

**ANÁLISIS CRÍTICO DEL ACUERDO Y SENTENCIA  
N° 98 DE FECHA 05 DE MAYO DE 1988,  
DICTADA POR LA SALA CONSTITUCIONAL DE LA  
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA  
REPÚBLICA DEL PARAGUAY**

**José Ignacio Santiviago Rivarola<sup>1</sup>**

*“...de pronto me alegra poder pensar que los críticos son mucho más necesarios de lo que yo mismo estoy dispuesto a reconocer (en privado, en esto que escribo) porque los creadores, desde el inventor de la música hasta Johnny pasando por toda la condenada serie, son incapaces de extraer las consecuencias dialécticas de su obra, postular los fundamentos y la trascendencia de lo que están escribiendo o improvisando...”  
(Julio Cortazar, El perseguidor)*

**RESUMEN:**

En este análisis jurisprudencial comparado, el autor desgrana las argumentaciones jurídicas inmersas en una conocida sentencia extranjera cuyos autores, jueces del máximo tribunal de justicia paraguayo, tuvieron que conocer y resolver acerca del enjuiciamiento constitucional sobre la prohibición oficial de difundir encuestas electorales por un periodo de tiempo previo a las elecciones y sobre igual prohibición en la difusión de resultados de sondeos de boca de urna hasta una hora después del cierre de las mesas receptoras de votos. ¿Constituyen, estas prohibiciones, irracionales limitaciones al derecho de libertad de prensa? La disección

---

<sup>1</sup> Abogado (2002), egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional (Paraguay). Especialista en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante, España (2007). Curso de Maestría en Derecho Privado de la Universidad Nacional de Rosario, Argentina (2004-2005). Docente titular de las cátedras de Derecho Procesal Civil y Derecho Civil Contratos en la Facultad de Derecho de la Universidad Columbia del Paraguay.

del fallo y la crítica argumentativa del autor, nos da una interesante visión sobre el tema.

**PALABRAS CLAVE:**

Jurisprudencia comparada, libertad de prensa, argumentación jurídica, límite de los derechos.

**Sumario**

I.- Introducción. II.- La acción de inconstitucionalidad. III.- Análisis de la argumentación jurídica de la Sentencia. III.1.- Primer juez (Paciello). III.1.1.- Consideraciones previas relativas a la argumentación. III.1.2.- Exposición de los fundamentos. III.1.3.- Análisis crítico. Contexto de justificación. III.1.3.1.- Justificación interna. III.1.3.2.- Justificación externa. III.1.4.- Contexto de descubrimiento. III.2.- Segundo Juez (Sapena). III.2.1- Exposición de los fundamentos. III.2.2.- Análisis crítico. Contexto de justificación. III.2.2.1.- Justificación interna. III.2.2.2.- Justificación externa. III.2.3.- Contexto de descubrimiento. IV.- Apreciación conjunta de la Sentencia y una alternativa de argumentación.

**I. Introducción**

¿Constituye una limitación irracional al derecho de libertad de prensa la prohibición de difundir encuestas electorales por un periodo de tiempo previo a las elecciones y la difusión de resultados de sondeos de boca de urna hasta una hora después del cierre de las mesas receptoras de votos? La respuesta a esta interrogante no es tarea fácil, más teniendo en cuenta que todo lo relativo a la libertad de expresión y a la libertad de prensa constituyen temas sensibles en la sociedad paraguaya, ya que vivió, como gran parte de Latinoamérica, una dictadura militar en la segunda parte del siglo XX. Si bien el país, desde el año 1967 –en plena dictadura militar–, se hizo acreedor de una Constitución donde se declararon principios republicanos como el de la democracia representativa, consagrando algunos Derechos fundamentales más o menos encuadrados dentro del neo-constitucionalismo<sup>2</sup>, el Paraguay solo era

---

<sup>2</sup> Utilizo la expresión “más o menos” en razón de que en los artículos 71, 72, 73, 74 y 75 de la Constitución paraguaya de 1967, existen palabras que dan pie a interpretaciones en

libre en los papeles. Es así que tuvo momentos de fuerte opresión y violación a los Derechos fundamentales. Dentro este esquema de libertades formales –establecido por la Constitución de 1967– y autoritarismo de hecho se proscribió la libertad de expresión y de pensamiento por medio del cierre de importantes medios de prensa contrarios al régimen porque transmitían informes y opiniones de crítica al gobierno<sup>3</sup>.

A partir de la finalización de la dictadura, la ciudadanía buscó desde muchos frentes reconstruir a la República. Uno de estos frentes fue la creación de un nuevo marco normativo que sirva de garantía para vivir en democracia y que reconozca la dignidad del ser humano y los Derechos fundamentales, que asegure la libertad y que adopte como sistema de gobierno la democracia representativa, participativa y pluralista, con principios y directrices y una organización del Estado que garantice la vigencia del Estado Social de Derecho. Con este ánimo, en el año 1992, se sancionó y promulgó la nueva Constitución de la República del Paraguay.

En el presente trabajo realizaré un análisis crítico –desde el punto de vista argumentativo– de una Sentencia que reúne a tres pilares fundamentales sobre los que se edifica una democracia acorde a nuestros tiempos: la libertad de prensa, el sufragio y la motivación de las sentencias dictadas por los órganos del Poder Judicial. La libertad de prensa, porque es el medio más idóneo para hacer efectiva la libertad de expresión que incluye tanto a la libertad de opinión como a la libertad de información –dar y recibir información–. Podríamos decir, salvando las distancias temporales, que los medios de prensa constituyen hoy una especie de Ágora donde los ciudadanos discuten temas trascendentes,

---

varios sentidos. Por ejemplo, el artículo 73 que dice “No se admitirá la prensa sin dirección responsable, ni la publicación de temas inmorales”. La palabra inmoral dentro de la dictadura podía significar sencillamente algo contrario a sus intereses.

<sup>3</sup> A modo de ejemplo –puesto que existen demasiados registros de acciones que atentaron contra la libertad de expresión– tenemos el caso del cierre del diario ABC Color (agosto de 1984), del diario El pueblo (agosto de 1987). En el mes de enero de 1987 Radio Ñandutí, decidió suspender su transmisión por la falta de garantías de parte del gobierno, puesto que fue objeto de todo tipo de ataques desde el año 1983 y el gobierno hizo oídos sordos a las denuncias sobre dichos ataques realizadas por este medio de prensa. Asimismo, hoy podemos acceder a registros como el Archivo del Terror donde constan documentos con informes de funcionarios del antiguo régimen fomentando las publicaciones de los medios de prensa y donde los calificaban de creadores, en la opinión pública, de estados de “pánico, tensión o angustia” o de creadores de un clima desmoralizador” o estado de “desconcierto”.

