



Via inveniendi et iudicandi

ISSN: 1909-0528

Universidad Santo Tomás

Palomares García, Jorge Ricardo

El balanceo constitucional y la aplicación del método de proporcionalidad en las encuestas electorales\*

Via inveniendi et iudicandi, vol. 12, núm. 2, 2017, Julio-Diciembre, pp. 11-51

Universidad Santo Tomás

DOI: <https://doi.org/10.15332/s1909-0528.2017.0002.01>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=560259695001>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

UAEH  
redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc

Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

# El balanceo constitucional y la aplicación del método de proporcionalidad en las encuestas electorales<sup>1</sup>

---

## The Constitutional Balancing and the Application of the Method of Proportionality in Electoral Surveys

---

Jorge Ricardo Palomares García<sup>2</sup>

Fecha de recepción: 5 de marzo de 2017

Fecha de aprobación: 8 de mayo de 2017

### RESUMEN

El presente artículo tiene como objeto determinar la posibilidad de reglamentar las encuestas electorales en Colombia. Para ello, se aborda desde la metodología de la línea jurisprudencial y de la dogmática jurídica, cuáles serían las normas legislativas que, por una parte, respetarían la libertad de opinión e información y, por otra parte, se desarrollarían dentro de la función legislativa y el límite de información veraz.

**Palabras clave:** encuestas electorales, derechos fundamentales, función electoral, método de proporcionalidad.

---

1 Artículo producto del proyecto de investigación: *Transformación de la hermenéutica constitucional e influjo de la doctrina en las sentencias de la Corte Constitucional colombiana: 1992-2015*, Código de aprobación 11010108 y código consecutivo CAP-008, el cual fue gestionado y financiado por la Universidad Libre. Bogotá, Colombia. DOI: <http://dx.doi.org/10.15332/s1909-0528.2017.0002.01>

2 Abogado y Magíster en Derecho, Universität Konstanz, Alemania; candidato a Doctor en Derecho, Universität Konstanz, Alemania; profesor asociado del área de Derecho Público de la Universidad Libre. Bogotá, Colombia. Miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional, investigador asociado del Grupo de investigación en Derecho Constitucional Nacional y Comparado, regente de las cátedras Derecho Constitucional General y Jurisprudencia Constitucional. Correo electrónico: [jorger.palomaresg@unilibrebog.edu.co](mailto:jorger.palomaresg@unilibrebog.edu.co). Bogotá, Colombia.

## ABSTRACT

This paper issues the question, whether the elections polls could be regulated in Colombia. This issue be approached trough the search of legal values of the constitutional court and the proportionality method, that puts, on the one hand, the civil liberties of opinion and information and, on the other hand, the electoral state functions and the truthful information.

**Keywords:** Election polls, Civil rights, Electoral state functions, Proportionality method.

## INTRODUCCIÓN

El presente artículo es resultado del proyecto de investigación “Transformación de la hermenéutica constitucional e influjo de la doctrina en las sentencias de la Corte Constitucional colombiana (C. Const): 1992-2015”, aprobado por el Centro de Investigaciones Sociojurídicas y financiado por la Universidad Libre<sup>3</sup>, seccional Bogotá. El artículo resulta de determinar cómo la doctrina jurídica influye en la construcción y aplicación de los métodos conflictualistas en la jurisprudencia constitucional colombiana, especialmente en los métodos de proporcionalidad e igualdad.

El objeto principal de este artículo es determinar cómo la C. Const., a partir de situaciones concretas, construye un razonamiento para aplicar el método de proporcionalidad. Para ello, se tomó un caso práctico, a saber, la facultad estatal de reglamentación y restricción de realización y divulgación de encuestas electorales en Colombia. En el análisis de esta problemática, se reconocieron los patrones fácticos de las encuestas electorales en el país, especialmente en los comicios de 2015, que han revivido la pregunta sobre los límites éticos y jurídicos de la publicación de intenciones de voto y sus efectos normativos y prácticos en las campañas electorales. Estos patrones, a su vez, se revisaron a partir de un estado del arte, no exhaustivo, sobre las cuestiones constitucionales que implican una posible reglamentación de la realización y divulgación de encuestas electorales.

A partir de estos dos elementos, se reconstruyó el pensamiento o balanceo constitucional de la C. Const. en materia de encuestas electorales y se identificó el método aplicado por la misma para establecer cuándo una reglamentación o restricción de esta función electoral implica una vulneración de los derechos fundamentales. Este ejercicio permitió establecer que, en materia de funciones electorales, la C. Const. emplea el método de proporcionalidad. Sin embargo, este método tuvo modificaciones en la asignación de valores, a medida que las reglamentaciones anteriores al proyecto de ley propuesto por el Congreso de la República, a finales de este año, cambiaban la intensidad de las reglas o restricciones.

---

3 Código de aprobación 11010108 y código consecutivo CAP-008, gestionado y financiado por la Universidad Libre, sede Bogotá.

En este sentido, el artículo se estructura en cuatro partes. La primera consiste en una descripción de la problemática colombiana en torno de las encuestas electorales, especialmente en las realizadas en las campañas electorales de 2015, para llegar a la pregunta de si el Estado está facultado para reglamentar las funciones electorales, especialmente aquellas ligadas con las metodologías empleadas por las encuestas y las formas de divulgación de las mismas. En este mismo apartado, se explora un estado del arte que permite comprobar cómo estas problemáticas, que se han presentado en otros contextos, han sido tratadas por otros autores y ordenamientos jurídicos. En la segunda parte, se expone la metodología empleada en la investigación, la cual permitió establecer que el método dominante en el examen de constitucionalidad es la proporcionalidad. Asimismo, se explica cómo se construye este método y cuáles son sus pasos. En la tercera parte, se presentan los resultados obtenidos de la aplicación de esta metodología, mediante la identificación de reglas y subreglas, así como de la aplicación del método de proporcionalidad en dos momentos. Finalmente, se presentan algunas conclusiones que se contrastan con el proyecto de ley propuesto por el Congreso de la República.

## **1. CONSIDERACIONES GENERALES**

### **1.1. Planteamiento de problema**

En el marco de la carta política colombiana de 1991, el cambio de Estado de Derecho al modelo de Estado Social de Derecho permitió formas pluralistas democráticas incluyentes (Torregroza et ál., 2017). En este sentido, la C. Const., desde su primer fallo sobre encuestas electorales, planteó dos problemas hipotéticos que debían considerarse en la fundamentación constitucional de esta función electoral. El primer problema consiste en que las encuestas pueden correr el riesgo de ser realizadas por agentes no idóneos o por agentes idóneos, pero con metodologías —sondeos— errados (Corte C., 1993). El segundo problema hipotético consiste en que las encuestas, así hayan sido realizadas correctamente, pueden ser objeto de interpretaciones tendenciosas por parte de los medios de comunicación (Corte C., 1993).

La C. Const., sin embargo, solo reflexionó acerca de las posibles consecuencias normativas de dichos problemas, sin entrar, debido a su límite competencial, en

las consecuencias fácticas de los problemas hipotéticos. La consecuencia normativa, según la C. Const., es la vulneración del límite del derecho a informar, el cual consiste en la transmisión de contenidos veraces (C. Const., 1993).

La preocupación sobre la concreción de estos problemas hipotéticos en los escenarios políticos colombianos, surgió nuevamente en las elecciones populares de entes territoriales —alcaldías y gobernaciones, así como concejos municipales y asambleas departamentales— en 2015. La razón de este resurgimiento es la discrepancia entre las encuestas realizadas por unas compañías y las realizadas por otras, cuyo margen de diferencia era significativo. Dicha discrepancia se percibió en las encuestas realizadas por las compañías Cifras & Conceptos, Invamer Gallup, Datexco y Centro Nacional de Consultoría (CNC).

Cifras & Conceptos (C & C) realizó varias encuestas. La primera, entre el 7 y el 12 de septiembre (C & C, 2015a); la segunda, entre el 30 de septiembre y el 5 de octubre (C & C, 2015b), y la tercera, entre el 15 y el 20 de octubre (C & C, 2015c). Estas encuestas se caracterizaron por tener como población definida hombres y mujeres, mayores de 18 años, que hubiesen votado al menos una vez en los últimos cinco años, con una metodología de entrevista cara a cara. El resultado de estas encuestas reflejó una intención permanente de voto, con un crecimiento progresivo en cada candidato. Por ejemplo, Enrique Peñalosa obtuvo una intención de voto de 23 %, 22 % y 26 %; Rafael Pardo, una intención de voto de 20 %, 22 % y 24, 7 %; mientras que Clara López obtuvo una intención de voto de 17 %, 19 % y 21,3 %.

La segunda compañía encuestadora fue el Centro Nacional de Consultoría (2015) que realizó cinco mediciones: la primera, el 27 de agosto de 2015; la segunda, el 17 de septiembre; la tercera, el 12 de octubre; la cuarta, el 19 de octubre y la quinta, el 23 de octubre. Estas encuestas se caracterizaron por tener como población definida los hombres y las mujeres, mayores de 18 años, residentes en la zona urbana y con intención de votar, y se empleó una metodología mixta, compuesta por encuestas presenciales o cara a cara y por encuestas telefónicas. El resultado de estas encuestas fue una intención de voto creciente y decreciente para los candidatos. Enrique Peñalosa obtuvo una intención de voto de 27 %, 34 %, 31 %, 30 % y 29 %;

Rafael Pardo obtuvo una intención de voto de 22 %, 22 %, 24 %, 24 % y 23 %; mientras que Clara López obtuvo una intención de voto de 17 %, 14 %, 19 %, 20 % y 19 %.

La tercera compañía encuestadora fue Invamer Gallup que realizó, entre otras, dos mediciones, las cuales fueron analizadas por el Instituto de Estudios Urbanos (IEU), de la Universidad Nacional: la primera, el 6 de mayo de 2015 (IEU, 2015) y la segunda, el 22 de octubre (IEU, 2015a). La población definida para estas encuestas estuvo constituida por hombres y mujeres, mayores de 18 años, aptos para votar. El resultado fue una intención de voto creciente para algunos candidatos. Enrique Peñalosa obtuvo una intención de voto de 12,3 % y 32,1 %; Rafael Pardo, una intención de voto de 26,8 % y 28 %; y Clara López, una intención de voto de 24 % y 20 %.

