

**EL SONIDO DEL DINERO  
EL GASTO ELECTORAL  
Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN\***

**Carlos Peña G.**

Este artículo indaga en los problemas de constitucionalidad que presentan los intentos de regulación del financiamiento electoral y, en particular, el establecimiento de límites a las contribuciones y al gasto. El autor sostiene que el financiamiento electoral con dinero privado se relaciona con varios derechos constitucionales, pero en particular con el derecho a la libertad de expresión. Sostiene que los límites a las contribuciones en dinero que un particular puede hacer a una campaña electoral no lesionan la libertad de expresión, atendida la escasa fuerza comunicativa que el dinero tiene por sí mismo. En cambio, aclara, el establecimiento de límites al aporte de bienes expresivos que no son dinero lesionaría la libertad de expresión.

---

CARLOS PEÑA GONZÁLEZ. Miembro de la Comisión de Reforma del Estado del Centro de Estudios Públicos. Abogado, estudios de postgrado en Sociología (PUC) y Filosofía (UCh). Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Profesor de Derecho de la Universidad de Chile.

\* Una versión más extensa de este trabajo apareció en *Documento de Trabajo*, N° 330 (2001) del Centro de Estudios Públicos. El autor agradece los comentarios recibidos, en distintas etapas de la elaboración del trabajo, de Raúl Bertelsen, Harald Beyer, Axel Buchheister, Jorge Claissac, Javier Couso, Arturo Fontaine T., Carlos Frontaura, Andrés Jana, Pablo Ruiz Tagle, Lucas Sierra, Salvador Valdés y Patricio Zapata.

Respecto a la constitucionalidad de los límites al gasto electoral, se señala que ésta depende de la noción de libertad de expresión en que se funde la interpretación constitucional. Se sostiene que el concepto de libertad de expresión varía según se inspire en la tradición liberal o en la tradición democrática. Bajo una concepción estrictamente liberal, la libertad de expresión se funda en la autonomía personal y, *prima facie*, no admitiría límites al gasto electoral. Bajo una concepción democrática, en cambio, serían admisibles diversas regulaciones de la propaganda electoral con fines distributivos. Esta última sería la posición del Tribunal Constitucional que admitiría la imposición de límites a la propaganda electoral de manera excepcional y restringida, sometida al criterio de ponderación de derechos constitucionales. El proyecto de financiamiento electoral en actual tramitación, sin embargo, no satisfaría esas exigencias al establecer límites al gasto.

Las líneas que siguen tienen por objeto dilucidar qué relaciones median entre las donaciones y el gasto electoral, por una parte, y el derecho a la libertad de expresión, por la otra. Un proyecto de ley en actual tramitación sugiere establecer una absoluta *transparencia* en la información que poseen los donantes, los donatarios y el público; pretende trazar *límites a la contribución* que los particulares pueden hacer a las campañas electorales; y, en fin, intenta instituir *límites al gasto* electoral en el que cada competidor político podría incurrir.

El proyecto ha sido objeto de variadas críticas. La transparencia, se ha sostenido, en vez de evitar la corrupción y la extorsión, podría, paradójicamente, favorecerla. En consecuencia, se ha sugerido que es superior un sistema que asegure la simetría de información entre el candidato y el electorado, tratando a las donaciones, hasta cierto monto, como tratamos al voto. Un sistema como ése, se ha planteado, evita la corrupción y la extorsión. Si ni el electorado ni el candidato conocen a los donantes, no hay intercambio posible de dinero por decisiones<sup>1</sup>. También se han objetado los límites a las contribuciones y al gasto electoral, señalándose que ellos serían difíciles y costosos de fiscalizar y que, en cualquier caso, establecerían ventajas a favor de los titulares en desmedro de los aspirantes. Es más, se ha argumentado que si esos límites son eficaces, podrían alentar la compra

<sup>1</sup> Al respecto, véanse las proposiciones y análisis desarrollados en Salvador Valdés (ed.), “Informe de la Comisión de Reforma el Estado” (2000), parte II; y en Ian Ayres y Jeremy Bulow, “La Donación Secreta: Evitar que los Candidatos sepan Quiénes Son sus Donantes Permite Desarticular el Tráfico de Influencias” (2001).

de bienes sustitutos en desmedro del sistema de partidos<sup>2</sup>. En vez de los límites a las contribuciones y al gasto que contempla el proyecto, se ha sugerido un sistema de financiamiento electoral que considere subsidios públicos, los que contribuirían a hacer más vigorosa la democracia, ya sea que se entienda a la democracia como un mecanismo para agregar preferencias o que se la entienda como un mecanismo de deliberación acerca de nuestras preferencias<sup>3</sup>.