políticos, económicos, culturales, etc. El sufragio, porque es uno de los medios más importantes para que el pueblo ejerza su soberanía eligiendo a sus gobernantes. Por último, la motivación de las sentencias emanadas del Poder Judicial, porque es el principal custodio de la Constitución, que, por medio de la Corte Suprema de Justicia, la interpreta y la hace cumplir controlando la constitucionalidad de las leyes y de otros instrumentos normativos. La Corte realiza este control por medio de sus fallos, tarea para nada sencilla, puesto que en el moderno Estado constitucional se consagran principios y Derechos fundamentales de toda índole y que, muchas veces, en los casos concretos, se encuentran en disputa, haciéndose necesario que el juez realice una verdadera deliberación y ponderación de tales principios, más porque el Juez debe determinar bajo qué condiciones y, en especial, en qué casos un principio prevalece sobre otro<sup>4</sup>. Sumado a esto, no podemos cerrar los ojos ante la realidad de que los jueces son personas que, por la sola condición de ser humanas, forman parte de un esquema social que tienen anhelos y aspiraciones propios, que pertenecen a grupos de poder determinados, con una carga de prejuicios y emociones que hacen difícil la consecución de la imparcialidad. Es así que, en muchas ocasiones como en ésta que analizaré, nos encontramos ante la presencia de los casos difíciles que, por esta misma condición, requieren de un cuidadoso análisis y razonamiento y de una adecuada motivación que busque argumentos no solo de manera estrictamente formal o en la aplicación directa de una regla –hay casos en donde ni siquiera es posible aplicar una regla porque de hecho para algunos no existen y es necesario que el mismo órgano jurisdiccional las cree a partir de los principios– sino que busque argumentos que constituyan respuestas satisfactorias y dirigidas a una sociedad que reclama, cada vez más, buenas razones para la solución de sus conflictos y para la defensa de sus derechos. En este modelo los jueces por medio de sus sentencias son los protagonistas finales de la construcción del mundo jurídico. He aquí su radical importancia<sup>5</sup>.

La libertad de prensa y el sufragio serán tratados, en razón de que es el tema principal alrededor del cual se decide la acción y el tema de la

---

<sup>4</sup> ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan: *Ilícitos Atípicos*, 2º ed., ed. Trotta, Madrid, 2006, pág. 19 y ss.

<sup>5</sup> CIURO CALDANI, Miguel Ángel: *El Juez en el cambio histórico*, Revista Jurídica La Ley Paraguaya, N° 25, Asunción, 2002, pág. 1058 y ss.

motivación de la sentencia, será tratado en razón de que nuestro análisis crítico justamente se realiza respecto de la manera por medio de la cual los jueces, que dictaron esta sentencia, fundamentaron su decisión.

En el presente trabajo realizaré, en primer lugar, una exposición de la acción de inconstitucionalidad. En segundo lugar, realizaré el análisis crítico de las argumentaciones de la sentencia, para lo cual expondré, de manera reelaborada, las razones expuestas por los jueces y luego las examinaré de manera pormenorizada según los criterios del contexto de justificación –justificación interna y externa– y el contexto de descubrimiento. En tercer lugar y a modo de conclusión, realizaré una valoración conjunta de la sentencia y una pequeña alternativa de cómo argumentar en este caso, donde opinaré a favor de la inconstitucionalidad de las normas que establecen las prohibiciones de difundir resultados de encuestas de opinión y resultados de boca de urna.

## II. La acción de inconstitucionalidad

La Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia fue dictada en una acción de inconstitucionalidad promovida por un medio de prensa televisivo – Teledifusora Paraguaya S.A. – contra ciertos artículos del Código electoral. Los artículos que fueron demandados de inconstitucionales por el medio de prensa se podrían clasificar, en razón de su contenido, en tres grupos y de la siguiente manera: en el primer grupo, aquellos artículos que establecen limitaciones a la publicidad o propaganda electoral<sup>6</sup>; en el segundo grupo, aquellos artículos que establecen, por un lado, la prohibición de difundir resultados de encuestas de opinión durante un lapso de quince días inmediatamente anteriores a la fecha de las elecciones (art. 305 del Ce.)<sup>7</sup> y, por el otro, la prohibición de difundir resultados de sondeos de boca de urna hasta una hora después de la señalada para el cierre de las mesas receptoras de votos (art. 306 del Ce)<sup>8</sup>, y; en el tercer grupo, al artículo que

---

<sup>6</sup> Artículos 290, 301, 302 y 303 del Código electoral.

<sup>7</sup> Artículo 305 del Código electoral que dice: “Queda prohibida la difusión de resultados de encuestas de opinión desde los quince días inmediatamente anteriores al día de las elecciones. Las publicaciones deberán contener la correspondiente ficha técnica”.

<sup>8</sup> Artículo 306 del Código electoral que dice: “Queda prohibida la difusión de resultados de sondeos de boca de urna, hasta una hora después de la señalada para el cierre de las mesas receptoras de votos”.

establece la sanción o pena a aplicar a los directivos o responsables de las empresas encuestadoras y de los medios masivos de comunicación social que realizan las actividades prohibidas por los artículos mencionados en el segundo grupo<sup>9</sup>.

La parte accionante –Teledifusora Paraguaya S.A. – arguyó que tales normas violan preceptos constitucionales que garantizan la libre expresión y la libertad de prensa y que proscriben toda forma de censura previa<sup>10</sup>.

Como la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia está constituida por tres jueces, la sentencia tiene tres votos. El primer juez fundamentó y votó a favor del rechazo total de la acción (PACIELLO). El segundo se adhirió parcialmente al fundamento y al voto del primero, pero se separó de éste en relación a la norma del Código electoral que establece la prohibición de difundir resultados de encuestas de opinión durante un lapso de quince días inmediatamente anteriores al día de las elecciones (SAPENA). El tercer juez (LEZCANO) se adhirió totalmente a los fundamentos y al voto del primero.

El presente análisis crítico –la crítica a la argumentación jurídica de la Sentencia– se focalizará exclusivamente en lo relativo a los artículos que establecen la prohibición de difundir resultados de encuestas de opinión y de difundir resultados de sondeos de boca de urna y la sanción o pena derivada de la infracción de éstas prohibiciones. No obstante y a

---

<sup>9</sup> Artículo 329 del Código electoral que dice: “Los directivos o responsables de las empresas que realizan sondeos de opinión o encuestas sobre la preferencia de los electores que divulgan los resultados obtenidos en tales encuestas, dentro de los quince días anteriores a la celebración de las elecciones, se harán pasibles de sufrir la pena de dos a seis meses de penitenciaría, mas una multa equivalente a quinientos jornales mínimos. Igual pena se aplicará a quienes violaren la prohibición sobre divulgación de resultados de boca de urna. Se considerarán cómplices a los directivos de los medios masivos de comunicación social utilizados para la divulgación de los datos. La misma pena tendrán los directivos o responsables de los medios masivos de comunicación social que infringieren los plazos de propaganda electoral previstos en la presente ley”.

<sup>10</sup> Artículo 26 de la Constitución paraguaya que dice: “Se garantiza la libre expresión y la libertad de prensa, así como la difusión del pensamiento y de la opinión, sin censura alguna, sin mas limitaciones que las dispuestas en esta Constitución; en consecuencia, no se dictará ninguna ley que las imposibilite o las restrinja. No habrá delitos de prensa, sino delitos comunes cometidos por medio de la prensa. Toda persona que tiene derecho a generar, procesar o difundir información, como igualmente a la utilización de cualquier instrumento lícito y apto para tales fines”.

los fines de una mayor efectividad en el análisis crítico hablaremos sobre algunos problemas de fundamentación que se dieron en la Sentencia y que tienen que ver con la diferenciación entre lo que es propaganda electoral y lo que es difusión de encuestas y sondeos de boca de urna<sup>11</sup>.

### III. Análisis de la argumentación jurídica de la Sentencia

Teniendo en cuenta que en la sentencia existen opiniones encontradas sobre la cuestión relativa a la difusión de encuestas de opinión, seguidamente realizaré un repaso de las dos argumentaciones –una de PACIELLO y la otra de SAPENA– con los respectivos análisis de cada uno de las fundamentaciones más relevantes.

#### 1. Primer juez (PACIELLO)

##### 1.1. Consideraciones previas relativas a la argumentación

De manera previa es preciso realizar algunos comentarios de la argumentación del primer juez.