La cuarta compañía encuestadora fue Datexco que realizó cuatro mediciones: la primera, el 21 de mayo de 2015 (El Tiempo, 2015); la segunda, el 13 de agosto (W Radio, 2015); la tercera, el 2 de octubre (Datexco, 2015), y la cuarta el 24 de octubre (Datexco, 2015a). Estas encuestas se caracterizaron por tener como población definida hombres y mujeres, mayores de 18 años, que manifestaron su intención de votar, y la metodología fue encuesta telefónica orientada por directorios telefónicos. El resultado de las encuestas fue un crecimiento progresivo en la intención de voto respecto de algunos candidatos. Enrique Peñalosa obtuvo una intención de voto de 21,8 %, 31,4 %, 22, 4 % y 33,9 %; Rafael Pardo, una intención de voto de 18,5 %, 28%, 16,5 % y 21,3 %, y Clara López, una intención de voto de 16,7 %, 10,3 % y 15,4 % (en agosto no fue medida la intención de voto respecto de esta candidata).

Si bien las encuestas no se equivocaron en cuanto a la proyección del alcalde electo, la discusión se presentó porque los resultados entre unas encuestas y otras divergían significativamente. En mayo y agosto, la diferencia entre una encuesta y otra era mayor a cuatro puntos para todos los candidatos; en septiembre, la diferencia se redujo aproximadamente a tres puntos.

**Tabla 1.** Comparativo de resultados de encuestas primeros meses

	Mayo				Agosto				Septiembre			
	C&C	CNC	Gall	Dat	C&C	CNC	Gall	Dat	C&C	CNC	Gall	Dat
Peñalosa			12,3	21,8		27		31,4	23	34		
Pardo			26,8	18,5		22		28	20	22		
López			24	16,7		17		10,3	17	14		

Fuente: elaboración propia.

...mientras que en octubre, las diferencias oscilaban entre más de seis puntos (octubre 1) y más de cinco puntos (octubre 2).

**Tabla 2.** Comparativo resultados octubre

	Octubre 1				Octubre 2			
	C&C	CNC	Gall	Dat	C&C	CNC	Gall	Dat
Peñalosa	22	30		22,4	26	29	32,1	33,9
Pardo	22	24		16,5	24,7	23	28	21,3
López	19	20		10,3	21,3	19	20	15,4

Fuente: elaboración propia.

Aunque las firmas encuestadoras sostuvieron que los márgenes de diferencia son posibles, al considerar las metodologías, las divergencias presentadas provocaron dos efectos en las contiendas electorales. Por un lado, los candidatos cuestionaron la idoneidad de las encuestas, bien por reflejar una posible guerra sucia, como fue el caso de la carta de la candidata Clara López, donde cuestiona la metodología mal empleada intencionalmente por parte de Datexco (El Tiempo, 2015a). Asimismo, se cuestionó la elaboración de las metodologías por aparente vinculación de los directivos de las firmas con candidatos electorales, como fue el caso de César Caballero (León, J., 2015). Por otro lado, el Consejo Nacional Electoral intervino la realización de las encuestas electorales, mediante la expedición de la Circular externa 002/2015, en la

cual recuerda las obligaciones de las firmas encuestadoras respecto de la realización de encuestas prelectorales.

Esta situación llevó al Congreso de la República a impulsar una ley (114/2015, Senado), mediante la cual se crearan disposiciones para la realización y divulgación de encuestas electorales. Entre tales disposiciones se encuentran la restricción de emplear medios telefónicos o la Internet para la realización de encuestas, así como la prohibición de realizar y divulgar encuestas, durante los siete días previos a la elección popular. Por ello, la pregunta por responder, ante el proyecto de ley, consiste en si el Estado está facultado para reglamentar las fases y técnicas de realización y divulgación de encuestas, así como cuáles son los límites a esta facultad. Para ello, se revisará el estado del arte y el balanceo jurisprudencial hecho en la materia por la Corte C.

## **1.2. Estado del arte en regulación de encuestas electorales**

La literatura ha abordado el tema de las encuestas electorales desde tres enfoques. El primero de ellos podría denominarse *enfoque esencial*, y se caracteriza, principalmente, por abordar aspectos tales como la definición misma del término “encuesta electoral”, así como su relación directa con el principio democrático. El segundo enfoque podría denominarse *estructuralista*, y se caracteriza por los cuestionamientos que hacen los autores, no respecto del concepto mismo de “encuesta” y su relación con la democracia, sino con las etapas de la realización de encuestas electorales, así como los problemas que pueden presentarse si los aspectos metodológicos de las encuestas no son abordados correctamente. El tercer enfoque podría denominarse *funcional*, y se caracteriza por las discusiones que plantean los autores en torno de si una encuesta electoral tiene una función de predicción o simplemente de descripción de tendencias pasadas, y cuáles son los alcances de cada función.

Desde el enfoque esencial de las encuestas electorales, los autores han sostenido un acuerdo, no muy desarrollado, consistente en que las encuestas electorales reflejan una transición de regímenes autoritarios hacia sistemas políticos con un amplio margen de participación de distintos actores (Gálvez, L., 2000, pp. 97s.; Pacheco, C. et ál., 2006, p. 54). Sin embargo, las encuestas electorales reflejan, a su vez, un peligro, pues ellas pueden constituirse en herramientas de difusión de subjetividades

(Gálvez, L., 2000, p. 100) o de manipulación de información (Pacheco, C. et ál., 2006, p. 54).

En estos escenarios, la literatura se ha cuestionado sobre el concepto de “encuesta” y cuál es el margen de actuación estatal de restricción de la realización de encuestas electorales. Uno de los autores que aborda estos interrogantes es Gálvez para quien las encuestas —o sondeos— electorales no deben entenderse únicamente como una medición, de carácter científico, de las actitudes políticas, sino como una herramienta, donde convergen, además de la opinión del electorado, intereses económicos en juego y réditos políticos que dependen de la publicación de las encuestas electorales (Gálvez, L., 2000, p. 101). A partir de esta aclaración, Gálvez dedica su estudio a cuestionar la tesis de la marginalidad y plantea, entre otros, los siguientes puntos: a) la disminución de encuestas electorales por una lógica de mercado competitivo —imagen de la empresa encuestadora— es un argumento débil (Gálvez, L., 2000, p. 107), pues las empresas encuestadoras pueden nacer y liquidarse —así como mutar—, sin mayores complicaciones (Gálvez, L., 2000, p. 109) y; b) la imposibilidad de prever la dirección de la influencia de las encuestas es insuficiente, pues una encuesta manipulada puede alterar efectivamente el comportamiento ciudadano (Gálvez, L., 2000, p. 112), así no coincida con los resultados electorales —p. ej., a través de la teoría de la espiral de silencio, enunciada por otros autores—.

Otros autores, como Pacheco y Velásquez, sostienen que las encuestas son un concepto sobredimensionado, pues ellas deben entenderse, en realidad, como un instrumento de diagnóstico que permite conocer la modificación y consolidación de tendencias electorales (Pacheco, C. et ál., 2006, p. 55). Sin embargo los autores reconocen, a partir de un dato estadístico, que las encuestas electorales logran cierto “ruido” en el comportamiento social y que, en la actualidad, se ha presentado el riesgo de difundir encuestas electorales, a través de los medios de comunicación, sin tener certeza sobre su autenticidad y calidad (Pacheco, C. et ál., 2006, p. 56). Asimismo, los autores reconocen los problemas de las encuestas electorales y su influencia sobre el comportamiento del electorado (Pacheco, C. et ál., 2006, p. 56). A partir de estas preocupaciones, los autores realizan un estudio de Derecho Comparado, en el cual se cuestionan cómo las preocupaciones son abordadas por distintos ordenamientos jurídicos. Este estudio se realiza a partir de unos requisitos comunes —transparencia

de las encuestas, tiempos de restricción, sistemas de fianza, protección de datos, etc.—, y llegan a, entre otras, las siguientes conclusiones (Pacheco, C. et ál., 2006, pp. 72ss.): a) las encuestas deben regirse por el principio de transparencia, no solo en la metodología, sino también en la entrega y difusión de las mismas; b) las opiniones expresadas en las encuestas son comentarios y no afirmaciones contundentes, y c) el Estado no debe imponer reglas metodológicas, sino establecer criterios generales que permitan la elección de metodologías adecuadas.

El enfoque estructuralista no se preocupa por las cuestiones en torno a la definición o concepción de las encuestas electorales, así como su relación con la democracia. Por el contrario, este enfoque se centra en dos aspectos. El primero de ellos consiste en determinar cómo el indebido empleo de metodologías —así como sus pasos— puede producir imprecisiones en la publicación de resultados y, por lo tanto, repercusiones no deseadas. El segundo aspecto consiste en cuestionar si la imposición de reglas estatales sobre elementos —o momentos— de la realización de encuestas electorales, puede significar la restricción injustificada de derechos fundamentales.

Respecto al primer aspecto, diversos autores han revisado la metodología de las encuestas electorales, bien en su totalidad o bien en algún elemento concreto. Ejemplo de revisiones completas de la metodología de las encuestas electorales puede encontrarse en el trabajo de Moreno, A. et ál. (2011). Estos autores se cuestionaron por qué las encuestas prelectorales no coincidieron con las elecciones para gobernadores en 2010. Para ello, revisaron varios aspectos del levantamiento de encuestas y llegaron a, entre otros, los siguientes resultados: a) las encuestas prelectorales fallaron en la descripción de datos sobre los votantes probables, es decir, no hubo un análisis sobre las variables de motivación individual, de motivación familiar o social y de preferencia del voto anterior (Moreno, A. et ál., 2011, pp. 19-26); b) la indebida ubicación de la pregunta de intención puede afectar la precisión de las estimaciones de la encuesta (Moreno, A. et ál., 2011, pp. 28s.); c) la no consideración de la espiral de silencio implica variaciones en la estimaciones electorales —consideración de postura minoritaria— y; d) el diseño y aplicación de la encuesta puede influir en la decisión de quien opina, en especial si no se tienen en cuenta elementos tales como el perfil del encuestador, la supervisión y el diseño de las preguntas (Moreno, A. et ál., 2011, pp. 31-41).