Los argumentos y las propuestas que reseñamos en el párrafo anterior proceden de un tipo de análisis en que el financiamiento electoral es examinado como un caso de política pública, indagándose qué consecuencias previsibles se siguen de distintos sistemas de financiamiento. En este tipo de análisis se examinan las conductas que alienta cada sistema tanto en los ciudadanos, donantes y donatarios, evaluándose si esas conductas contribuyen o no a un resultado deseable.

Las palabras que siguen intentan completar ese análisis, ahora desde el punto de vista constitucional. En particular —y siguiendo en esto un debate que es habitual en el derecho norteamericano— este trabajo intenta dilucidar si acaso la contribución de dinero y el posterior gasto del mismo pueden ser considerados una forma de expresión amparada constitucionalmente o si acaso la “disposición de dinero” —el gasto del contribuyente o del candidato— puede constituir una forma de ejercitar la propiedad. Como es obvio, podría ocurrir que los diseños alternativos de financiamiento electoral fueran constitucionalmente indiferentes —puede ocurrir que, en cualquier caso, la Constitución quede incólume—, aunque siempre podrá discutirse cuál de ellos contribuye a optimizar los valores o los bienes que la Constitución declara.

El trabajo comienza examinando, muy brevemente, las peculiaridades de la interpretación constitucional. Sostendré que la interpretación constitucional es inevitablemente holística. Dilucidar el significado de una regla supone endosar alguna concepción más general acerca de la comunidad política o del valor individual.

En la segunda parte revisaré algunos aspectos del debate que, en torno al caso Buckley versus Valeo, se ha planteado respecto de la limitación de gastos en las campañas electorales. No creo, desde luego, que ese caso pueda ser incorporado sin más a nuestra propia práctica legal; pero

---

<sup>2</sup> Una revisión de este argumento puede encontrarse en Carlos Peña G., “Dinero y Política: Sobre las Formas de Financiamiento Electoral” (2001).

<sup>3</sup> Respecto a esta propuesta de subsidios públicos para el financiamiento electoral, véanse Salvador Valdés (ed.), “Informe de la Comisión de Reforma del Estado” (2000), parte III, y Carlos Peña G., “El Gasto Electoral y los Derechos Constitucionales” (2002).

una de las funciones del análisis comparado es justamente facilitar la comprensión del debate en que uno está más directamente involucrado: aquí, como en otras cosas, la diferencia permite inteligir mejor la propia identidad. Luego de reseñar los aspectos principales del caso y la decisión de la Suprema Corte de EE. UU. —en el sentido de que las limitaciones al gasto infringen la libertad de expresión, aunque no los límites a las contribuciones—, examinaré algunos puntos de vista francamente críticos a ese fallo, en especial los que pueden encontrarse en autores como Fiss y Dworkin, y algunos aspectos que presenta la evolución de esas reglas en el sistema político norteamericano.

La tercera parte encara el problema de los límites a las contribuciones que las personas puedan hacer a las campañas electorales. Revisaré los puntos de vista más habituales acerca de la libertad de expresión en nuestra práctica legal<sup>4</sup>. Me ocuparé de examinar —bajo la regla chilena— si el dinero es o no un medio expresivo, de manera que el consumo de dinero pueda quedar cubierto por la regla que protege la expresión. Sostendré que el gasto de dinero —apoyando una campaña electoral— no admite ser considerado como una forma de expresión política, aunque sí los bienes de naturaleza expresiva avaluables en dinero. Finalmente examinaré si bajo la regla de igualdad resulta inaceptable o no establecer límites a las contribuciones a una campaña electoral. Sostendré que, en general, las diferencias de dinero son constitucionalmente indiferentes, salvo que alteren un procedimiento que juzga atributos distintos a la riqueza. Concluiré, por lo mismo, que bajo la regla de igualdad no hay razones para impedir límites a las contribuciones.