En primer lugar, uno de los problemas con el que me encontré en la argumentación es que no se transcribieron textualmente las normas demandadas de inconstitucionales. Tampoco se transcribieron las normas constitucionales –que constituyen principios jurídicos– violadas por las normas del Código electoral. Una sentencia se debería leer y entender por sí sola, sin la necesidad de recurrir nuevamente a otros textos y mucho menos a textos normativos.

En segundo lugar, PACIELLO, en su argumentación, realizó numerosas referencias a autores prestigiosos y a consideraciones teóricas, cuestión que veo como positiva, pero, en el momento en el que tuvo que realizar un análisis de las normas demandadas de inconstitucionales, fue pobre en razones, especialmente en lo relativo a la prohibición de difundir resultados de encuestas de opinión y era en esta cuestión donde realmente debería haber reflejado la calidad y fortaleza de su decisión<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Es preciso señalar sobre este punto que llamativamente en relación a las prohibiciones contenidas en los artículos 305 y 306 éstas se hallan dentro del Libro V “Propaganda”, Capítulo II del Código electoral denominado de la “De la Propaganda Electoral”.

<sup>12</sup> Los autores citados fueron PECES BARBA, PETERSON, FROSSINI, ROBLEWSKY, VIGO, BOBBIO, LUCIAN, HABERMAS Y O’HIGGINGS

Es más, en relación a la norma relativa a la prohibición de difundir resultados de sondeos de boca de urna, ni siquiera expuso una sola razón, sencillamente calló sobre el tema. Quizá esta falta de razones se podría entender en el sentido de que si a él –a PACIELLO– no le pareció inconstitucional la norma que prohíbe difundir resultados de encuestas de opinión durante los últimos quince días inmediatamente anteriores al día de elecciones, mucho menos le podría parecer inconstitucional la prohibición de difundir resultados de boca de urna, atendiendo al momento en el cual se difunden que es en el mismo día de elecciones. Pero hubiera sido mejor que, si esta fue la razón, la explicite de alguna manera.

En tercer lugar, dividió sus argumentaciones dando la impresión de tratar a la acción de inconstitucionalidad en compartimentos estancos. Por un lado, expuso de manera un tanto desordenada aspectos exclusivamente teóricos relativos al derecho fundamental denominado libertad de prensa, a los tipos de reglas constitucionales<sup>13</sup> y a los criterios de interpretación constitucional que deben ser tenidos en cuenta<sup>14</sup>, y, por el otro, analizó la acción artículo por artículo.

En cuarto lugar, es fundamental manifestar que en la argumentación no realizó una diferenciación clara en cuanto al contenido de las normas demandadas de inconstitucionales. Como lo expuse precedentemente, la acción fue dirigida contra normas distintas en cuanto a su contenido, puesto que algunas tienen que ver con limitaciones a la propaganda electoral y, otras tienen que ver con la prohibición de difundir resultados de encuestas de opinión y resultados de boca de urna. Esta falta de distinción clara estimo de crucial importancia, ya que, mientras la propaganda electoral tiene directamente una intención subjetiva, es decir, su fin primordial es promover y conseguir adhesiones de los electores, persuadir y convencer al ciudadano con derecho a voto para que sufrague a favor de tal o cual candidato o lista<sup>15</sup>; la difusión de encuestas y resultados de boca de urna, si bien podrían tener como intención la adhesión y la persuasión –intención que estimo como disvaliosa

---

<sup>13</sup> La distinción de los tipos de reglas constitucionales tomó de WROBLEWSKY.

<sup>14</sup> Los criterios interpretativos expuestos fueron tomados de FROSSINI y VIGO.

<sup>15</sup> Respecto la finalidad de la propaganda electoral el artículo 290 del Código electoral utiliza la expresión "...concitar la adhesión del electorado..."



especialmente para el caso de personas que tienen la responsabilidad social de difundir información veraz como son los medios de prensa— tienen como fin primordial informar al electorado con datos objetivos y técnicos las opiniones y preferencias ciudadanas<sup>16</sup> respecto de tal o cual candidato o lista. En síntesis, con prácticamente las mismas consideraciones teóricas y sin realizar las debidas diferenciaciones conceptuales analizó todas las normas demandadas de inconstitucionales.

### 1.2. Exposición de los fundamentos

Por lo previamente manifestado afirmo que no es tarea fácil realizar una síntesis de la argumentación del primer juez. No obstante trataré de exponer de la manera más esencial posible las razones que lo llevaron a votar por el rechazo de la acción, reordenándolas en los siguientes tópicos:

- (a) La libertad de prensa es un derecho fundamental pero no es un derecho fundamental absoluto, por las siguientes razones:
  - (a´) Porque está al servicio de otros derechos fundamentales como son la libertad de expresión y el derecho a la información.
  - (a´´) Porque, a su vez, ni la libertad de expresión ni el derecho a la información son derechos absolutos, ya que son amparados y protegidos solo en la medida en que no colisionen con otros derechos, prerrogativas y libertades.
  - (a´´´) La libertad de prensa se enmarca, hoy en día, dentro de la llamada teoría de la responsabilidad social de la prensa, considerando que ésta cumple funciones coadyuvantes con los fines de una sociedad abierta, pluralista y democrática.
- (b) A mayor nivel de información veraz se aprecia un mayor nivel de concreción de la democracia.
  - (b´) A mayor nivel de información veraz, mayor nivel de libertad para decidir de parte de los ciudadanos.
  - (b´´) A mayor nivel de libertad para decidir de parte de los ciudadanos, mayor nivel de democracia.

---

<sup>16</sup> BIDART CAMPOS, German: Lecciones Elementales de Política, 5ª ed., ed. Ediar, Buenos Aires, 1997, pág. 343 y ss.

- (c) La prohibición de difundir resultados de encuestas de opinión tiene que ver con criterios de oportunidad y razonabilidad.
- (c´) La prohibición de difundir resultados de encuestas electorales, no es ajena al Derecho comparado.
- (c´´) Los métodos utilizados para las encuestas varían y entre los diversos procedimientos que pueden escogerse existen los que son mas refinados, verificables y confiables y a aquellos que pudieran inducir a apreciaciones falaces o manipulaciones de opinión cuya pureza se busca precautelar.

(d) En lo que se refiere a la norma que establece sanciones para los que infringieren la prohibición, arguyó que si una ley no tiene sanción es como si no existiera.

Pasemos ahora a examinar las razones expuestas por el primer juez.

### **1.3. Análisis crítico. Contexto de justificación**

#### **1.3.1. Justificación interna**

En primer término, es de destacar que, las razones (a) y (b) forman parte de lo que PACIELLO denominó aspectos teóricos relativos a la libertad de prensa. Y se podrá apreciar que entre ellas y las razones (c) y (d) existe un vacío que debió ser llenado con razones que no las expuso, las dio por supuestas y eso, finalmente, le llevó a apreciaciones conceptuales equivocadas y a una interpretación sumamente amplia a la hora de establecer los límites a la libertad de prensa.

En relación con el tópico (a) y específicamente con los puntos (a´) y (a´´), estimo como correcto el razonamiento, a pesar de no estar de acuerdo con las premisas utilizadas en apoyo de la conclusión de que la libertad de prensa no es un derecho fundamental absoluto, pero esto será tratado al momento de analizar la justificación externa de la argumentación.

En relación con lo expuesto en el tópico (b) no tengo objeciones respecto al razonamiento formal.

