadanos por el grado de acuerdo o desacuerdo con la frase: «No se deberían publicar encuestas electorales de intención de voto». Mientras que un 29% de los encuestados se mostró en total o parcial acuerdo, un porcentaje sensiblemente superior, el 39% se manifestó en total o parcial desacuerdo y el resto, un 11%, no sabe/no contesta (Vid. FERNÁNDEZ SANTANA, J. O.: *Op. cit.*, pág. 35).

En otros países los resultados de los estudios realizados son aún más concluyentes. En el Reino Unido, por ejemplo, «The MORI State of the Nation Poll» de marzo de 1991, ponía de manifiesto que solo el 21% de los entrevistados se mostraba a favor de la introducción de la prohibición de publicar encuestas electorales durante la campaña electoral, mientras que una clara mayoría, el 74%, se oponía decididamente a ello; y en Francia, un sondeo realizado por Marketing-Office en 1972 reveló que sólo el 14% de los franceses era favorable a la restricción temporal de los sondeos.

(97) Vid., por ejemplo, el duro editorial publicado por el diario *El País* el 9 de octubre de 1984, bajo el significativo título de «Un monopolio exorbitante». No obstante, en España no se han producido las reacciones virulentas y apasionadas que han tenido lugar en otros países. Así, en la vecina Francia, con ocasión de la aprobación en 1977 de la prohibición de publicar encuestas electorales durante la semana precedente a cada vuelta del escrutinio, se produjeron declaraciones tan significativas como la de J.M. ECHET, Presidente del instituto IFOT, quien manifestó que, ante esta censura, no publicaría ningún sondeo electoral durante la siguiente campaña electoral para hacer reinar así «le silence de la nuit» (Tomado de LAZAREFF, A.: *Op. cit.*, pág. 68).

(98) Vid. *supra*.

(99) No existe ningún indicio de que las Cortes Generales vayan a reconsiderar su posición en un futuro más o menos próximo, de modo que la única vía factible, hoy por hoy, para eliminar la prohibición de nuestro Ordenamiento electoral es la intervención del Tribunal Constitucional declarándola contraria a nuestra Norma Fundamental.