En la cuarta parte del trabajo indago acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los límites al gasto electoral. Este análisis —para el que me serviré de alguna jurisprudencia emanada del Tribunal Constitu-

---

<sup>4</sup> La dogmática constitucional chilena, quizás debido a una práctica constitucional defectuosa (C. Peña, *Práctica Constitucional y Derechos Fundamentales*, 1996), o de una casuística poco interesante, no se ha ocupado de las diversas concepciones de la libertad de expresión y sus consecuencias en el diseño institucional. La literatura nacional está más bien preocupada del entorno institucional en el que se desenvuelve la libertad de expresión (Cfr. Human Rights Watch, *Los Límites de la Tolerancia: Libertad de Expresión y Debate Público en Chile*, 1998; F. González, *Igualdad, Libertad de Expresión e Interés Público*, 2000), de las restricciones externas que ella padece mediante actos de censura, o de la contribución general de esta libertad al sistema político (P. Ruiz Tagle, “Apuntes sobre Libertad de Expresión y Censura en Chile”, 1997). En todos esos análisis, bajo otros respectos interesantes, no se examina sin embargo qué concepciones alternativas existen de esa libertad y de otros derechos fundamentales que se relacionan con ella. Las excepciones se encuentran en P. Ruiz Tagle, “Debate Público Restringido en Chile, 1980-1988” (1989); L. Sierra, “¿Tenemos Derecho a Ser Aludidos?” (1995).

cional— me permitirá retomar una consideración global acerca de las diversas concepciones de la libertad de expresión a que me había referido en los apartados segundo y tercero. En fin, hacia el final procuraré obtener algunas conclusiones. Sostendré que los límites a las contribuciones en bienes expresivos —la creatividad de un publicista, por ejemplo— no resultan ajustados a la Constitución. Sostendré además que los límites globales al gasto no satisfacen el principio de ponderación de bienes a que obliga la Carta Fundamental. En fin, argumentaré que la distinción entre discurso político y discurso electoral —el primero irrestricto y el segundo sometido a límites— plantea importantes reproches de inconstitucionalidad. En todo el trabajo aludiré con frecuencia al proyecto de ley en actual tramitación<sup>5</sup> procurando examinar si sus disposiciones están o no cubiertas por las reglas constitucionales. Las conclusiones se referirán especialmente a ese proyecto de ley.

## I. El carácter holístico de la interpretación constitucional

Como dije recién, la interpretación constitucional —en verdad toda interpretación— es inevitablemente holística. Cuando usted interpreta una regla en medio de un debate legal, apela a una cierta concepción que la regla realiza y que en interpretaciones alternativas se vería desmembrada. Desde este punto de vista, la interpretación constitucional no se parece en nada a un debate efectuado con perspectiva epistemológica. Desde el punto de vista epistemológico, usted supone que puede compeler a su adversario apelando a una realidad incommovible que, siguiendo un cierto método, podrá poner ante sus ojos. En el debate legal no hay, sin embargo, tal realidad (los enunciados empíricos son sólo auxiliares en el debate legal). El debate legal es más bien hermenéutico. Donde existe un debate legal existe un conjunto de concepciones al interior de las cuales usted debe justificar su lectura de la regla en cuestión. La interpretación de una regla en un cierto sentido lo compromete con una cierta concepción política o moral; la concepción política o moral a la que usted apele lo conduce, muy de cerca, a una cierta interpretación de la regla<sup>6</sup>. Por supuesto, en general

---

<sup>5</sup> Mensaje 81-344, del 4 de julio de 2001, presentado al Senado. He preferido mostrar los aspectos más conceptuales del análisis suprimiendo, en los primeros apartados, las referencias detalladas a ese texto. Hacia el final se examina el proyecto —echando mano a esos argumentos— en detalle.

<sup>6</sup> La distinción entre perspectiva epistemológica y hermenéutica —tal cual la presenta el texto— pertenece a R. Rorty, *La Filosofía y el Espejo de la Naturaleza* (1995) y ha sido destacada también por Ch. Taylor, “Overcoming Epistemology” (1997) y H. Putnam, *Reason, Truth and History* (1981). Esa distinción puede generalizarse hacia el análisis legal. Cfr.

las reglas constitucionales no establecen directamente una concepción política, sino que usan generalmente conceptos (usan, por ejemplo, la palabra democracia, pero no explicitan qué hemos de entender por democracia). En general, la práctica jurisprudencial va configurando ciertas concepciones admisibles bajo esos conceptos, de las que se derivan otras concepciones y de las cuales pueden derivarse interpretaciones de reglas. Eso es lo que quiso decir Dworkin cuando sugirió que el derecho era como una novela legal en serie, escrita por múltiples manos sucesivas: cuando usted decide un caso, está decidiendo el curso del argumento en su conjunto de una manera que es dependiente del tipo de decisiones que fueron adoptadas antes de usted. Su decisión modifica la práctica; pero es, al mismo tiempo, un resultado de ella. Si varias manos escribieran *Crimen y Castigo* y el autor anterior a usted hubiera descrito ya la culpa de Raskolnikov, usted, en el siguiente capítulo, deberá desenvolver el argumento de una manera consecuente con esa culpa. Usted puede, por cierto, hacer evolucionar esa culpa disponiendo que el amor la redime, por ejemplo; pero no podrá olvidarla en el relato que invente.