En relación con el tópico (c) realizo los siguientes comentarios. Respecto a (c´) entiendo que es una conclusión a la que PACIELLO llegó

mediante una inducción, con ejemplos dados en otros cuerpos normativos de distintos países, pero no cita cuales son esos países. No explicita los ejemplos en apoyo de la conclusión. Respecto a (c´´) analizado conjuntamente con los argumentos del tópic (b) constituye una falacia deductiva muy común en el razonamiento de los juristas que es la falacia de la negación del antecedente.

Para representarlo mejor expondremos el razonamiento simplificado y de la siguiente manera:

Si los medios difunden información veraz entonces habrá un mayor nivel de democracia.

Los medios no difunden información veraz (puesto que las encuestas pueden inducir a apreciaciones falaces o a manipulaciones).

Por lo tanto, no habrá un mayor nivel de democracia.

En relación con el tópic (d) es el fundamento relativo a la norma que establece la sanción a quienes infringieren las prohibiciones de difundir resultados de encuestas de opinión y de boca de urna, creo que es un argumento deductivo correctamente realizado.

### **1.3.2. Justificación externa**

En este apartado realizaremos un análisis crítico de las premisas que sostienen las conclusiones de la argumentación. Entramos –según la teoría de la argumentación elaborada por ATIENZA– en la en la dimensión material del razonamiento<sup>17</sup>.

En relación con el tópic (a) creo que es verdad que los derechos fundamentales no son absolutos, pero también es verdad que esos derechos fundamentales, en nuestra Constitución constituyen principios jurídicos y como tales, ordenan que se concrete su valor de la manera mas amplia posible y que solamente pueden ser desatendidos en caso de existir algún otro principio jurídico que desplace al anterior y que, en

---

<sup>17</sup> ATIENZA, Manuel: El derecho como argumentación, 1° ed., 2° reimpresión, ed. Ariel, Barcelona, 2006, pág. 180 y ss.

relación al caso concreto en estudio, tenga mayor importancia<sup>18</sup>. Además, ¿cuál es el principio constitucional protegido por la norma que impone la prohibición de difundir resultados de encuestas de opinión?

Específicamente respecto al punto (a´) el carácter de absoluto o no de un derecho fundamental no depende de que esté al servicio de otros derechos fundamentales –idea contraria a la sostenida por PACIELLO– sino, mas bien, de otros factores como la armonía de todo el sistema jurídico. Justamente, uno de los criterios interpretativos expuesto en su argumentación fue –siguiendo a VIGO– que se debe considerar a la Constitución como un sistema y con el criterio expuesto por el primer juez, da la impresión de establecer una jerarquización de principios jurídicos, lo que iría contra la interpretación sistemática de los principios constitucionales. En cuanto al punto (a´´) estableció una limitación excesiva a la libertad de expresión al afirmar que son amparados solo en la medida en que no colisionen con otros derechos, prerrogativas y libertades. La libertad de expresión es uno de los derechos hoy en día mas protegidos por todos los sistemas jurídicos y, si bien, como fue expresado en el párrafo precedente, también eventualmente podría ser derrotado por algún otro principio que, evaluado y ponderado en el caso concreto, pudiera tener mayor importancia e imperiosidad de defender, es preciso que se establezca la razón por la que al colisionar con otros derechos, prerrogativas y libertades se hace derrotable. La libertad de expresión no puede ser dejada de lado solo porque colisiona con otro derecho, prerrogativa o libertad. Si lo interpretamos así en todos los casos difíciles donde éste se ponga en tela de juicio terminará siendo derrotado, lo que implica una restricción en su ámbito de aplicación que haría a este principio prácticamente indefendible. Lo que hace al punto (a´´´) concordamos plenamente con esta razón, pero me parece que es una premisa más a favor de la difusión de encuestas de opinión y de sondeos de bocas de urna. Es más, como veremos posteriormente, esta misma premisa es utilizada por SAPENA –segundo juez– y llega a una conclusión distinta a la sostenida por PACIELLO.

En relación con el tópico (b) se nota una confusión entre el concepto de veracidad y el concepto de verdad. Hubiera sido correcto que haya

---

<sup>18</sup> ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan: *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. 3º ed., ed. Ariel, Barcelona, 2005, pág. 32 y ss.

manifestado expresamente lo que implica dar información veraz. Da la impresión de que PACIELLO interpretó como idénticos, en cuanto a su significado, a los conceptos de información veraz e información verdadera. Este tema se analizará con más detenimiento cuando analicemos el punto (c').

En relación con el tópico (c), en primer lugar respecto de (c'), si bien podrían encontrarse ejemplos similares en el Derecho comparado, no cita ninguno de esos ejemplos, no manifiesta qué países cuentan con normas similares. Por otro lado, es muy difícil averiguar que dentro de todos los derechos de todos los países del planeta contengan la misma prohibición, seguramente habrán contraejemplos, países que no establezcan tales prohibiciones. Es más, en Paraguay esta prohibición no existe sino a partir de la sanción del Código electoral en el año 1996 y, asimismo, como se puede ver más adelante gran parte de la argumentación del segundo juez, se basa en una jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Colombia que terminó por hacer lugar a una acción de inconstitucionalidad promovida contra una norma de dicho país prácticamente idéntica y donde se hizo lugar a la inconstitucionalidad. Si bien existen ejemplos, no los cita y, además, es altamente probable que existan contraejemplos sobre el caso.

Utilizando el modelo de análisis de TOULMIN respecto de las formas de argumentación incorrecta, considero que el punto (c') analizado conjuntamente con el tópico (b), que efectivamente es su sustento, – como ya se señaló al momento de analizar estos mismos puntos en el apartado de la justificación interna– constituye una falacia de la ambigüedad<sup>19</sup>, en razón de que se usó equivocadamente y en un mismo sentido a los conceptos de veracidad y verdad. Sobre esto es conveniente aclarar tal distinción conceptual. Cuando hablamos de veracidad, es suficiente una actitud positiva en busca de la verdad objetiva<sup>20</sup>. En cambio, cuando hablamos de verdad nos referimos a la equivalencia entre lo que se dice que ocurrió y lo que ocurrió efectivamente. Es importante realizar esta distinción en razón de que la misma Constitución exige

---

<sup>19</sup> ATIENZA, Manuel: Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica, 2° ed., 1° reimpresión, ed. Palestra, Lima, 2004, pág. 151 y ss.

<sup>20</sup> NESPRAL, Bernardo: Derecho de la información. Periodismo, deberes y responsabilidades. ed. B de F, Buenos Aires, 1999 pág. 18.

que la información sea veraz<sup>21</sup>, lo que implica que el medio de prensa tiene el deber de difundir información con actitud honesta hacia la búsqueda de la verdad, el medio de prensa está obligado a otorgar información con una recta intencionalidad informativa, pero no exige en todos los casos que la información difundida se ajuste exactamente con la realidad. La veracidad excluye la manipulación de la información, la mala fe del que tiene el deber de informar. El tema de la verdad es un tema bastante complejo, es debatido ampliamente en ámbitos como el filosófico y el iusfilosófico sobre la posibilidad de que el sujeto conozca la verdad objetiva. Inclusive a este debate se lo puede apreciar en el ámbito de los de las teorías del análisis de los hechos en los procesos judiciales donde el juez debe decidir sobre lo probado y demostrado en el juicio<sup>22</sup>. No se puede limitar la libertad de difundir información relevante con el fundamentando que existe peligro de que la información difundida no se ajuste objetivamente a la realidad. Si utilizáramos este criterio podríamos llegar al extremo de censurar otras informaciones de contenido relevante, con el fin de preservar la “pureza” de la opinión pública, como, por ejemplo, en el periodismo económico, donde se analizan datos estadísticos, informaciones de estados económicos de empresas, datos de la bolsa de valores. Así, con este criterio proteccionista iríamos recortando, el acceso a la información lo que nos podría llevar, finalmente a una desinformación que dañaría a la opinión pública. Ya que traje a colación el tema de la “pureza” de la opinión de un ciudadano, debemos ser realistas. De hecho estará –el ciudadano– ya contaminado por datos y manifestaciones políticas que pueden provenir de múltiples factores que pueden ser de índole emotiva (cuestiones familiares, miedo para los