Otro ejemplo de revisión completa es el estudio de Nicodemo (2007), quien se pregunta también las razones de imprecisión de las encuestas electorales. Desde una perspectiva general, el autor establece las fallas de las encuestas en dos momentos: a) el diseño y aplicación de las encuestas electorales, y b) la difusión, a través de medios de comunicación, de las encuestas electorales. En el primer momento, a semejanza de Moreno et ál., Nicodemo reconoce que las encuestas pueden fallar, si no se tienen en cuenta aspectos relevantes como la rigurosidad metodológica, los tamaños de la muestra, el fenómeno del azar y el comportamiento de último momento del elector (Nicodemo, P., 2007, p. 62), así como el error conceptual de la cobertura geográfica (Nicodemo, P., 2007, p. 63) —inferir que la población tomará una decisión “X”, porque en ciertas ciudades, sin comprobar su grado de representatividad, optan por esa alternativa—. Para responder a estas preocupaciones, Nicodemo identifica, en el caso venezolano, los abordajes hechos a las encuestas electorales, fundamentados en investigaciones cualitativas (Nicodemo, P., 2007, p. 63). Estos abordajes, a su vez, se clasifican de acuerdo con el momento electoral y se entienden de la siguiente forma (Nicodemo, P., 2007, p. 63): a) antes del inicio de las campañas electorales, deben realizarse encuestas de diagnóstico, encuestas de selección de candidato, encuestas de audiencias y encuestas pretestpublicitarias; b) durante las campañas electorales, deben realizarse encuestas posttestpublicitarias, encuestas de propósito múltiple, encuestas de gira de candidato, encuestas *flash* y encuestas *fracking*; c) durante las elecciones, se realizarían encuestas de conteo de votos y encuestas voz a voz, y d) después de las elecciones, se realizarían encuestas evaluativas y encuestas de gestión gubernamental. Esta clasificación, sin embargo, se rige por dos máximas. La primera consiste en que la realización de encuestas debe estar encabezada —a semejanza de Gálvez— por entidades especializadas (Nicodemo, P., 2007, p. 67); mientras que la segunda consiste en el correcto uso de muestreo probabilístico (Nicodemo, P., 2007, p. 67).

Por otra parte, el número de autores que abordan aspectos estructurales concretos es más amplio. Un primer aspecto es el diseño muestral, el cual es trabajado por Pavía & García-Cáceres (2012). En su estudio, los autores reconocen que un problema común en las encuestas del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) consiste en la no coincidencia entre los tamaños de las poblaciones residentes y electorales (Pavía, J. et ál., 2012, p. 52), lo cual implicaría que extranjeros y menores de edad sean seleccionados en la muestra. Un segundo aspecto es el lugar de aplicación de la

encuesta. Este fue estudiado por Ortiz (2006), quien sostiene que la determinación de la cultura política depende del factor geográfico y socioeconómico, pues ellos pueden influir —o cambiar, en términos del autor— en la forma de entender y discutir el fenómeno político (Ortiz, A., 2006, p. 184). Un tercer aspecto consiste en la prohibición de realización y publicación de encuestas en días anteriores a las elecciones. Esta cuestión ha sido abordada, entre otros, por dos autores: Corzo (2007) y Fernández (2010). Ambos autores estudian las críticas en torno del carácter manipulable de las encuestas electorales, así como los riesgos que implican en el electorado las encuestas manipuladas o mal interpretadas, y sostienen que dichos criterios son, en realidad, argumentos débiles (Corzo, E., 2007, p. 79; Fernández, A., 2010, pp. 8ss). Por otra parte, sostienen que la imposición de cualquier restricción temporal a la realización y divulgación de encuestas electorales constituye una vulneración a los derechos de igualdad (Corzo, E., 2007, p. 79; Fernández, A., 2010, pp. 37ss.), libertad de información (Corzo, E., 2007, pp. 79ss.; Fernández, A., 2010, pp. 7ss.) y libertad de expresión (Corzo, E., 2007, p. 81).

En cuanto al enfoque funcional, los autores de este grupo se cuestionan cuál es la finalidad concreta de las encuestas electorales. Algunos autores, como Hernández, sostienen que las encuestas electorales no son un instrumento predictivo, sino un instrumento que, en combinación con los medios de comunicación, influye en las creencias y expectativas de los votantes (Hernández, A., 2013, pp. 64ss.) y, por lo tanto, debería existir una regulación que garantice el carácter genuino del proceso deliberativo (Hernández, A., 2013, pp. 74ss.). En una dirección similar se encuentra el estudio de Mateos & Penadés (2013), para quienes las encuestas no pueden tener un carácter de predicción óptimo, sino que deben servir, a través de procesos de autorregulación y de regulación estatal, como instrumentos de autocritica y reflexión respecto de los cambios en materia de intención de voto.

## 2. METODOLOGÍAS

Para responder al interrogante sobre la facultad constitucional del Estado para reglamentar las encuestas electorales en el sistema político colombiano, se emplearon dos metodologías: a) línea jurisprudencial, y b) dogmática constitucional.

## 2.1. Línea jurisprudencial

El empleo de la línea jurisprudencial tuvo como objeto determinar la existencia de un balanceo constitucional sobre las encuestas electorales, es decir, un conjunto de reglas y subreglas jurisprudenciales —o doctrina jurisprudencial, en términos de López (2014, p. 140)— que sirvan como criterio estándar de actuación, bien sea estatal —legislador, ejecutivo o jurisdicción— o particular —partidos políticos, medios de comunicación, litigio estratégico, etc.—.

Para aplicar dicha metodología, se planteó como problema jurídico de carácter casuístico (López, D., 2014, pp. 150ss.) si el Estado está facultado para reglamentar el diseño, la aplicación y la divulgación de encuestas electorales en tiempos de campaña y elecciones. De esta pregunta, a su vez, se proyectaron los polos hipotéticos. El primero de ellos establece que el Estado no puede regular, en forma alguna, la realización de encuestas electorales, pues ello implicaría, además de una restricción indebida en las funciones electorales, una restricción a los derechos fundamentales de libertad de información y de libertad de opinión. Este polo hipotético se construyó a partir de la dimensión esencial del estado del arte pues, según algunos autores revisados, las encuestas electorales deben ser entendidas no como un mero ejercicio electoral, sino como el instrumento mediante el cual, la ciudadanía expresa y forma su percepción sobre el funcionamiento del andamiaje político y electoral y, al ser desarrollo del ejercicio de opinión, cualquier restricción podría constituirse en nociva. El segundo polo hipotético establece que el Estado puede regular aspectos de la realización de campañas electorales, pues ello garantiza el ejercicio del derecho fundamental a votar sin presión alguna. Este polo se diseñó a partir de las dimensiones estructurales y funcionales del estado del arte, en las cuales se cuestionaba, por una parte, si las encuestas electorales podrían emplearse —bien mediante errores metodológicos o bien bajo otros factores— como elemento de campaña y, por otra parte, si las encuestas electorales podían influir o predecir los resultados electorales concretos. Esto aportó los elementos básicos para el diseño de la siguiente gráfica.

**Gráfica 1.** Balanceo constitucional

Solución X	Problema Jurídico	Solución Y
El Estado no puede regular, en forma alguna, la realización de encuestas electorales, pues ello implicaría, además de una restricción indebida en las funciones electorales, una restricción a los derechos fundamentales de libertad de información y de libertad de opinión.	¿El Estado está facultado para reglamentar el diseño, la aplicación y la divulgación de encuestas electorales en tiempos de campaña y elecciones?	El Estado puede regular aspectos de la realización de campañas electorales, pues ello garantiza el ejercicio del derecho fundamental a votar sin presión alguna.

Fuente: elaboración propia.

El segundo paso consistió en identificar, a través de las bases de datos y del sistema de relatoría de la Corte C., la *sentencia arquimédica*, la cual debía caracterizarse por ser la más reciente y por contener el mismo patrón fáctico que el establecido por el problema de investigación (López, D., 2014, p. 168) —expedición de leyes o decisiones estatales que reglamenten o restrinjan la realización de encuestas electorales—. Esta revisión permitió identificar, como fallo arquimédico, la sentencia de constitucionalidad C-1153/2005, cuyo hecho constitutivo fue la aprobación del proyecto de ley estatutaria N.º 216/2005 (Senado) —y 253/2005 (Cámara)— mediante la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el art. 152 lit. f de la C. Pol. y de acuerdo con el Acto legislativo 02 de 2004.

Este punto arquimédico, sin embargo, presenta dos problemas. El primero de ellos consiste en la fecha de la sentencia. Si se revisa con detenimiento, podría decirse que el punto arquimédico, pese a ser el más reciente, dista mucho, pues entre este y el momento de proposición del proyecto de ley actual, han transcurrido aproximadamente diez (10) años. Este lapso, a su vez, cuenta con la transición a una tercera C. Const., cuyos pensamientos u orientaciones pueden distar, tanto de la primera como de la segunda Corte Constitucional. Al no contar con un fallo reciente, que incluya las orientaciones conceptuales e ideológicas de las tercera C. Const., la línea jurisprudencial podría no ser coherente con un fallo próximo de esta.

Este problema, empero, puede responderse a través del argumento de estabilidad del precedente. Si bien la tercera C. Const. no ha participado en la construcción de reglas y subreglas en materia de encuestas electorales, el concepto de “precedente” implica que las decisiones que ha tomado el guardián de la C. Pol. tienen vocación de permanencia. Ello significa que las decisiones tomadas por la C. Const. no solo implican un mandato hacia órganos estatales y jueces constitucionales a quo —carácter vertical del precedente—, sino también una vinculación a la misma C. Const. —carácter horizontal del precedente—. Por lo tanto, la tercera C. Const. se encontrará, en un caso similar futuro, ante dos situaciones: a) mantener los lineamientos establecidos por la línea jurisprudencial, a pesar de que su punto arquimédico diste bastante en el tiempo, o b) cuestionar la línea jurisprudencial existente, mediante las técnicas legítimas de interpretación de precedentes (López, 2014, pp. 213ss.). Asimismo, podría argumentarse —como se verá en el punto 4— que los criterios mantenidos en el proyecto de ley se asemejan, en cierta medida, a los establecidos por la línea jurisprudencial y, en consecuencia, la C. Const., al revisar casos futuros sobre este proyecto, deberá revisarse a sí misma y, por lo tanto, a la línea jurisprudencial.

El segundo problema radica en la naturaleza del punto arquimédico. Al revisarse la metodología de línea jurisprudencial, su estudio parece iniciar por un punto arquimédico de naturaleza de amparo, es decir, parece recomendable que la primera sentencia —la más reciente— tenga como objeto un acción de tutela. Esta necesidad aparente se justifica en dos aspectos concretos. El primero de ellos consiste en que un fallo de tutela identifica y delimita adecuadamente un escenario constitucional mediante un patrón fáctico, mientras que una sentencia de constitucionalidad normativa estudia de forma abstracta, generalmente, la conformidad de la disposición constitucional con la disposición infraconstitucional, sin una concreción necesaria de patrones fácticos. El segundo aspecto consiste en que las sentencias de constitucionalidad abordan varios problemas jurídicos y, por lo tanto, varios escenarios constitucionales. Cada uno de estos escenarios constitucionales contará, en la sentencia de constitucionalidad, con varias reglas y subreglas —o varias *ratio decidendi*— que, si no son identificadas adecuadamente, pueden ser subsumidas en escenarios no correspondientes —por ejemplo, identificar como reglas de *ratio* de encuestas electorales, reglas que en realidad corresponden a campañas políticas—.