## II. La libertad de expresión y la regulación de las campañas electorales: El debate en torno al caso Buckley versus Valeo

La relación entre la financiación de campañas electorales y la libertad de expresión ha sido ampliamente reconocida no sólo en Estados Unidos sino también en Alemania. En el caso de Alemania —se ha dicho— el artículo quinto de la Constitución, reforzado por la sección diez de la Convención Europea de Derechos Humanos, “ha favorecido un prejuicio a favor del *laissez faire*”<sup>7</sup>. A ello se suma que el Tribunal Constitucional ha defendido con fuerza, como parte de la participación política, el derecho del ciudadano al apoyo financiero<sup>8</sup>. En el caso de Inglaterra existen límites a los gastos de las circunscripciones, pero no existen límites al gasto a nivel nacional. Todo ello significa, en la práctica, como se ha dicho, que no hay límites al gasto atendido el fenómeno de nacionalización de la política: todas las elecciones tienden a ser nacionales<sup>9</sup>. En el caso de España hay

---

Carlos Peña G., “Putnam y las Mil Caras de la Realidad” (2000). Una concepción semejante puede encontrarse en Dworkin y su idea de la novela legal en serie (*Los Derechos en Serie*, 1995). Alexy ha llamado también la atención acerca de esa característica a propósito de la distinción entre tener un derecho y las razones para tenerlo. Cfr. R. Alexy, “Derecho, Razonamiento Jurídico y Discusión Racional” (1993).

<sup>7</sup> P. Pulzer, “El Financiamiento Político en Alemania” (2000), p. 114.

<sup>8</sup> G. Bverf, 14 de julio de 1986, 73/2, p. 40, citado en Pulzer, *ibídem*, p. 114.

<sup>9</sup> V. Bogdanor, “El Financiamiento Político en Gran Bretaña” (2000), p. 165.

límites a las donaciones electorales privadas, aunque ellas alcanzan no más allá del 5% del gasto<sup>10</sup>. En el caso de Canadá se han impuesto límites al gasto global y no, en cambio, a las donaciones<sup>11</sup>. El panorama de los países latinoamericanos es variado. En materia de financiamiento privado, de 19 países iberoamericanos, sólo 4 no poseen regulaciones al respecto (Chile, El Salvador, Guatemala y Panamá). De los que poseen regulaciones, son pocos los que establecen límites a las donaciones privadas. Se citan los casos de Brasil, Colombia y México<sup>12</sup>.

Con todo, como dije al comenzar, el caso *Buckley versus Valeo* proporciona quizá la mejor oportunidad para examinar el problema que plantea la libertad de expresión enfrente de los límites al gasto electoral. Ese examen puede contribuir también —mutatis mutandis— a examinar los alcances de un probable reproche de inconstitucionalidad al proyecto de ley en actual tramitación en Chile<sup>13</sup>. En ese caso —altamente controvertido— la Suprema Corte de los EE. UU. declaró inconstitucionales los límites al gasto en las campañas electorales, aunque no los límites a las contribuciones.

El diseño institucional para la regulación de las campañas electorales en actual vigencia en los Estados Unidos de América emergió en 1974 —luego de Watergate—, cuando el Congreso aprobó una serie de sustanciales enmiendas a la *Federal Election Campaign Act* de 1971 (que suele denominarse bajo la abreviatura FECA, convención que seguiremos aquí). Estas enmiendas, en lo fundamental, establecieron la *Federal Election Commission* con el fin de apoyar una variedad de nuevas reglas. Esas reglas incluyeron el financiamiento público opcional para las campañas presidenciales; total transparencia de las contribuciones y gastos de las campañas; establecimiento de límites al gasto en las campañas presidenciales; y restricciones a las contribuciones personales. Esta serie de enmiendas fue

---

<sup>10</sup> H. Díaz Santana, “Experiencia con el Financiamiento de los Partidos Políticos en España” (2000), p. 196.