---

<sup>21</sup> El artículo 28 de la Constitución paraguaya expresa: “Se reconoce el derecho de las personas a recibir información veraz, responsable y ecuánime... Toda persona afectada por la difusión de una información falsa, distorsionada o ambigua tiene derecho a exigir su rectificación o su aclaración por el mismo medio y en las mismas condiciones que haya sido divulgada, sin perjuicio de los demás derechos compensatorios”. Si bien se manifiesta que la información veraz, responsable y ecuánime es un derecho de las personas, al expresar también que los afectados por alguna información falsa pueden exigir su rectificación y otros derechos compensatorios, implica una obligación del medio de prensa a difundir informaciones de manera veraz.

<sup>22</sup> Acerca de la posibilidad de llegar al conocimiento de la verdad objetiva de los hechos en los procesos judiciales existen varias teorías. TARUFFO, por ejemplo, en su obra *La prueba de los Hechos* expone una serie de teorías acerca de la posibilidad de acceder a la verdad en un proceso civil, como la que manifiesta su negativa, la que manifiesta sobre la imposibilidad teórica, la imposibilidad ideológica, la imposibilidad práctica, etc. (Ver en TARUFFO, Michele: *La prueba de los Hechos*, 2º ed., trad. Jordi Ferrer, ed. Trotta Madrid, 2005, pág. 21 y ss.)

funcionarios estatales de perder sus puestos en caso de que el candidato oficialista pierda las elecciones), económica, ideológica, de prejuicios morales, etc. Es decir, con o sin difusión de encuestas no se logrará la “pureza” a la que alude PACIELLO.

En cuanto al tópico (d), relativo a la norma que establece las sanciones a aquellas personas que transgreden las prohibiciones de difusión de las encuestas y de boca de urna, se podría haber analizado si es o no razonable la pena que se impone; si es o no excesiva. Solo se limita a manifestar que una norma que no tiene una sanción es como si no existiera. Por otro lado, esta norma solamente prevé como sujetos pasibles de sanción a los directivos o responsables de las empresas que realizan dichas encuestas y a los directivos y responsables de medios masivos de comunicación social, lo que me parece un despropósito. En teoría estos sujetos serían los mas imparciales o los que por lo menos tienen una responsabilidad social al informar, mientras que, por ejemplo, los mismos políticos o candidatos pueden difundir encuestas con repartija de panfletos por las calles o anunciando en mítines políticos donde gran cantidad de personas acude.

#### **1.4. Contexto de descubrimiento**

En el presente punto realizaré la exposición de algunas hipótesis sobre las razones que permiten explicar por qué PACIELLO fundamentó de esa manera contra la inconstitucionalidad de la prohibición de difundir resultados de encuestas de opinión y de boca de urna, por qué la simple posibilidad de difundir encuestas manipuladas es condición suficiente para prohibir la difusión de este tipo de informaciones. Lo referente al análisis del contexto de descubrimiento, es muy debatido por algunos teóricos de la argumentación, puesto que existen opiniones que niegan que haya una diferencia efectiva y práctica entre descubrir y justificar en el sentido externo, y existen otros que opinan que la distinción es valiosa.

A mi parecer es importante realizar análisis de esta naturaleza, teniendo en cuenta que, como lo expresé en la introducción del presente trabajo, que los jueces son personas humanas que forman parte de un esquema social, que tienen anhelos y aspiraciones propios, que pertenecen a grupos de poder determinados –o de no poder–, con una carga de prejuicios y emociones. A pesar de esto el juez por su condición de tal se

debe esforzar por buscar la razonabilidad y la imparcialidad en sus decisiones.

Aclaro que, a pesar de ser muy complicado realizar una separación entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación en el sentido externo, todas las hipótesis que a continuación se esbozarán las extraje de los fundamentos desarrollados.

En la fundamentación de su voto, el juez PACIELLO, dejó entrever un proteccionismo hacia el ciudadano, hacia su manera de decidir y hacia la idea de mantener su opinión pública alejada de todo tipo de influencias externas. Ve con mucho riesgo –en demasía diría yo– la idea de que con este tipo de información el ciudadano sea alienado hasta tal punto de impedirle ser dueño de su propio destino. Esto lo interpreto a partir de que manifestó que con la difusión de encuestas se podría inducir a manipulaciones de opinión. Entiendo que el argumento de PACIELLO se basa en una “posibilidad”, parte de la base de que la prensa puede difundir información “no veraz” y que esta información –así como cualquier otra– puede inducir e influenciar al ciudadano, es decir, presume que el ciudadano no tiene capacidad propia para decidir por sí mismo con independencia de lo publicado en la prensa.

Por otra parte, incurrió en una confusión conceptual –como ya fue expresado dentro de la crítica del contexto de justificación– respecto a los significados de veracidad y verdad y de propaganda política y difusión de encuestas. Esto último pudo haber ocurrido en razón de que los artículos que prohíben la difusión de este tipo de informaciones se encuentran inmersos dentro del Libro V, Capítulo II del Código electoral, que trata sobre la propaganda política y electoral. En este sentido hubo un error de técnica legislativa –de parte de los legisladores que justamente son políticos– al unificar estas limitaciones y prohibiciones dentro de un mismo concepto, lo que efectivamente lleva a pensar que la difusión de encuestas de opinión y de resultados de boca de urna tienen como fin primordial inducir o concitar la adhesión del elector. Veo que en su decisión trasluce una desconfianza en los medios de prensa.

## **2. Segundo Juez (SAPENA)**

Como ya fue señalado en el apartado II del presente trabajo, SAPENA se adhiere parcialmente al voto de PACIELLO. En relación con



los artículos que establecen limitaciones a la publicidad o propaganda electoral, se adhiere totalmente a los fundamentos de éste, como así también en relación a la prohibición de difundir resultados de sondeos de boca de urna. Pero en relación con la prohibición de difundir encuestas de opinión se separa y vota a favor de la inconstitucionalidad de tales normas.

Al comienzo de la argumentación SAPENA sí realiza –a diferencia de PACIELLO– la distinción entre los distintos contenidos de las normas demandadas de inconstitucionales, esto llevó al segundo juez a realizar un análisis más adecuado en relación con los temas planteados en la acción de inconstitucionalidad, eludiendo así a las ambigüedades que podrían llevar a conclusiones equivocadas. Textualmente manifestó al respecto “...Teledifusora Paraguaya S.A., promueve acción de inconstitucionalidad, impugnando varios artículos que, en mi concepto, tratan de temas diferentes y requieren una solución distinta...”.

Por otra parte, destacamos que en este caso sí se transcribieron las normas constitucionales y las provenientes de los tratados que se refieren a la cuestión relativa a la libertad de expresión y la libertad de prensa, lo que hace que al lector de la sentencia le sea más sencillo el entendimiento de los fundamentos de la misma.