Para resolver este problema, se desestructuró el fallo a partir de los hechos complementarios. Por estos se entendió cada apartado del proyecto de ley, que implicó la formulación de un interrogante concreto para la C. Const. y, por lo tanto, de la construcción de una *ratio decidendi* autónoma y con la suficiente precisión para ser escindible de otros apartados. Ello permitió identificar que la C. Const. dedicó, de forma sustancial, un apartado para las encuestas electorales que se caracterizó por un diseño de lineamientos generales y por un estudio concreto de la compatibilidad normativa —ello puede verse en el num, 4.2., lit. E, sublit. g, titulado Art. 28, de las encuestas electorales—.

Atendidos estos dos problemas, se realizó la ingeniería reversa, la cual consiste en el estudio de citas del punto arquimédico (López, D., 2014, p. 170). Para ello, se descompuso el num, 4.2, lit. E, sublit. g, en los argumentos de *obiter dictum* y en la *ratio decidendi*, compuesta por las reglas, subreglas y argumentos de justificación de las anteriores. Con esta descomposición, pudo determinarse cuáles eran las sentencias citadas en el reconocimiento de reglas y subreglas, las cuales son definidas por la metodología de la línea jurisprudencial como citas de primer nivel (López, D., 2014, p. 171). Las citas identificadas fueron la sentencia de constitucionalidad C-089/1994 y la sentencia de constitucionalidad C-488/1993. Luego de identificar estas sentencias y de resolver el problema de la naturaleza de ellas —ser sentencias de control abstracto—, se determinaron los apartados que trabajaban las encuestas electorales. Hecho esto, se distinguió entre argumentos de *obiter dictum* y *ratio decidendi*, para determinar cuáles eran las sentencias citadas en el diseño de reglas y subreglas de segundo nivel (López, D., 2014, p. 172). El ejercicio permitió establecer que la sentencia de constitucionalidad C-089/1994 cita a la sentencia de constitucionalidad C-488/1993, mientras que esta no cita sentencia alguna.

**Tabla 3.** Sentencias citadas en el reconocimiento de reglas y subreglas

Corte C. SC-1153/2005	
Corte C. SC-089/1994	Corte C. SC-488/1993
Corte C. SC-488/1993	No cita otras sentencias
No cita otras sentencias	

Fuente: elaboración propia.

Con el primer y segundo nivel identificados, se procedió a la clasificación de las sentencias citadas (López, D., 2014, p. 161), así como a la construcción del nicho citacional (López, D., 2014, pp. 173ss.), es decir, de las sentencias relevantes para la línea jurisprudencial.

La sentencia C-488/1993 es el caso *Jesús Pérez González vs Congreso de la República* (art. 23 inc. 2, Ley 58 de 1985), cuyo hecho constitutivo fue la prohibición a todo medio de comunicación social, de difundir, durante los treinta (30) días anteriores a una elección, encuestas de opinión, que muestren el grado de apoyo ciudadano a los candidatos o prevean el resultado de la elección. La pregunta que se formuló la C. Const. en este caso consistió en si la prohibición de difusión de encuestas electorales por cualquier medio de comunicación social, durante los treinta días anteriores a la elección, podía constituir una vulneración a los derechos fundamentales de libertad de expresión y de libertad de información —derecho a informar y a recibir información—. Tanto el hecho constitutivo, como el problema jurídico, son similares al problema de investigación planteado y se aproximan a uno de los polos hipotéticos. Por ello, podría considerarse que el caso *Jesús Pérez González vs Congreso de la República* (art. 23 inc. 2, Ley 58 de 1985) es una analogía cerrada y, por ello, una sentencia relevante para la línea jurisprudencial.

Por otra parte, el caso *Jesús Pérez González vs Congreso de la República* (art. 23 inc. 2, Ley 58 de 1985) se caracteriza por ser un fallo que no contiene citación alguna ni de autorreferenciación —sentencias de la misma C. Const.— ni de otro tipo. Lo más cercano a una citación consiste en la enunciación de John Stuart Mill para recalcar que la democracia no se limita al sistema de elecciones libres, sino que requiere participación, discusión y reflexión permanente sobre los asuntos públicos y para ello es necesaria la información (C. Const., 1993). Este fallo, a su vez, se caracteriza por establecer lineamientos generales sobre cómo entender los derechos fundamentales de libertad de información y libertad de opinión, cuáles son sus núcleos esenciales y cómo surgen intromisiones desproporcionales. Estas dos características, junto con la característica de ubicarse en el periodo inicial de la Corte C., permiten clasificar esta sentencia como *fundadora de línea* (López, D., 2014, p. 164).

La sentencia C-089/1994 es el caso Congreso de la República (proyecto de ley N.º 11/1992 Cámara, 348/1993 Senado, por medio del cual se dicta el Estatuto básico de partidos y movimientos políticos [...]). Esta sentencia se caracteriza por reiterar las reglas en torno de la prohibición de publicar encuestas electorales durante los treinta días anteriores a la elección, consagradas en la sentencia de constitucionalidad C-488/1993, a través de una citación directa de esta sentencia —véase el punto 3—. Sin embargo, mediante una argumentación sencilla, la C. Const. reconoce que las encuestas electorales son objeto de reserva legal, bajo el criterio de prevención de instrumentación manipulativa y, por lo tanto, reconoce reglas de restricción en la realización de encuestas electorales. Por ello, esta sentencia podría ubicarse, en cierto sentido, bajo la categoría de *sentencia consolidadora* (López, D., 2014, pp. 164ss.).

La sentencia C-1153/2005, mencionada como punto arquimédico, tiene varias características. La primera de ellas consiste en que esta sentencia no se centra en la conceptualización de las encuestas electorales únicamente como expresión de los derechos fundamentales, sino como desarrollo del concepto “función electoral”. El desplazamiento conceptual le permitió a la C. Const. reconocer la facultad de reglamentación de las encuestas electorales, no solo desde la dimensión de su difusión —como era el caso de la sentencia C-488/1993—, sino también desde las dimensiones de agentes competentes (encuestadores) y de metodologías válidas. La segunda característica consiste en la redefinición del escenario constitucional. Mientras que las dos primeras sentencias abordaban las encuestas electorales en un escenario estable, la sentencia C-1153/2005 atendía un cambio constitucional: la reelección presidencial. Ante esta situación, la C. Const. entendió el articulado completo, como un instrumento de prevención ante posibles desequilibrios en las contiendas electorales, cuando estas tenían como candidato presidencial al Presidente de la República en ejercicio. En otras palabras, la C. Const. reinterpretó las encuestas electorales, a fin de que estas no se convirtiesen, a futuro, en instrumento propagandístico gubernamental. La tercera característica consiste en que la C. Const. se aproxima, bajo una lectura del estado del arte, hacia una postura estructuralista. Ello se refleja en que la C. Const. parte de un intento de definición para, a partir de ella, identificar los elementos de la encuesta electoral y su grado de reglamentación. De acuerdo con estas características, podría decirse que la sentencia C-1153/2005 es una *sentencia reconceptualizadora* (López, D., 2014, p. 165).

Con las sentencias clasificadas, la metodología de la línea jurisprudencial indica que debe realizarse el balanceo constitucional, es decir, cuáles son las reglas y subreglas jurisprudenciales que se han mantenido en el tiempo. Sin embargo, para garantizar que la línea jurisprudencial estuviese completa, se optó por hacer un barrido de sentencias adicional. Este barrido consistió en establecer si existían sentencias que aborasen la reglamentación de encuestas electorales, que no fueron citadas por la sentencia arquimédica, ni por el primer o segundo nivel. En caso de existir dichas sentencias, debería preguntarse por qué no fueron citadas.

Este ejercicio permitió detectar dos fallos. El primero de ellos es la sentencia de constitucionalidad C-145/1994; mientras que el segundo es la sentencia de constitucionalidad C-353/1994. La sentencia C-145/1994 es el caso *Jaime Orlando Santofimio vs Congreso de la República (Ley 84 de 1993)*, cuyo hecho constitutivo es la consagración de algunas disposiciones en materia electoral, y cuyo problema jurídico consistió en si el Congreso de la República violó la reserva de ley estatutaria, al tratar temas electorales por vía de ley ordinaria. Si bien el hecho constitutivo y el problema jurídico parecen no abordar una analogía —abierta o cerrada— con la pregunta de investigación, esta sentencia tiene dos características. La primera de ellas consiste en que la C. Const. construye una analogía abierta, al invocar como regla de precedente aplicable a la prohibición de publicidad (cualquier tipo) durante las veinticuatro horas anteriores a la elección la sentencia C-488/1993. La segunda característica consiste en que esta sentencia, a diferencia de las otras, establece la regla expresa de reserva de ley estatutaria para reglamentar las encuestas electorales. Por ello, aunque no es una sentencia que pueda ubicarse en el nicho citacional (por no ser referenciada por las otras sentencias), puede ser tenida en cuenta en la línea jurisprudencial.

El segundo fallo es la sentencia C-353 de 1994, cuyo hecho constitutivo es la aprobación del proyecto de ley 214/1994 (Cámara) y 183/1994 (Senado), por medio de la cual se expiden algunas disposiciones en materia electoral. A diferencia de la sentencia C-145/1994, en este caso no se abordan las encuestas electorales como problema jurídico central (bajo la reserva estatutaria ni bajo hechos complementarios como se explicó anteriormente). A su vez, esta sentencia aborda la cuestión de publicidad electoral, a la cual C. Const. le aplica, con cierta gradualidad, las reglas establecidas por las sentencias C-488/1993 y C-089/1994. Al no existir una analogía ni abordaje del

problema de investigación, esta sentencia no es relevante en la línea jurisprudencial. Por lo tanto, la tabla resultante podría presentarse de la siguiente forma:

**Tabla 4.** Nicho citacional complementado T4

Corte C. SC 1153/2005		
Corte C. SC 089/1994	Corte C. SC 145 1994	Corte C. SC 488/1993
Corte C. SC 488/1993	Corte C. SC 089/1994	No cita otras sentencias
No cita otras sentencias	Corte C. SC 488/1993	

Fuente: elaboración propia.