<sup>11</sup> F. Palda, “Regulación del Financiamiento Electoral: Lecciones de Canadá y los Estados Unidos” (2000), p. 254.

<sup>12</sup> D. Zobatto, “La Financiación Política en Iberoamérica. Una Visión Preliminar Comparada” (s/f).

<sup>13</sup> Este debate ya fue planteado en Chile. El Tribunal Constitucional decidió que limitar el mercado de los medios de comunicación social —con el fin de asegurar el pluralismo— era inconstitucional. El Tribunal esgrimió un argumento de interés que examinaremos más adelante: una limitación semejante, dijo, lesionaría la autonomía de los cuerpos intermedios. Es éste un argumento que puede ser entendido como una defensa liberal de la libertad de expresión (lo que supone entender los cuerpos intermedios como una forma asociativa que es resultado de la autonomía individual) o como un argumento de tinte más corporativo (que hipostasía los cuerpos intermedios). Ya veremos que es la primera interpretación la más benevolente con el conjunto del argumento. T. C., rol 226.

considerada, por la corte que conoció inicialmente el caso, la más comprehensiva reforma aprobada por el Congreso en materia de elecciones federales<sup>14</sup>.

Bajo el liderazgo del senador James Buckley, un grupo de demandantes alegó que las reformas aprobadas eran violatorias de la primera enmienda de la Constitución Federal. Los demandantes alegaron que limitar el uso del dinero para propósitos políticos equivalía a restringir la comunicación en una forma que infringía la primera enmienda, “desde que todas las comunicaciones políticas significativas envuelven, en las condiciones modernas, gasto de dinero”, de suerte que limitar el uso del dinero importaba, inevitablemente, limitar la expresión. Alegaron, también, que la exigencia de exhibir las fuentes de sus gastos contravenía su derecho a asociarse libremente<sup>15</sup>. Otros argumentos —como que los subsidios violaban la cláusula general de bienestar o que la composición de la FECA era también inconstitucional— no los consideraremos aquí.

La Corte de Apelaciones —adonde fue enviado el caso por decisión del juez de distrito— rechazó en su mayor parte las argumentaciones de Buckley. La Corte encontró un “claro y apremiante interés (*a clear and compelling interest*) en preservar la integridad del proceso electoral”. Sobre esa base consideró adecuadas las limitaciones que la reforma establecía. Al recurrir a la Suprema Corte, los apelantes reiteraron sus argumentos.

La Suprema Corte comenzó declarando un conjunto de principios generales establecidos por la práctica jurisprudencial, que resulta de interés recordar aquí<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> 171 US App. DC 172, 182,519 F.2d, 821, 831 (1975).

<sup>15</sup> US Supreme Court, Buckley versus Valeo, 424 US 1 (1976). (Éstas y todas las traducciones del inglés en este artículo, y sus errores, son míos.)

<sup>16</sup> En esta parte quizá resulte útil referirse someramente a la estructura con que se decide un caso en la práctica norteamericana. Agradezco a Rodolfo Figueroa la totalidad del contenido de la nota que sigue:

Quando uno se enfrenta a la Constitución en la tradición constitucional de EE.UU., debe tener en mente algunas preguntas. Las preguntas son las propias del *common law system*: 1. ¿Hay un caso anterior que fije el estándar de revisión para este caso? 2. Si lo hay, ¿se debe aplicar a este caso o no? Si no, 3. ¿Cuál es el estándar de revisión que hay que aplicar? Ese estándar determina el tipo de razones que son admisibles para el gobierno (federal o estatal) para justificar la regla en cuestión e intervenir en la libertad de los ciudadanos. En EE.UU., el tema central de la jurisdicción constitucional es: intervención del gobierno (el tipo de interés y justificación) vs. libertad de los ciudadanos. 4. ¿Tiene el recurrente un derecho en el caso específico que hay que resolver?

Un ejemplo. Si en la tradición continental nos preguntamos si la eutanasia está permitida por la Constitución, las preguntas que nos haremos son: qué significa el derecho a la vida, qué implica ese derecho a la vida, qué implica no autorizar la eutanasia, cuántos tipos de eutanasia existen y qué consecuencias se siguen de ello, etc. Éstas son preguntas teórico-filosóficas que creemos son necesarias para interpretar la Constitución.