Llama la atención que, en relación con los fundamentos referentes a la prohibición de difundir encuestas de opinión, realizó una transcripción textual de varios párrafos de los fundamentos de una Sentencia dictada por la Corte Constitucional de Colombia. Los argumentos mas importantes los encontramos ahí. Me parece bien que mencione al caso de Colombia, pero hubiera realizado una fundamentación propia al respecto. Da la impresión que el único trabajo fue leer la Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana y agregarle dos o tres razones mas<sup>23</sup>.

### **2.1. Exposición de los fundamentos**

Con el fin de un mejor y más ordenado análisis de la argumentación, en este resumen de razones no diferenciaré cuales fueron las expuestas

---

<sup>23</sup> Específicamente es la transcripción del voto de Fabio Morán Díaz, Magistrado de la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia C – 089/94.

por el Tribunal Constitucional Colombiano y cuales son las razones genuinas de SAPENA. Pasemos a exponer los tópicos:

- (a) En este caso no se encuentra ninguna referencia a un principio cardinal contrario a la publicación de encuestas<sup>24</sup>. No existe título jurídico para establecer la censura.
- (a´) Por el contrario lo que se encuentran son principios a favor de la difusión de encuestas<sup>25</sup>.
- (a´´) No hay fundamentación válida para prohibir que se exprese la opinión de los encuestados en un asunto público.
- (a´´´) La divulgación de encuestas no atenta contra el orden público, la intimidad o el bien común.
  
- (b) La divulgación de encuestas electorales es asunto de interés general.
- (b´) Al ser de interés general, el conocimiento de la opinión sobre los hechos que reflejan las encuestas, la información es debida.
- (b´´) 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.
  
- (c) La prohibición de publicar encuestas de opinión constituye un atentado contra la libertad de expresión, por cuanto se impide que la opinión del sector encuestado se exprese.
  
- (d) La prohibición de publicar encuestas, podría implicar negar al elector el derecho a estar informado e inducirlo a votar irracionalmente por listas que no introducirán ni siquiera un diputado.
  
- (e) La prohibición de publicar encuestas, podría significar que políticos, que por soberbios e inescrupulosos, continúan recaudando

---

<sup>24</sup> Entiendo que se quiso manifestar “ningún principio constitucional o derecho fundamental”.

<sup>25</sup> En este punto cita al artículo 28 de la Constitución paraguaya que expresa: “Se reconoce el derecho de las personas a recibir información veraz, responsable y ecuánime. Las fuentes públicas de información son libres para todos. La Ley regulará las modalidades, plazos y sanciones correspondientes a las mismas, a fin de que este derecho sea efectivo. Toda persona afectada por la difusión de una información falsa, distorsionada o ambigua tiene derecho a exigir su rectificación o su aclaración por el mismo medio y en las mismas condiciones que haya sido divulgada, sin perjuicio de las demás derechos compensatorios”.

ayuda financiera de sus amigos, sin tener la menor posibilidad de obtener un cargo y privando a sus electores potenciales de la posibilidad de dar su voto útil.

(f) Esta prohibición –la de difundir encuestas– además de ser inconstitucional es inocua por obsoleta.

(f´) En la aldea global en la que vivimos, en casi todo el país es mas fácil ver canales de televisión extranjeros que nacionales y nada impide publicar en ellas o en los diarios de los países vecinos.

(f´´) Asimismo con internet, aunque tenga un alcance muy selectivo, combinado con el rumor, hace que se conozcan encuestas sin ninguna garantía de seriedad.

En relación con la prohibición de difundir resultados de sondeos de boca de urna hasta una hora después de la señalada para el cierre de las mesas receptoras de votos –recordemos que con respecto a esta norma SAPENA votó por el rechazo de la acción de inconstitucionalidad– el argumento es:

(g) La divulgación de encuesta y proyecciones sobre el comportamiento electoral, el día de las elecciones puede interferir en el desarrollo normal y espontáneo del respectivo certamen y dar lugar a equívocos e informaciones que desorientan o desalientan a los votantes.

(g´) El día de las elecciones se define el rumbo democrático del país y deberán acallarse todas las voces que no sean la voz del pueblo.

(g´´) Esta razón se ubica en el contexto de la total protección y protagonismo que tiene el certamen electoral el día de la votación para favorecer y facilitar el ejercicio del sufragio.

Pasemos a examinar las razones expuestas en la argumentación de SAPENA.

## **2.2. Análisis crítico. Contexto de justificación**

### **2.2.1. Justificación interna**

El voto de SAPENA en lo referente a los tópicos (a) y (b) constituye la conclusión de un análisis que formalmente lo podríamos entender a

partir del cuadro de oposición de las modalidades deónticas<sup>26</sup>. Específicamente lo que se argumenta en este caso constituye ley de contradicción deóntica que afirma que una acción –la difusión de encuestas de opinión– no puede ser a la vez obligatoria y prohibida. Se concluyó que la difusión de encuestas de opinión es información debida u obligatoria por ser un asunto de interés general y que, por esta razón, no puede estar prohibida.

Cabe destacar que para argumentar con base en esta contradicción, el segundo juez tuvo que elaborar una regla a partir de un principio jurídico consagrado en el artículo 28 de la Constitución paraguaya que dispone: “Se reconoce el derecho de las personas a recibir información veraz, responsable y ecuánime...”. El problema que surge de este razonamiento es que pareciera que se establece que existe un deber jurídico –una obligación– de los medios de prensa a difundir las encuestas y, me pregunto, ¿se puede exigir a un medio de prensa que publique alguna información determinada?

### 2.2.2. Justificación externa

Sobre lo manifestado en el párrafo precedente, comienzo el análisis de la plausibilidad de las premisas utilizadas en esta argumentación en apoyo de su decisión.

En relación con la afirmación de que la difusión de encuestas es un deber de los medios de prensa es, diría yo, un tema discutible. Los componentes del derecho a la información –que forman parte también del derecho a la libertad de prensa– comprenden el derecho a recibir, difundir y buscar información. En el caso que nos ocupa hablamos del derecho a difundir información. En los últimos tiempos surgió una corriente que sostiene que la difusión de información constituye un deber. Los sostenedores de esta teoría realizan el siguiente razonamiento: si existe un derecho humano a recibir información, consecuentemente debe existir un deber de dar esa información. Esto constituye, a mi parecer, un razonamiento un poco simplista de la cuestión. El problema es determinar si existe efectivamente una obligación de informar de parte

---

<sup>26</sup> GUIBURG, Ricardo, vv.aa: Lógica, Proposición y Norma, ed. Astrea, Buenos Aires, 1999.

de los medios de prensa, cuestión cuya respuesta no es problema menor, más teniendo en cuenta que la libertad de informar podría significar también la libertad de no hacerlo. También podría ser importante establecer, en caso de apoyar esta teoría, ¿cuáles serían sus límites?<sup>27</sup> Mi posición sobre el tema es que no es posible obligar a un medio de prensa a dar determinada información, salvo algunos casos, por ejemplo el derecho de réplica que tiene toda persona cuando fue afectada por la difusión de alguna información falsa sobre su persona, familia, bienes, etc<sup>28</sup>

En relación con el tópico (a) tiene dos líneas argumentativas. Respecto al punto (a´) si bien se podría pensar, con acierto, que no existe fundamentación válida para prohibir que se exprese la opinión de los encuestados, creo que hubiera sido mejor o argumentativamente más eficaz manifestar primero si existen o no, de hecho, algunas fundamentaciones respecto del tema contrarias a su postura y, en caso afirmativo, exponer las mismas y refutarlas, más aún cuando se afirmó que no son válidas. Por ejemplo, manifestar por qué no son válidas o como se podría responder a esa fundamentación calificada como no válida.