A partir de este nicho citacional, se procedió revisar cada una de las reglas y subreglas contenidas en cada decisión judicial y, con ellas, se estableció cómo entiende la C. Const. las encuestas electorales y cuál es la facultad estatal para reglamentarlas (véase punto 3). Este nicho citacional permitió establecer también que la C. Const. ha considerado, desde su primer fallo hasta el punto arquimédico, una reglamentación de las encuestas electorales. Sin embargo, dicha reglamentación ha variado pues, en la sentencia fundadora de línea existía una interpretación rígida que consideraba difícil una intervención estatal en las encuestas. Esto era así debido a que el eje gravitacional de la decisión es la garantía de los derechos fundamentales de libertad de opinión y de libertad de información, los cuales no son reglamentables sino limitables al interactuar con otros derechos fundamentales (C. Const., 1993). Este criterio cambió progresivamente hasta llegar al punto arquimédico. En esta sentencia, la facultad de reglamentación de las encuestas electorales se amplió porque, como se mencionó anteriormente, el eje gravitacional de la decisión se desplazó hacia el concepto de función electoral y su límite en el derecho fundamental a votar sin injerencia externa alguna (C. Const., 2005). Ello permitiría graficar el balanceo constitucional de la siguiente forma:

**Gráfica 2.** Balanceo constitucional

Solución X	Problema Jurídico	Solución Y
El Estado no puede regular, en forma alguna, la realización de encuestas electorales, pues ello implicaría, además de una restricción indebida en las funciones electorales, una restricción a los derechos fundamentales de libertad de información y de libertad de opinión.	¿El Estado está facultado para reglamentar el diseño, la aplicación y la divulgación de encuestas electorales en tiempos de campaña y elecciones?	El Estado puede regular aspectos de la realización de campañas electorales, pues ello garantiza el ejercicio del derecho fundamental a votar sin presión alguna.
	Corte C. SC 488/1993	
	Corte C. SC 089/1994	
	Corte C. SC 145/1994	
	Corte C.SC 1153/2005	

Fuente: elaboración propia.

## 2.2. Dogmática jurídica

La construcción de la línea jurisprudencial implicó la necesidad de responder una pregunta adicional. Ella consiste en cómo varió la postura de la C. Const. en torno del grado de intervención estatal en las encuestas electorales. Como lo establece la metodología de la línea jurisprudencial, las variaciones en la postura de la C. Const. sobre un aspecto determinado pueden darse a través de dos situaciones. La primera de ellas consiste en interpretaciones ilegítimas hechas por la C. Const. (básicamente desconocimiento y desobediencia); mientras que la segunda consiste en interpretaciones legítimas, como lo son, por ejemplo, las interpretaciones de las reglas de ratio y el cambio jurisprudencial.

En el presente caso de investigación, se descartaron las técnicas ilegítimas de interpretación, pues al revisar la evolución de la línea jurisprudencial, se identificaron los siguientes argumentos. El primero de ellos consiste en el reconocimiento permanente de las reglas de precedente. Desde el fallo arquimédico hasta la sentencia consolidadora, la C. Const. ha reconocido como regla de precedente la sentencia de constitucionalidad C-488/1993 y ha mantenido su vigencia hasta el momento. El segundo argumento consiste en que, en ninguno de los fallos, la C. Const. ha

sostenido que las reglas concretas, para determinar si una disposición que reglamente las encuestas electorales es inconstitucional o no, deba desconocerse en casos presentes.

La variación de la gradualidad reglamentaria de las encuestas electorales se ubica, por lo tanto, en las técnicas de interpretación legítimas. En especial, la línea jurisprudencial varía a partir de la interpretación de las reglas de ratio. Ello puede reflejarse en dos aspectos concretos. El primero de ellos consiste en que la C. Const. reconoce en toda sus decisiones la garantía de las libertades de expresión y de información. Sin embargo, cambió su postura en torno de estos derechos, mediante una interpretación valorativa, caracterizada, inicialmente, por una fuerte fundamentación en la democracia participativa y, posteriormente, en una fundamentación del ejercicio de la libertad, en especial de la autodeterminación electoral sin injerencia de otros factores, tales como la opinión ajena y la manipulación mediática, entre otros.

El segundo aspecto consiste en que la C. Const. mantuvo, además de una interpretación valorativa de contenidos constitucionales, un criterio uniforme al momento de determinar, en concreto, si una disposición infraconstitucional de reglamentación de encuestas electorales constituía una vulneración de derechos fundamentales. Este criterio consistió en la aplicación de un método conflictualista, propio de la dogmática constitucional nacional y extranjera (Ibler, M., 2004, p. 22), denominado *proporcionalidad*. Por ello, en este apartado se explicará en qué consiste este método, mientras que en el próximo apartado (punto III, B) se explicará cómo la C. Const. aplicó este método a nuestra pregunta de investigación.

La proporcionalidad parte de tres supuestos. El primero consiste en que toda acción estatal está encaminada a satisfacer o garantizar un derecho fundamental o un principio estatal esencial. El segundo es que toda acción estatal, sin embargo, implica una restricción de otros derechos fundamentales (Bernal, C., 2009, p. 29). El tercero sostiene que, ante la colisión entre un derecho fundamental no satisfecho y otro derecho fundamental que espera garantizarse, es necesario encontrar una solución que implique el menor sacrificio del primer derecho y una mayor garantía del segundo, sin caer en el diseño de un orden lexicográfico (Bernal, C., 2009, p. 29) de derechos (jerarquización), ni en una universalización de soluciones. Bajo estos

tres supuestos, la literatura constitucional en general, y la Corte C. en concreto, han diseñado un sistema de cuatro pasos para determinar si la acción estatal constituye una intervención proporcional en un derecho fundamental o no.

El primer paso consiste en determinar la existencia de un fin legítimo. Por él se entiende todo fin perseguido por el Estado que, por una parte, no contraría la C. Pol. o la ley (Ibler, M., 2004, p. 23) y, por otro lado, garantice el goce, protección o cumplimiento de un derecho fundamental o de un principio fundante del Estado. Según esta definición, algunos autores han sostenido que el fin legítimo debe revisarse desde dos dimensiones (Bernal, C., 2009, pp. 49ss.): a) la dimensión inmediata del fin, que consiste en la persecución de metas fácticas, y b) la dimensión mediata del fin, que puede entenderse como la intención de garantía de bienes jurídicos constitucionales. Ejemplo de ello puede verse en el caso *Paola Andrea Saavedra Hidalgo vs Congreso de la República* (art. 5 inc. 2 Ley 336/1996) (Corte C., 2014), en el cual, la C. Const. sostuvo que una medida persigue un fin legítimo, no solo cuando hace efectiva la obligación estatal de reglamentar, regular o controlar una actividad (...) —fin inmediato—, sino también cuando hace efectiva la de salvaguardar los intereses de los diferentes actores (...), como de la comunidad en general —fin mediato—.

El segundo paso consiste en establecer la idoneidad de la medida estatal, es decir, que la medida fomente el fin perseguido (Ibler, M., 2004, p. 24) o, en otras palabras, ofrezca ayudas óptimas para alcanzar el fin. De acuerdo con la C. Const., el examen de este paso es de carácter excepcional, pues ello implica realizar un estudio de los efectos previsibles de la aplicación de la norma (C. Const., 2014). Esto conlleva a considerar que el examen realizado en este paso es de plausibilidad, es decir, de pensar, en un marco de posibilidades, que la medida, en cierto grado, permite el fomento del fin.

El tercer paso consiste en comprobar la necesidad de la medida estatal. Por necesidad se entiende que la medida estatal adoptada garantice en mayor medida el derecho fundamental (C. Const., 2015) o principio fundante del Estado objeto de protección y que, a su vez, implique la restricción menos gravosa del derecho fundamental afectado (Pieroth, B. et ál., 2013, p. 69).

El cuarto paso es la proporcionalidad en estricto sentido. Este paso consiste en la aplicación de las reglas de ponderación (Bernal, C., 2009, pp. 19ss.) que, de forma sintética —pues no es objeto de la investigación—, pueden describirse así: a) el operador jurídico debe identificar los contenidos constitucionales (derechos fundamentales o principios fundantes del Estado) que entran en colisión (Bernal, C., 2009, p. 30), a fin de someterlos a un ejercicio de comparación; b) posteriormente, se determina la importancia abstracta (peso abstracto), tanto del fin perseguido por el Estado, como del derecho fundamental restringido (Bernal, C., 2009, p. 24); c) identificada la importancia abstracta, se procede a establecer la importancia concreta (en el caso), tanto del fin perseguido, como del derecho fundamental afectado, a través del grado de afectación de la acción estatal (peso concreto), y d) se determina la apreciación empírica de la afectación, es decir, se establece el grado de certeza respecto de la consecución del fin y de la restricción del derecho (Bernal, C., 2009, pp. 40ss.). Estos pasos se resumen, como lo sostienen algunos autores, en la máxima “cuanto mayor sea la restricción o no satisfacción de un derecho fundamental, mayor deberá ser la necesidad de protección o satisfacción del otro derecho fundamental o principio fundante del Estado”. La máxima se traduce, a su vez, en la siguiente fórmula (Breckwoldt, M. et ál., 2013, p. 10):

$$G_{l,k} = \frac{G_l I_l S_l}{G_k I_k S_k}$$

donde  $l$  es el derecho fundamental afectado, mientras  $k$  es el derecho fundamental o principio fundante del Estado perseguido;  $G$  es el peso abstracto de los contenidos constitucionales (Breckwoldt, M. et ál., 2013, p. 10),  $I$  es el peso concreto y  $S$  es el grado de certeza o nivel de seguridad (Breckwoldt, M. et ál., 2013, p. 10).

### 3. REGLAS CONSTITUCIONALES EN MATERIA DE ENCUESTAS

La C. Const. es consciente de los problemas que pueden presentar las encuestas electorales en la democracia colombiana y, por lo tanto, ha construido una línea jurisprudencial uniforme sobre cómo debe entenderse el concepto de encuesta electoral, así como las funciones y límites que ella tiene en los procesos de toma de decisiones populares. Dicha línea jurisprudencial, a su vez, se rige por dos ejes. El primero de ellos es el ejercicio de los derechos fundamentales de participación política (C. Const., 2005) y de información (C. Const., 1993); mientras que el segundo es la garantía del derecho fundamental a votar libremente, es decir, sin injerencia alguna (C. Const., 1994), así como del principio de transparencia en los procesos democráticos (C. Const., 2005).

Para la Corte C. las encuestas electorales son encuestas de opinión pública, no científica, cuya finalidad es definir tendencias públicas (C. Const., 2005), para el caso concreto, en materia electoral. Esta definición, en principio sencilla, contiene unos fines especiales, los cuales han sido reconocidos por la C. Const. y agrupados por el primer eje definidor, enunciado anteriormente.

El primer conjunto es de carácter político. En él, la C. Const. ha identificado tres fines en concreto (C. Const., 2005): a) la promoción de participación política de los aspirantes, pues las encuestas permiten conocer el ambiente político del país, así como la posibilidad que tiene un candidato potencial de participar en contiendas electorales; b) establecer la imagen pública de un candidato, su programa de gobierno y su popularidad, así como promover la transformación de propuestas políticas, y c) informar e influir en la opinión del electorado.