La discusión de temas públicos y el debate sobre las calificaciones de los candidatos son parte integrante, dijo la Corte, del sistema de gobierno democrático. La primera enmienda concede la más amplia protección en orden a provocar un muy amplio intercambio de ideas acerca de los cambios políticos y sociales deseados por el pueblo (Roth v. United States, 354 US 476, 484 [1957]). Aunque la primera enmienda concede una protección que no está restringida a la exposición de ideas (Winter v. New York, 333US 507, 510 [1948]), hay prácticamente un acuerdo universal en que el mayor propósito de esa enmienda fue proteger la libre discusión de los asuntos gubernamentales, incluyendo, por supuesto, la discusión de los candidatos (Mills v. Alabama, 384, US, 214, 218 [1966]). Esto, continúa la Corte, no es más que un reflejo de un profundo compromiso nacional hacia el principio según el cual el debate de temas públicos debe ser “desinhibido, robusto e irrestricto” (New York Times Co v. Sullivan, 376 US 254,270 [1974]). En una república donde las personas son soberanas, la habilidad de los ciudadanos para hacer elecciones informadas entre los candidatos es esencial, la identidad de aquellos que son electos configurará inevitablemente el curso de la nación. “Es difícil dudar que esta garantía constitucional tiene su más plena y urgente aplicación precisamente en las campañas políticas” (Monitor Patriot Co v. Roy, 401 US 265, 272 [1971]).

Con todo, la primera enmienda protege a la vez la asociación y la expresión política. El derecho constitucional a asociarse, hecho explícito en NAACP v. Alabama, 357 US, 449, 460 (1958), proviene del reconocimiento de la Corte que “la defensa efectiva de puntos de vista privados y públicos, particularmente de aquellos que son controvertidos, está innegablemente fortalecida por la asociación de un grupo”. Decisiones siguientes han hecho todavía más claro que la primera y la decimocuarta enmienda garantizan la libertad de asociarse con otros para la promoción de ideas y

---

En EE.UU., en cambio, en los casos de eutanasia, la Suprema Corte no se hizo ninguna de estas preguntas. No se preguntó qué es el derecho a la vida ni qué significa, ni la dignidad de la muerte ni nada de eso. Se preguntó, siguiendo el método del *common law*: ¿Tiene el recurrente en este caso particular un derecho a ser desconectado? ¿Qué dicen los casos anteriores, cuál ha sido la tradición? Dado que está prohibida la eutanasia por decisión del gobierno (al aprobar una ley), ¿está el gobierno justificado al aprobar esa ley? La tensión intervención del gobierno vs. libertad del ciudadano, ¿cómo hay que resolverla? Eso dependerá del estándar de revisión. ¿Cuál debe ser el estándar de revisión para ese caso específico? Si el estándar es *strict scrutiny*, entonces el Estado debe exhibir un *compelling interest* para intervenir en la libertad de los ciudadanos. ¿Lo tiene? Si lo tiene, entonces la regla se justifica y es constitucional. Si no lo tiene, la regla es inconstitucional. Pero si el estándar de revisión no es *strict scrutiny* sino únicamente *rational basis*, entonces cualquier razón para intervenir es una razón válida. Por tanto, el recurrente debe demostrar que no existe ninguna razón, o sea, que la ley es irracional. ¿Logró demostrarlo? Si lo logró, entonces la ley es inconstitucional. Si no lo logró, entonces no lo es.

creencias, una libertad que incluye el derecho de asociarse al partido político que uno prefiera (Kusper v. Pontikes, 414 US, 477, 487 [1975])<sup>17</sup>.

Sobre la base de ese conjunto de consideraciones, la Suprema Corte decidió que el uso de dinero era un caso de libertad de expresión y no, en cambio, una mera conducta sometida a regulación de la ley. La Corte no consideró, tampoco, que el gasto de dinero en las campañas estuviera cubierto por un derecho de propiedad (*property rights*). Estas dos alternativas rechazadas o no consideradas por la Corte establecían menos barreras constitucionales que la primera enmienda. Ahora bien, al someter a examen de constitucionalidad las reformas decididas por el Congreso bajo la primera enmienda, la Suprema Corte distinguió entre las *contribuciones a las campañas*, por una parte, y el *gasto en las campañas* electorales, por la otra.