En relación al tópico (b), particularmente estoy de acuerdo con la conclusión – que los resultados de encuestas de opinión son de interés general– pero no estoy de acuerdo con (b´´) como ya lo expresé mas arriba referente al deber de informar. El problema que observo en este tópico es que al no ser toda información de interés general, quedó un cabo suelto al no responderse a la pregunta ¿por qué la difusión de encuestas constituye información de interés general? Más aún si se manifiesta que la información es debida (b´) y que, con esta prohibición, se les está negando a los electores el conocimiento de un factor de interés (b´´).

En lo referente al tópico (c) entiendo que lo que quiere significar SAPENA es que al impedirse la difusión de encuestas de opinión, se está impidiendo que la opinión del sector encuestado se exprese, es decir que

---

<sup>27</sup> ZAFFORE, Jorge: Información social, Derecho y regulación, ed. Depalma, Buenos Aires, 2000, pág. 28 y ss.

<sup>28</sup> El derecho a replica se halla consagrado en el artículo 28 de la Constitución paraguaya transcripto con antelación.

constituye un atentado a la libertad de opinión. Es importante manifestar que la libertad de expresión comprende la libertad de difundir información, como asimismo, la libertad de comunicar una manera de pensar determinada. Creo que la prohibición de difundir encuestas constituye una violación a la libertad de información, pero no así una violación a la libertad de opinión.

Para explicar esta afirmación, en primer lugar, es importante responder a la pregunta ¿qué es una encuesta? y posteriormente verificar si la prohibición de difundir encuestas constituye o no una violación a la libertad de opinión, puesto que es en este sentido en el que SAPENA se expresó. Una encuesta, según el Diccionario de la Real Academia Española, es un conjunto de preguntas tipificadas dirigidas a obtener una muestra representativa, para averiguar estados de opinión o diversas cuestiones de hecho<sup>29</sup>. Al tener como intención la averiguación de estados de opinión o diversas cuestiones de hecho, concluimos que las encuestas tienen como fin obtener información sobre un hecho determinado. El hecho sería, en este caso, la medida de preferencia de candidatos realizada sobre una fracción determinada de la población. Por esta razón, la norma que prohíbe la difusión de encuestas, prohíbe que se haga público un dato, un hecho objetivo que constituye una muestra sobre preferencias. En este caso, el que es titular del derecho sería el medio de prensa o la empresa encargada de la realización de la encuesta y no el individuo que dio su opinión en una encuesta determinada. En segundo lugar, la libertad de opinión implica que cualquier persona tiene el derecho de expresar públicamente sus ideas, creencias e ideologías. Mientras en las encuestas hablamos de veracidad en la información, cuando hablamos de opinión nos referimos a cuestiones subjetivas. Claro está que el hecho de que las encuestas estén formadas por un cúmulo de cuestiones subjetivas, nos podría llevar a la equivocación de creer que hablamos de opinión, pero mientras en las encuestas el dato es objetivo sobre cuestiones subjetivas, en la opinión hablamos de la manifestación de una manera de pensar de manera directa. En tercer lugar, no existe ningún tipo de obstáculo legal para prohibir a una persona comunicar o difundir públicamente su manera de pensar. Lo puede hacer. Si una persona decide escribir un día antes de las elecciones un artículo en el diario sobre

---

<sup>29</sup> Ver en [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=encuesta](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=encuesta)

su preferencia entre algunos candidatos y las razones de esa preferencia, tiene la libertad de hacerlo sin ningún tipo de censura. Lo que la norma prohíbe es la difusión de encuestas no la difusión de la opinión de una persona.

En relación con el tópico (d) es verdad que podría implicar negar al elector a estar informado, pero el fin de esta información no puede estar dirigida a lograr que aquellas personas que deseen votar por candidatos que tienen poquísimas chances de acceder a algún cargo electivo voten por aquellas que, a pesar de no ser de su preferencia, podrían tener más chances. En caso de que la publicación de encuestas de opinión tuviera este objetivo desalentaría la participación de los ciudadanos en la política electoral, se desalentaría la intención de muchos a presentarse como alternativa para la alternancia o para el acceso al poder político, desalentaría la renovación de las personas o de las instituciones que acceden al poder, lo que finalmente podría atentar contra el pluralismo. Asimismo, la racionalidad de un voto no se puede medir exclusivamente sobre la base de la creencia en que existen posibilidades reales de un candidato a ser electo, la racionalidad de una elección podría pasar por otros factores, como ser la afinidad ideológica, la creencia acerca de la bondad de ciertos programas de gobierno, la confianza en la capacidad de la persona candidata, la confianza en el equipo que lo rodea y que finalmente integraría su gabinete, etc.

En relación con el tópico (e) creo que el hecho de que amigos contribuyan financieramente en las campañas de los candidatos no depende de la publicación de encuestas. Creo que si un candidato se quiere lanzar a la arena política sin chances de acceder a algún cargo no necesariamente es soberbio e inescrupuloso, debe tener sus razones, ni tampoco creo que se falte al respeto a amigos que lo apoyan económicamente, puesto que el apoyo económico depende de la libertad del patrocinante de la campaña. Por otro lado, no creo que se esté privando a nadie la posibilidad de dar su voto útil teniendo en cuenta que, muchas veces, existen dos o mas listas que están muy parejas en el resultado de las encuestas –a dos o tres puntos de ventaja una de otra– y ¿como se establecería en estos casos a favor de cual lista se debe depositar el voto “útil”, teniendo en cuenta que en toda encuesta existe un margen de error previsible de tres o cuatro puntos? Al final, el depósito del voto termina siendo, en casi todos los casos, una cuestión de preferencias.

El tópico (f) constituye una razón interesante de ser analizada, en el sentido de que no se les puede prohibir a los medios de prensa internacionales que difundan encuestas. No obstante no estoy de acuerdo en que sea más fácil para los paraguayos ver canales extranjeros que nacionales, esta afirmación varía según el sector de la población. Podría ser para los ciudadanos de clase media alta y alta que viven en las ciudades, que finalmente son una minoría, pero no así para los electores de clase media baja y baja que constituyen gran parte del electorado. Este razonamiento me parece que constituye una inducción generalizadora precipitada, lo que sería al decir de TOULMIN, una razón defectuosa<sup>30</sup>.

Sobre el tema de la prohibición de difundir resultados de sondeos de boca de urna, expuesto como argumento en el tópico (g), llama la atención que utiliza las mismas razones a las que le restó importancia y, es más, a las que criticó, sobre la prohibición de la difusión de encuestas de opinión donde dijo que “existe el temor a la manipulación” pero que esto no es razón suficiente para prohibir la difusión de encuestas. Específicamente sobre (g´) ¿Acaso las mismas personas que votan y que constituyen “la voz del pueblo” no son los preguntados en “boca de urna”? Si, según SAPENA, es inconstitucional prohibir la difusión de encuestas de opinión en los últimos quince días previos al día de las elecciones, quiere decir que hasta el día de las elecciones, se podrían difundir encuestas. Sobre este punto, me pregunto ¿Por qué prohibir la difusión de resultados de boca de urna y permitir, el día de las elecciones, la difusión de encuestas? Además, sobre el mismo razonamiento (g´), cae en una *petitio principii*, en razón de que utiliza de modo implícito la conclusión como premisa, al manifestar que la prohibición de difundir resultados de boca de urna no es una prohibición inconstitucional porque el día de las elecciones deberán acallarse todas las voces que no sean la voz del pueblo.