El segundo conjunto es la garantía de derechos fundamentales. La C. Const. ha sostenido en especial, que las encuestas electorales son un mecanismo, mediante el cual, los ciudadanos ejercen su derecho fundamental a expresar su opinión —derecho a dar a conocer la receptividad de los programas políticos— (C. Const., 1993). Asimismo, las encuestas electorales son un mecanismo que informan sobre las decisiones de los candidatos a cargos públicos sobre dicha receptividad (C. Const., 1993).

Estos fines indican que existe una obligación estatal de permitir la elaboración, implementación y difusión de encuestas electorales. Sin embargo, dichas acciones no son de libertad absoluta. De acuerdo con la línea jurisprudencial establecida por la C. Const., las encuestas electorales implican un riesgo y, por lo tanto, deben respetar un límite intrínseco. El riesgo consiste en que la encuestas, bien por el diseño metodológico de las mismas (C. Const., 2005) o bien por la forma de presentar la información (C. Const., 1993 & 1994), pueden constituirse en una herramienta de manipulación y no de desarrollo de los fines enunciados anteriormente. Por ello, la C. Const. ha establecido que las encuestas electorales son un ámbito material de protección del derecho fundamental a difundir información, el cual está limitado por el criterio de veracidad e imparcialidad (C. Const., 1993). Este límite, a su vez, se desarrolla mediante un conjunto de reglas y subreglas.

### **3.1. Reglas y subreglas en reglamentación de encuestas electorales**

La reglamentación del derecho a diseñar, implementar y difundir encuestas electorales se rige por dos reglas esenciales diseñadas por la Corte C. La primera regla consiste en que las encuestas no pueden ser manejadas al arbitrio absoluto de personas o empresas que las realizan ni ser interpretadas tendenciosamente por los medios de comunicación (C. Const., 1993), pues ello implica una violación del límite (aunque la C. Const. lo denomina núcleo esencial) de información veraz e imparcial; mientras que la segunda regla consiste en que la reglamentación de las encuestas electorales son de reserva legal, conforme al art. 152, lit. c en concordancia con el art. 265, num. 6 (anteriormente numeral 5) de la C. Pol. (C. Const., 1994).

#### **3.1.1. Subreglas competenciales**

De acuerdo con la regla de reserva legal, la C. Const. ha sostenido que la regulación de las encuestas electorales es una reserva de ley estatutaria (C. Const., 1994). Esta subregla se debe a que, según la interpretación hecha por la C. Const., las encuestas electorales hacen parte de las funciones electorales, entendidas estas como todos aquellos aspectos permanentes para el ejercicio adecuado de las funciones democráticas por los ciudadanos (C. Const., 1994) (derechos fundamentales democráticos), inclusive si estos aspectos sean considerados, en apariencia, como potestades menores

o aspectos puramente técnicos, pero que tienen efectos determinantes en la dinámica electoral (C. Const., 1994).

### ***3.1.2. Subreglas materiales***

En cuanto a la regla de limitación de las encuestas electorales, la C. Const. ha sostenido, como subregla esencial, que la reglamentación debe enfocarse en desarrollar los derechos fundamentales (a diseñar, implementar y difundir encuestas electorales) y no en suspender o desconocer los mismos (C. Const., 1993). Cómo distinguir entre el desarrollo del derecho fundamental y la suspensión y el desconocimiento ha sido una tarea que la C. Const. ha desarrollado en escenarios concretos.

El primer escenario consiste en la reglamentación del ámbito personal de aplicación. De acuerdo con la línea jurisprudencial de la C. Const., es legítimo establecer condiciones especiales sobre las personas o entidades encargadas de la realización de encuestas, pues ello garantiza, por una parte, la idoneidad técnica de las encuestas y, por otra parte, el manejo responsable, profesional, veraz y neutral que se recopila (C. Const., 2005).

El segundo escenario consiste en la metodología empleada por las personas o entidades encargadas de la realización de encuestas. En este caso, la C. Const. establece dos grupos de subreglas. El primer grupo hace referencia a los medios que puede elegir la persona o entidad que realiza la encuesta. De acuerdo con la C. Const., la persona o entidad encuestadora no tiene prohibido elegir metodologías que permitan medir con mayor amplitud y en otros estratos sociales la intención electoral (C. Const., 2005). Asimismo, la C. Const. determinó que la realización de encuestas a través de Internet no constituye una vulneración de derechos o principios fundamentales, sino que, por el contrario, garantiza el derecho fundamental de otras personas a expresar su opinión mediante las encuestas (C. Const., 2005). El segundo grupo hace referencia al modo de elaboración de preguntas. De acuerdo con la C. Const., las preguntas deben estar diseñadas de forma tal, que ellas no distorsionen la voluntad del electorado (C. Const., 2005). Asimismo, faculta al Consejo Nacional Electoral (CNE) para hacer seguimiento de las preguntas, siempre y cuando su ejercicio sea de control y no de formulación (C. Const., 2005).

El tercer escenario hace referencia a la publicación de las encuestas. En él, bajo el argumento de transparencia democrática y responsabilidad social de las personas y entidades encuestadoras, se construyen dos subreglas sobre la publicación y presentación de resultados de las encuestas. La primera consiste en que, para garantizar el conocimiento mínimo de la calidad de la encuesta, así como la identificación del responsable de la encuesta, se pueden establecer condiciones sobre la publicación y difusión de encuestas, especialmente, mediante la presentación de datos de identificación (encargado de la elaboración, preguntas elaboradas, candidatos por los cuales se indagó, etc. [C. Const., 2005]). La segunda consiste en que los medios de comunicación no pueden interpretar tendenciosamente los resultados obtenidos en las encuestas (C. Const., 1993).

El cuarto escenario consiste en el tiempo de restricción de publicación de encuestas. La C. Const. sostiene, como subregla, que el ciudadano debe tener un tiempo para poder reflexionar, sin influencia externa alguna, sobre la decisión que tomará en las urnas (C. Const., 1993). En virtud de esta subregla, la C. Const. ha establecido otras dos. La primera consiste en que el Estado está facultado para restringir la realización y publicación de encuestas el día de las elecciones (C. Const., 1994) y por un tiempo (C. Const., 2005); la segunda regla, que podría considerarse un límite al límite, consiste en que ese tiempo debe ser prudencial, es decir, de pocos días, pues, de lo contrario, se estaría ante un ejercicio de censura (C. Const., 1993). En el caso más reciente (2005) la C. Const. estableció que un plazo prudencial podría entenderse como una semana.

### **3.2. Método de proporcionalidad aplicado a la reglamentación de encuestas electorales**

La creación de las reglas anteriores a través de la jurisprudencia de la C. Const. no fue, sin embargo, pacífica o uniforme. Al revisar la línea de tiempo, podría decirse que existió un cambio fundamental en el razonamiento de la C. Const. Dicho cambio se concreta en la concepción del derecho fundamental.

En el primer fallo en materia de encuestas electorales, la C. Const. aplicó el método de proporcionalidad bajo el eje gravitacional del derecho fundamental a la libertad

de información. Ello se reflejó en que, durante las primeras sentencias, la C. Const. no enunció en momento alguno las funciones electorales, sino que empleó el método de interpretación por bloque de constitucionalidad, para establecer dos máximas: a) las encuestas electorales son un ámbito material de protección de la libertad de información, y b) sus límites se encuentran en la transmisión de información veraz, a través del empleo de metodologías y prevención de tergiversaciones. En palabras de la C. Const.:

Los medios de comunicación social, como titulares del derecho de informar, y la opinión pública, como titular del derecho a la información, tienen derecho a conocer y difundir la receptividad que entre la población tengan los programas ideológicos y la acción de los candidatos a los cargos de autoridad política, máxime en los momentos en que estas informaciones revisten la mayor importancia, como son las vísperas de una elección. Debe reconocerse que en una democracia moderna, uno de los medios más adecuados para este propósito es, precisamente, el de las encuestas de opinión (C. Const., 1993).

Al tener como eje gravitacional el derecho fundamental a la información, la C. Const. se detuvo, básicamente, en los pasos de finalidad y necesidad de la acción de reglamentación de las encuestas electorales. Al estudiar el art. 23 inc. 1 de la Ley 58 de 1958 (que prohibía la realización y publicación de encuestas con treinta días de anticipación a las elecciones), la C. Const. fue categórica y sostuvo que no existe fundamentación alguna para prohibir la expresión de los encuestados en asunto público (C. Const., 1993). En otras palabras, la C. Const. sostuvo la ausencia de un fin legítimo<sup>4</sup> (tanto mediato como inmediato) que le permitiese al Estado

4 “No hay una fundamentación válida para prohibir que se exprese la opinión de los encuestados en un asunto público, y cuya divulgación no atenta contra el orden público, la intimidad o el bien común. Además, dada la naturaleza de la democracia participativa, la divulgación de encuestas electorales es asunto de interés general. Al ser de interés general el conocimiento de la opinión sobre los hechos que reflejan las encuestas, la información es debida, dada la prevalencia del interés general; por lo tanto, su restricción absoluta por el término de treinta días antes de la jornada electoral se torna en injusta, inconveniente e inoportuna, pues es un contrasentido que en el momento en que se requiere de mayor información, como capacitación previa para la decisión política de los electores, se les prive del conocimiento de un factor, de interés, cual es la opinión de un sector de la sociedad, porque supone una restricción que riñe con la esencia de la participación de la comunidad en los asuntos públicos” (Corte C., 1993).

reglamentar las encuestas, especialmente de prohibir su elaboración y divulgación dentro de los treinta días anteriores a las elecciones, pues

es una discriminación, un acto que impide, por una parte, que a la opinión pública se le informe de algo que le interesa legítimamente, y por otra, a los medios de comunicación ejercer su derecho a informar, esto es, a transmitir y difundir oportunamente las noticias de que dispone (C. Const., 1993).

Esta postura categórica se morigeró un poco en el fallo posterior. En el proyecto de ley que se presentó posterior a la declaratoria de inconstitucionalidad de la prohibición y elaboración de encuestas electorales dentro los treinta días anteriores, el Congreso de la República planteó tres reglas: a) la obligación de publicar los datos técnicos de elaboración de la encuesta; b) la prohibición de elaborar y difundir encuestas dentro de los treinta días anteriores a la elección, y c) la prohibición de elaborar o difundir encuestas el día de las elecciones.