Tratándose de las *contribuciones*, la Corte declaró que la limitación a las contribuciones restringía muy marginalmente la libertad de expresión —el dinero poseería para el contribuyente un bajo poder comunicativo— y en cambio contribuía a la integridad del proceso electoral en su conjunto:

Una limitación sobre el monto con que una persona o grupo podría contribuir a un candidato o a un comité político importa —dijo la Corte— sólo una restricción marginal en la habilidad del contribuyente para comprometerse en una comunicación libre. Una contribución —dijo— sirve como expresión general de apoyo al candidato y sus ideas; pero no comunica las bases subyacentes en ese apoyo. La cantidad de comunicación del contribuyente no se incrementa perceptiblemente con el tamaño de su contribución, desde que la expresión en este caso descansa, solamente, en un acto simbólico e indiferenciado de apoyo. Más aún —dijo la Corte—, el tamaño de la contribución provee un muy tosco índice de la intensidad del apoyo del contribuyente a su candidato. Una limitación sobre el monto de dinero que una persona podría dar a un candidato o a una organización de campaña envuelve pequeñas restricciones sobre su comunicación política [...], pero no de una manera que infrinja el derecho del contribuyente de discutir candidatos y temas asociados. Las contribuciones se transforman en debate político, no lo constituyen en sí mismas [...]. (US Supreme Court, Buckley versus Valeo, 424 US, 1976.)

Los límites a las contribuciones —que dañan muy marginalmente la expresión— están además animados por un interés público muy relevante al evitar las oportunidades de corrupción o las apariencias de corrupción.

La Corte no consideró que las limitaciones a las contribuciones fueran discriminatorias —porque favorecerían, afirmaban los apelantes, más a

<sup>17</sup> La decisión del caso Buckley, como veremos de inmediato, distinguió entre límites a las contribuciones, que estimó lícitos, y límites a los gastos, que, en cambio, estimó ilícitos.

los candidatos titulares que a los candidatos desafiantes. No hay evidencia empírica, dijo la Corte, de que esto ocurra porque los desafiantes suelen ser personas muy bien conocidas e influyentes en su comunidad o estado. Estadísticas indican que no hay diferencias apreciables, dignas de consideración, entre la capacidad para obtener dinero de los aspirantes y de los titulares. Además, dijo la Corte, en ambos casos comparece el interés público de evitar la corrupción o la apariencia de ella:

Desde que el peligro de corrupción o la apariencia de corrupción se aplica con igual fuerza a los aspirantes y a los titulares, el Congreso tiene una muy amplia justificación para imponer la misma limitación sobre ambos.

En lo que respecta a los *gastos*, y en lo que interesa aquí, la Corte examinó dos aspectos. De una parte, examinó una cierta vaguedad inconstitucional en el tipo de discurso cuyo financiamiento estaba limitado (“gasto relativo a un candidato claramente identificado”, sección 608 de la FECA, 1971); de otra parte, dilucidó si acaso el límite al gasto global estaba o no permitido por la primera enmienda.

Respecto de lo primero, la Corte dijo que

El uso indefinido de una frase como “relativo a” un candidato no logra delimitar claramente la frontera entre la expresión permitida y la que no [...]. Una distinción tal —dijo la Corte citando un precedente<sup>18</sup>— no ofrece seguridades para la libre discusión.

Respecto del segundo aspecto que se acaba de identificar —la constitucionalidad del establecimiento de límites al gasto en su conjunto—, la Corte consideró que el legítimo interés gubernamental en evitar la corrupción o la apariencia de corrupción no era suficiente para justificar los límites:

La primera enmienda deniega al gobierno el poder para determinar que el gasto para promover un punto de vista político es superfluo, excesivo o imprudente. En una sociedad libre ordenada por nuestra Constitución no es al gobierno, sino al pueblo —individualmente como ciudadanos y candidatos y colectivamente como asociaciones y comités políticos— a quien corresponde el control sobre la cantidad y rango del debate acerca de temas públicos en una campaña política.

Estas prescripciones establecen directas y substanciales restricciones sobre la habilidad de los candidatos, ciudadanos y asociaciones

---

<sup>18</sup> Thomas versus Collins, 323 US 516 (1945).

para comprometerse en una expresión política, restricciones que la primera enmienda no puede tolerar.