### 2.3. Contexto de descubrimiento

Siguiendo con el ánimo de realizar algunas reflexiones hipotéticas alrededor de los motivos que llevaron a fundamentar su voto de esta manera, manifiesto que en el caso del juez SAPENA, sus apreciaciones son distintas respecto a la difusión de resultados de encuestas de opinión.

---

<sup>30</sup> ATIENZA, Manuel: Las Razones del Derecho..., op. cit. pág 152.



Interpreto –a partir de la lectura de los fundamentos desarrollados– que le mueve la preocupación por la falta de alternancia en el poder político. En el Paraguay el mismo partido de gobierno es el que se mantiene en el poder desde hace 60 años y en la época en que se dictó la Sentencia que se analiza en este trabajo, hacía 50 años. Al manifestar y al hacer uso de conceptos como “voto útil”, entre líneas leo que le preocupa que, por culpa de listas que no tienen posibilidad de acceder al poder –ni siquiera meter un diputado–, otras listas no accedan al mismo y no produzcan la alternancia, que constituye un elemento importante para el funcionamiento de la democracia, teniendo en cuenta que nuestro sistema electoral no prevé el balotaje.

En relación con la prohibición de publicar resultados de boca de urna, le mueve, finalmente la concepción de un proteccionismo quizá innecesario respecto al elector.

#### **IV. Apreciación conjunta de la Sentencia y una alternativa de argumentación**

En primer lugar, no estoy de acuerdo con lo resuelto por PACIELLO. A mi parecer las normas son inconstitucionales. No obstante, independientemente de lo decidido por él, las razones sobre las cuales apoya su decisión me parecen frágiles y a su argumentación le faltó profundidad. No demostró el peligro claro y presente en la difusión de encuestas.

Por otra parte, hubiera realizado un análisis más profundo sobre los principios jurídicos en juego y manifestado claramente qué principio jurídico se protege con las normas prohibitivas.

El hecho de que exista la posibilidad de que las encuestas puedan ser manipuladas por los medios de prensa no puede ser condición suficiente para censurar la difusión de información. El daño debe ser claro y patente cosa que no se puede demostrar en el caso que nos ocupa.

En el caso de SAPENA, estoy de acuerdo con su decisión respecto a la difusión de resultados de encuestas de opinión, no así respecto a la difusión de resultados de boca de urna. Como ya lo expresé mas arriba, en éste último punto, cayó en las mismas razones que él mismo criticó

respecto al peligro de manipulaciones a la opinión pública y también cayó en una petición de principio.

Por otra parte, no estoy de acuerdo con que la difusión de resultados de encuestas de opinión sea un deber del medio de prensa, puesto que la libertad de información implica tanto libertad para difundir información como para dejar de hacerlo. Es difícil divisar la manera en que sea posible imponer a un medio de prensa la difusión de determinada información, salvo las excepciones manifestadas. Pareciera que en este fundamento se manifiesta que la difusión de encuestas es condición necesaria para la formación de la opinión pública.

Por último, SAPENA recurre a otras razones no relevantes para el caso en cuestión –fuera de la expresión del deber de informar– que escapan al problema en sí como también a lo jurídico. Me estoy refiriendo a los tópicos (d) –la prohibición de publicar encuestas, podría inducir al elector a votar irracionalmente por listas que no introducirán ni siquiera un diputado– y, (e) –la prohibición de publicar encuestas podría significar que políticos, que por soberbios e inescrupulosos, continúan recaudando ayuda financiera de sus amigos, sin tener la menor posibilidad de obtener un cargo y privando a sus electores potenciales de la posibilidad de dar su voto útil.

Por último, no quiero dejar de mencionar un punto que me llamó poderosamente la atención del análisis comparativo de las dos argumentaciones estudiadas y es que ambas se basan en el interés público como fundamento para sus conclusiones. Para PACIELLO, por razones de interés público, las normas no son inconstitucionales por preservar la “pureza” de la opinión pública, y; para SAPENA, también por razones de interés público, la norma relativa a la difusión de encuestas es información debida al elector.

Por último, como ya lo expresé, hubiera resuelto la acción a favor del medio de prensa, tanto en lo que respecta a la prohibición de difundir resultados de encuestas de opinión como de boca de urna y, por consiguiente, la norma que establece sus sanciones. Asimismo, la hubiera fundamentado de manera diferente. En primer lugar, analizaría el contenido del derecho constitucional de libertad de prensa, su alcance y también sus límites; cual es el sentido de su existencia y la importancia de

buscar siempre potenciarlo como medio para vivir en democracia. La libertad de prensa comprende la libertad de expresión de opiniones y de información, y, la libertad de información comprende, a su vez, la libertad para recabar información, y la libertad, para difundir información. En el caso que nos ocupa nos ubicamos dentro de lo que llamaríamos libertad de difundir información. En segundo lugar, hubiera analizado qué tipo de información constituye la difusión de encuestas y la difusión de resultado de boca de urna y cual es el papel o fin que cumplen en el proceso electoral. A partir de ahí analizaría si está demostrado que ese tipo de información prohibida realmente es dañina para la opinión pública, buscar ejemplos y experiencias en otros países, lo que presumo que nos llevaría a observar buenas y malas sobre la cuestión.

Por otra parte, utilizaría como arma la reducción al absurdo para llegar a la conclusión que con esta prohibición y las razones subyacentes que se exponen podría llevarnos a censurar en demasía la libertad de difundir información. Finalmente ¿como se puede medir que la opinión haya sido manipulada? ¿cómo atribuir exclusivamente a la difusión de encuestas y de boca de urna los giros en las preferencias de los electores? ¿cuál es el daño patente y real de la difusión de este tipo de información?

Al no ser la difusión de resultados de encuestas de opinión y de resultados de sondeos de boca de urna ni condición suficiente para poder censurar el acceso a la información, ni condición necesaria para la formación de la opinión pública concluyo que sería irracional limitar la libertad de prensa con estas prohibiciones.

### **Bibliografía**

- ATIENZA, Manuel: El derecho como argumentación, 1° ed., 2° reimpresión, ed. Ariel, Barcelona, 2006.
- Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos. 3° ed., ed. Ariel, Barcelona, 2005.
  - Ilícitos Atípicos. 2° ed., ed. Trotta, Madrid, 2006.
  - Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica, 2° ed., 1° reimpresión, ed. Palestra, Lima, 2004.

JOSÉ IGNACIO SANTIVIAGO RIVAROLA

BIDART CAMPOS, German: Lecciones Elementales de Política, 5ª ed., ed. Ediar, Buenos Aires, 1997.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel: El Juez en el cambio histórico, Revista Jurídica La Ley Paraguaya, N° 25, Asunción, 2002.

GUIBURG, Ricardo, vv.aa: Lógica, Proposición y Norma, ed. Astrea, Buenos Aires, 1999.

NESPRAL, Bernardo: Derecho de la información. Periodismo, deberes y responsabilidades. ed. B de F, Buenos Aires, 1999.

RUIZ MANERO, Juan: Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos. 3º ed., ed. Ariel, Barcelona, 2005.  
- Ilícitos Atípicos. 2º ed., ed. Trotta, Madrid, 2006.

TARUFFO, Michele: La prueba de los Hechos, 2º ed., trad. Jordi Ferrer, ed. Trotta, Madrid, 2005.

WESTON, Anthony: Las claves de la argumentación, 10º ed., 11ª impresión, trad. Jorge Malem, ed. Ariel, Barcelona, 2006.

ZAFFORE, Jorge: Información social, Derecho y regulación, ed. Depalma, Buenos Aires, 2000.