Respecto de la segunda regla, la C. Const. (1994) sostuvo la regla planteada en el primer fallo. Sin embargo, la primera y la tercera regla le permitieron a la Corte C. morigerar su posición categórica. En la primera regla, la C. Const. no mantuvo como eje gravitacional la libertad de información, sino la función electoral. Al trabajar las encuestas en este eje, la C. Const. reconoció la facultad de intervención legislativa, así como un fin legítimo inmediato que consistía en prevenir la manipulación informativa, lo cual conduce, como lo sostuvo la misma C. Const. en su primer fallo, a reconocer el fin mediano de información veraz. Al tener en colisión una función electoral y el derecho a recibir información veraz, la C. Const. otorgó un peso abstracto y concreto grave a este, así como un peso abstracto grave y concreto medio a la función electoral. En cuanto al nivel de certeza, le otorgó un grado de cierto a la prevención de información manipulada. Esto permite tener como fórmula

$$G_{l,k} = \frac{4_l 2_l 2_l}{4_k 4_k 4_k}$$

donde  $l$  es la función electoral, mientras que  $k$  es la necesidad de garantizar el derecho fundamental a recibir información veraz. En palabras de la C. Const.:

La Constitución Política contempla expresamente la existencia de normas legales sobre publicidad y encuestas de opinión política (CP, art. 265-5). Abona la exequibilidad del primer inciso del artículo, adicionalmente, el adecuado ejercicio de la mencionada atribución legislativa. No se remite a duda que la correcta estimación del resultado de una encuesta, indispensable para ponerle coto efectivo a su instrumentación manipulativa, depende de los elementos que la norma exige se publiquen conjuntamente con sus conclusiones y hallazgos. (Corte C. 1994).

En cuanto a la restricción de elaboración y difusión de encuestas el día de las elecciones, la C. Const. mantuvo el eje gravitacional en la función electoral. Sin embargo, el derecho fundamental que contrapuso no fue el de información veraz, sino el derecho fundamental al voto. Como peso abstracto, el cual consideró grave, la C. Const. reconoció el valor del voto en un sistema democrático; como peso concreto, la C. Const. consideró la necesidad de proteger al elector de cualquier influencia externa y, así, el voto secreto. En cuanto al nivel de seguridad, la C. Const. reconoció la necesidad de acallar las voces. Ello permite el empleo similar de la fórmula

$$G_{l,k} = \frac{4_l 2_l 2_l}{4_m 4_m 4_m}$$

donde  $m$  es el derecho al voto. En palabras de la C. Const.:

Es evidente que la divulgación de encuestas y proyecciones sobre el comportamiento electoral el día de las elecciones puede interferir el desarrollo normal y espontáneo del respectivo certamen y dar lugar a equívocos o informaciones que desorientan o desalientan a los votantes. El día de las elecciones en el que los ciudadanos ejercen secretamente su derecho al sufragio (CP, art. 258) y se define el rumbo democrático del país, deberán acallarse todas las voces que no sean la voz del pueblo. Por lo expuesto, la ley que regula la publicidad y las encuestas electorales puede introducir la prohibición analizada (Corte C., 1994).

En el último fallo, la C. Const. se enfrentó a un nuevo escenario y un cambio normativo. El nuevo escenario consistía en la posibilidad que tendría el Presidente de la República a ser reelecto en las elecciones presidenciales siguientes. Ello implicó un cambio de razonamiento, pues todas las herramientas electorales deberían estar encausadas a la protección del derecho a la igualdad de los contendores. En el caso concreto, la C. Const. aprovechó esta situación para alterar su obiter dictum y plantear que las encuestas electorales, además de ser una función electoral, son una herramienta de imagen del candidato. Según la C. Const.:

Las encuestas son herramientas fundamentales para medir la imagen personal del político —reflejada en los eslóganes de la campaña, en los afiches, etc.—; la aceptación de su programa de gobierno y la popularidad de su trato con la comunidad. Las encuestas delimitan los grupos sociales a los cuales debe dirigirse con mayor ahínco el candidato e identifican los temas de la propuesta política que deben reforzarse (Corte C., 2005).

En cuanto a las reglas concretas de las encuestas electorales, el Congreso de la República reiteró la norma de difusión de los datos técnicos de elaboración de encuestas. Por ello, el razonamiento de la C. Const. no fue diferente al hecho en 1994. Sin embargo, el Congreso cambió su postura respecto de la prohibición de difundir encuestas antes de las elecciones y propuso una restricción no de treinta, sino de siete. Ello le permite a la C. Const. separarse del argumento categórico de inexistencia de fin legítimo, para ahondar en la necesidad y la proporcionalidad en estricto sentido. De acuerdo con la C. Const.:

Atendiendo a que la restricción en este caso no es de 30 días, sino de 7, la Corte Constitucional considera que el precedente jurisprudencial no es aplicable, pues evidencia que la restricción al derecho de información no es desproporcionada. Por el contrario, entiende que la disposición se ajusta a la Carta y es proporcionada al fin perseguido, al permitir a los electores contar con una semana de reflexión para definir, sin la presión de los resultados de las encuestas, su preferencia electoral (Corte C., 2005).

Al permitir el avance en el examen, la C. Const. elaboró un razonamiento en el cual el derecho fundamental protegido es el derecho al voto informado. Este requiere, como peso concreto, que la información brindada no sea solamente veraz, sino también imparcial y, si las encuestas permiten también medir la imagen del candidato, ello podría implicar acciones por parte del mismo para desviar en los momentos finales al electorado. Por ello, la C. Const. le otorgó un peso concreto grave y reconoció la necesidad de garantía. La única diferencia consistió en que el derecho restringido fue el de recibir información, lo cual implicó un empate en la fórmula

$$G_{l,k} = \frac{4_l 4_l 4_l}{4_m 4_m 4_m}$$

Ello no significó, sin embargo, que la C. Const. fallase a favor del derecho fundamental a recibir información, sino que aplicó el principio *pro legislatore*, según el cual, un empate en el ejercicio de proporcionalidad estricto, implica la constitucionalidad de la norma. En palabras de C. Const.:

En este sentido, la Corte considera que los dos pronunciamientos anteriores de la corporación no son aplicables a la norma objeto de estudio, pues contenían una restricción de mayor duración que la que ahora se impone. En el artículo 28 del proyecto de ley, la imposibilidad de publicar encuestas electorales se restringe a una semana antes de las elecciones, por lo que no constituye una decisión que sacrifique injustamente el derecho a la información de los electores (Corte C., 2005).

En síntesis, si bien la C. Const. sostuvo una postura inicial en torno de la reglamentación de las encuestas, varió progresivamente el nivel de protección, a través de los ejes gravitacionales de función electoral y voto informado.

## CONCLUSIONES Y DISCUSIONES EN TORNO DE LA REGLAMENTACIÓN DE ENCUESTAS ELECTORALES

La siguiente pregunta consiste en si el proyecto de ley 114/2015 (Senado) se ajusta a estos criterios jurisprudenciales. Si se revisa con detenimiento, podría encontrarse una armonía generalizada entre los fines, así como la mayoría de las reglas del proyecto, con las reglas y subreglas establecidas por la línea jurisprudencial de la C. Const.. Por ejemplo, si se revisa el problema planteado por la Comisión Primera del Senado —el desdibujamiento de las encuestas electorales, entendidas ahora como mecanismo de manipulación de la intención de voto ciudadano (Congreso de la República, 2015, p. 3)—, coincide con el problema hipotético planteado por la C. Const. desde sus inicios. Asimismo, la Comisión Primera del Senado identifica correctamente el límite esencial del derecho a realizar encuestas en el concepto de información veraz (Congreso de la República, 2015, p. 2), reconocido también por la C. Const.

Por otra parte, si se revisa el articulado propuesto por la Comisión Primera, varias de las normas contenidas en él concuerdan con las reglas y subreglas establecidas en la línea jurisprudencial de la C. Const. Por ejemplo, el artículo 4 respeta los aspectos competenciales de los distintos órganos estatales; el artículo 5 recoge la tradición constitucional (especialmente algunos criterios de la sentencia C-1153/2005), y los artículos 6, 7 y 8 desarrollan las reglas establecidas para el diseño, realización y publicación de encuestas —aunque no cita expresamente a la C. Const. sus fundamentos son similares (Congreso de la República, 2015, p. 3)—.

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

El proyecto de ley menciona en sus considerandos que existe reserva legal en materia de reglamentación de las encuestas electorales (Congreso de la República, 2015, p. 2). Sin embargo, no hace un estudio sobre la necesidad de que la ley se tramite bajo las reglas de ley estatutaria, como lo estableció la línea jurisprudencial de la C. Const. Tampoco enuncia el título del proyecto que este verse sobre una ley estatutaria, lo

cual podría llevar a la confusión de pensar que, o bien la ley se trabaja, actualmente, bajo las reglas de ley ordinaria, o bien que hubo una omisión tanto en la parte del título como en la parte motiva. En el primer escenario, el proyecto, que es interesante y necesario, se vería viciado por cuestiones de procedimiento y, por lo tanto, pesaría sobre él una declaratoria de inexequibilidad. En el segundo escenario, solo se estaría ante una omisión, la cual puede ser corregida sin mayor complicación.

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

La primera consiste en pensar que existe una relación *lex generalis-lex specialis* en materia de encuestas. La norma general implicaría que en cualquier elección (referendos, plebiscitos, consultas populares, etc.), estaría prohibida la realización de encuestas, sondeos y proyecciones electorales dentro de los diez días previos a los comicios; mientras que la norma especial establecería que solo en los casos de elección de cargos de representación (presidencia, congreso, gobernaciones, asambleas, alcaldías y concejos), la prohibición sería de siete días. Esta lectura presentaría algunos inconvenientes a futuro. El primero consistiría en establecer cuál es el criterio diferenciador para sostener que en unas elecciones la prohibición es de siete y en otra de diez; la segunda es si se presentó una modificación tácita a la ley de mecanismos de participación ciudadana, y la tercera es si se puede entender proporcional el lapso de diez días. La segunda alternativa consistiría en que el artículo 9 literales b y d rigen únicamente para las encuestas electorales propias del proyecto de ley. Esta interpretación crearía más confusiones, pues tendría que determinarse cuándo es aplicable el literal b y cuándo el literal d. Finalmente, la tercera alternativa sería eliminar el artículo 9, literal d.

El tercer interrogante consiste en la prohibición de realizar encuestas electorales a través de Internet. El motivo plasmado por la Comisión Primera es eliminar aquellas metodologías que no impliquen un acercamiento directo con la ciudadanía y, por lo tanto, que no permitan comprobar la capacidad de las personas o si estas comprenden las preguntas y responden adecuadamente a ellas (Congreso de la República, 2015, p.3). Sin embargo, esta prohibición presenta algunos problemas. El primero de ellos consiste en una contradicción entre la intención del legislador y la subreglas metodológicas de diseño. Como se enunció anteriormente, la C. Const. sostiene que las personas o entidades que realizan encuestas gozan de un cierto margen de discrecionalidad para elegir el modelo y mecanismo, siempre y cuando este modelo garantice una participación de todos los actores sin importar su estrato social o ubicación geográfica. Junto a esta subregla, podría establecerse como segundo problema, la desprotección de personas que deseen intervenir en el proceso de opinión política. De acuerdo con la C. Const., las encuestas no solo son un mecanismo de trazo de tendencias, sino que también constituyen el desarrollo de un derecho fundamental, a saber, el derecho de la persona a opinar sobre un candidato o programa político (C. Const., 2005). Si se excluyera el mecanismo de Internet, se excluiría a las personas que, a través del mecanismo, podrían expresar su opinión (C. Const., 2005). Este sería el caso de aquellas personas que viven fuera del país y tienen, como alternativa, la manifestación de opiniones a través de Internet. El proyecto de ley de reglamentación de encuestas electorales es un instrumento idóneo, que se ciñe a los lineamientos generales establecidos por la jurisprudencia constitucional. Sin embargo, es necesario revisar algunos aspectos, tales como la naturaleza de la ley, la prohibición de encuestas por Internet y los límites temporales de las encuestas.

## REFERENCIAS

- Bernal, C. (2009). *El neoconstitucionalismo y la normatividad del Derecho*. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia.
- Breckwoldt, M. & Kkeiber M. (2013). Grundrechtskombinationen: Zu Struktur und Rationalität der Abwägung bei Prinzipienmehrheiten. En Klatt M., *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*. Alemania: Ed. Mohr Siebeck.
- Centro Nacional de Consultoría (2015). Elecciones 2015: así va la intención de voto, Colombia. Recuperado el 01.05.2016, de <http://www.centronacionaldeconsultoria.com/attachments/article/100/INTENCION%20DE%20VOTO.pdf>.
- Cifras & Conceptos (2015). *Polimétrica elecciones alcaldías, septiembre*, 2015. Recuperado el 01.05.2016, de <http://cifrasysconceptos.com/wp-content/uploads/2015/09/Polimétrica-septiembre-Alcald%C3%ADas-V2-2-1.pdf?8ab3a8>.
- Cifras & Conceptos (2015a). *Polimétrica elecciones alcaldías, septiembre*, 2015. Recuperado el 01.05.2016, de [http://cifrasysconceptos.com/wp-content/uploads/2015/10/Polimétrica-Octubre-Alcald%C3%ADas\\_v4.pdf?8ab3a8](http://cifrasysconceptos.com/wp-content/uploads/2015/10/Polimétrica-Octubre-Alcald%C3%ADas_v4.pdf?8ab3a8).
- Cifras & Conceptos (2015b). *Polimétrica elecciones alcaldías, septiembre*. Recuperado el 01.05.2016, de [http://cifrasysconceptos.com/wp-content/uploads/2015/10/Polimétrica-Octubre2damedición-Alcald%C3%ADas\\_v1.pdf?8ab3a8](http://cifrasysconceptos.com/wp-content/uploads/2015/10/Polimétrica-Octubre2damedición-Alcald%C3%ADas_v1.pdf?8ab3a8).
- Corzo, E. (2007). “Las encuestas electorales y los derechos fundamentales: una primera reflexión”. En *Revista Cuestiones Constitucionales*, N.º 16, pp. 71-87.
- Datexco (2015). “Estudio comportamiento preelectoral, Bogotá: 2.ª medición”. En Cortés F., Ernesto, *Se apretó la campaña electoral en Bogotá*. Bogotá: *El Tiempo*. Recuperado el 01.05.2016, de <http://www.eltiempo.com/bogota/elecciones-2015-resultados-encuesta-datexco-y-el-tiempo/16394185>.

- Datexco (2015a). “Estudio comportamiento preelectoral Bogotá, en Bogotá, Peñalosa 33,9 %; Pardo 21,3 %; Clara López 15,4 % & F. Santos 8,4 %”. *El Tiempo*. Recuperado el 01.05.2016, de <http://www.eltiempo.com/politica/partidos-politicos/encuesta-por-la-alcaldia-de-bogota-de-datexco-2015/16411763>.
- El Tiempo (2015). “Bogotá: Peñalosa lidera con 21,8 % intención de voto para la alcaldía de Bogotá”. Recuperado el 01.05.2016, de <http://www.eltiempo.com/bogota/alcaldia-de-bogota-penalosa-lidera-primera-encuesta-de-el-tiempo-y-la-w-radio/15793815>.
- El Tiempo (2015). “Tire y afloje entre Clara López y Datexco por una encuesta”. Recuperado el 15.04.2016, de <http://www.eltiempo.com/bogota/elecciones-2015-tire-y-afloje-entre-clara-lopez-y-datexco-por-ultima-encuesta/16395980>.
- Fernández, A. (2010). “La prohibición de publicar encuestas electorales como una limitación desproporcionada e ilegítima de la libertad de expresión e información en Costa Rica”. En *Revista Derecho electoral*, Tribunal Supremo de Elección de Costa Rica, N.o 10, pp. 1-50.
- Gálvez, A. (2000). “Organismos de sondeos, encuestas electorales y Derecho”. En *Revista de estudios políticos*, N.o 110 (oct-dic), pp. 97ss.
- Hernández, A. (2013). “Efectos, errores y regulación de las encuestas preelectorales: una política de transparencia para el caso mexicano”. En *Revista Confines*, vol. 9, n.o 18, pp. 64ss.
- Ibler, M. (2004). “Importantes aspectos de la historia y dogmática de los derechos fundamentales en Alemania”. En *Revista IUSTA*, n.o 21, 2004, p. 22.
- Instituto de Estudios Urbanos (2015). “Análisis general de los resultados de la encuesta Invamer Gallup sobre las elecciones de alcaldes: empieza la carrera política”. En *Revista Debates de gobierno urbano*, n.o. 1 (junio), Universidad Nacional de Colombia.
- Instituto de Estudios Urbanos (2015a). Elecciones regionales 2015, en *Revista Debates de gobierno urbano*, n.o 4 (octubre), Universidad Nacional de Colombia.

- La W (2015). “Peñalosa adelanta a Pardo en intención de voto para la alcaldía de Bogotá” en *La W*. Recuperado el 01.05.2016, de <http://www.wradio.com.co/noticias/actualidad/8203penalosa-adelanta-a-pardo-en-intencion-de-voto-para-alcaldia-de-bogota/20150814/nota/2893511.aspx>.
- León, J. (2015). “Yo respeto mis datos”: César Caballero. En *La Silla Vacía*, octubre. Recuperado el 15.04.2016, de <http://lasillavacia.com/historia/yo-respeto-mis-datos-cesar-caballero-51858>.
- López, D. (2014). *El derecho de los jueces*. 13.a reimpresión. Bogotá: Ed. Legis.
- Mateos, A. & Penadés, A. (2013). “Las encuestas electorales en la prensa escrita (2008-2011): errores, sesgos y transparencia”. En *Revista Metodología de las encuestas*, vol. 15, pp. 99-119.
- Moreno, A.; Aguilar, R. & Vidal, R. (2011). “La precisión de las encuestas electorales en México: un análisis de las fuentes de error”. En *Revista legislativa de estudios sociales y de opinión pública*, vol. 4, n.o 8 (jul-dic), pp. 7-45.
- Nicodemo, P. (2007). “¿Son confiables las encuestas electorales en Venezuela? En *Revista Comunicación* (estudios venezolanos de comunicación), n.o 140, pp. 60-68.
- Ortiz, A. (2006). “Acerca del lugar de la entrevista en las encuestas electorales”. En *Revista Cultura y política*, n.o 25 (primavera), pp. 177-209.
- Pacheco, C. & Velázquez, M. (2006). “Las encuestas electorales y su regulación”. En *Revista Derecho Comparado de la Información*, jul-dic, pp. 54ss.
- Pavía, J. & García-Cáceres, M. (2012). “Una aproximación empírica al error del diseño muestral en las encuestas electorales del CIS”. En *Revista Metodología de las encuestas*, n.o 12, pp. 45-62.
- Pieroth, B.; Schlink, B.; Kingreen, T. & Poscher R. (2013). *Grundrechte (Staatsrecht II)*. 29 ed. Alemania: ed. C. F., Müller.

República de Colombia. Congreso de la República (2015). “Proyecto de ley n.o 114 de 2015, por medio de la cual se crean disposiciones para la realización y divulgación de encuestas electorales en cargos de elección popular y se dictan otras disposiciones”. Pedraza, J. et ál., en *Gaceta del Congreso*, año XXIV, n.o 888, pp. 1-3.

República de Colombia. Corte Constitucional (1993). Sentencia de constitucionalidad C-488/1993, *Jesús Pérez González-Rubio vs Congreso de la República (art. 23 inc. 2 Ley 58/1985)*, expediente D-272.

República de Colombia. Corte Constitucional (1994). Sentencia de constitucionalidad C-089/1994, *vs Congreso de la República (proyecto de ley estatutaria 11/1992, Cámara, 348/1993, Senado)*, expediente PE 004.

República de Colombia. Corte Constitucional (1993). Sentencia de constitucionalidad C-145/1994, *Jaime Orlando Santofimio et ál. vs Congreso de la República (Ley 84/1993)*, expedientes D-489 y otros.

República de Colombia. Corte Constitucional (1994). Sentencia de constitucionalidad C-353/1994, *Congreso de la República (proyecto de ley 214/1994, Cámara, 183/1994, Senado)*, expediente PE-006.

República de Colombia. Corte Constitucional (2005). Sentencia de constitucionalidad C-1153/2005, Congreso de la República (proyecto de ley estatutaria 216/2005, Cámara, 235/2005, Senado), expediente PE-025.

República de Colombia. Corte Constitucional (2014). Sentencia de constitucionalidad C-033/2014, *Paola Andrea Saavedra Hidalgo vs Congreso de la República (art. 5 inc. 2, Ley 336/1996)*, expediente D-9753.

República de Colombia. Corte Constitucional (2015). Sentencia de constitucionalidad C-144/2015, *Miguel Antonio Rujana vs Congreso de la República (art. 30 lit. b y c, Ley 1493/2011)*, expediente D-10347.

Torregroza, N. et ál. (2017). “El preámbulo de la Constitución Política de 1991, presupuestos de su creación y fundamentos de su proyección en el texto constitucional”. En *Justicia Constitucional*, Tomo II, pp. 121-139. Bogota: Editorial Ibáñez.