El fallo que se acaba de reseñar ha dado origen a un conjunto sorprendente de artículos y comentarios. Algunos han esgrimido un argumento igualitario y han sostenido que la regulación de una campaña electoral no sólo debe poner el acento en evitar la corrupción o la apariencia de corrupción, sino también en la igualdad<sup>19</sup>. La corrupción, se ha dicho, es un objetivo secundario; donde hay corrupción hay graves desequilibrios previos en los grupos que participan del proceso político<sup>20</sup>. El foro público que subyace en la idea democrática, se ha dicho por otra parte, hace depender a la libertad de expresión de alguna forma particular de propiedad sobre los medios. Una concepción distinta de la libertad de expresión la hace reposar sobre la ficción de que la actividad expresiva se desenvuelve en las calles y los parques<sup>21</sup>. Algún autor ha sostenido que los límites a las campañas electorales han sido mal enfocados sobre la base de esgrimir valores como la libertad o la igualdad, cuando en verdad se trata de proteger la calidad de la representación política. En ausencia de límites, esa calidad decrece porque transforma a los políticos en buscadores de fondos<sup>22</sup>. Se ha dicho también que si la Corte consideró inaceptables los límites al gasto, ellos no podrían ser establecidos ni siquiera voluntariamente. El gobierno no podría dar beneficios bajo la condición de que el beneficiario abdique a un derecho constitucional<sup>23</sup>.

Todos esos argumentos —y otros que podrían agregarse— dependen, según veremos, de alguna concepción más general relativa a la comunidad política en su conjunto. Como anticipé, este tipo de problemas constitucionales debe ser resuelto haciendo explícitas las ideas más generales que inspiran esas conclusiones.

Como ha sostenido Owen Fiss, la defensa de los límites al gasto —u otras medidas similares en materia de libertad de expresión— puede, en contra de la decisión en *Buckley versus Valeo*, ser emprendida en nombre de dos valores: la igualdad, por una parte, y la libertad, por otra parte. El

<sup>19</sup> L. Bevier, "Money and Politics. A Perspective on the First Amendment and Campaign Finance Reform" (1985).

<sup>20</sup> D. Strauss, *Corruption, Equality and Campaign Finance Reform* (1994).

<sup>21</sup> J. M. Balkin, "Some Realism About Pluralism: Legal Realist Approaches to the First Amendment" (1990). El argumento, como veremos, es desenvuelto más tarde por Fiss (1997).

<sup>22</sup> V. Blasi, "Free Speech and the Widening Gyre of Fund Raising: Why Campaign Spending Limits May Not Violate the First Amendment After All?" (1994).

<sup>23</sup> K. Levit, "Campaign Finance Reform and the Return of *Buckley versus Valeo*" (1993).

liberalismo actual, sugiere Fiss, abraza por igual tanto el valor de la igualdad como el valor de la libertad; aunque no parece claro en base a qué criterio deberíamos poder optar en un caso a favor de uno y en otro a favor del valor distinto.

La libertad y la igualdad pueden ser presentadas, entonces, como valores competitivos, como dos posibilidades en un juego de suma cero. Conforme a este punto de vista —que posee una muy amplia repercusión constitucional—, adoptar una decisión de amplio alcance supone siempre una elección trágica o un compromiso inestable entre esos dos valores últimos. Aspirar a realizarlos conjuntamente equivaldría a desconocer que, como sugirió Berlin, “siempre perdemos”. Si usted es un campeón de la libertad —usted cree que no hay mal más definitivo que la injerencia no consentida—, entonces es, en algún sentido, un rival de la igualdad. Si, en cambio, usted cree que lo verdaderamente repugnante es la desigualdad, entonces se enemista, en algún nivel, con la libertad. La política, sin embargo, equivaldría a eludir las elecciones trágicas para preferir, en cambio, los compromisos incómodos. Owen Fiss ha presentado este dilema en el caso de la libertad de expresión de una manera sencilla y elegante:

Puede parecer entonces que hemos llegado a un callejón sin salida. No podemos evitar el problema planteado por la regulación estatal de las expresiones de odio, de la pornografía y de la financiación de las campañas electorales expulsando de la ecuación el elemento expresivo, y, por otra parte, no tenemos una manera fundamentada de resolver el conflicto entre libertad e igualdad. En consecuencia, los liberales se hallan divididos, casi en guerra —unos dando preferencia a la libertad, y otros a la igualdad. Quizás tengamos que vivir en este lamentable estado de cosas, pero tal vez pueda haber otra manera de articular el problema que vaya más allá de esta batalla entre valores trascendentales. Quizás sea posible ver las regulaciones en cuestión como medidas que promueven la libertad de expresión, en lugar de restringirla<sup>24</sup>.

¿En qué sentido puede ser vista la regulación —el establecimiento de límites al gasto electoral— en contra del fallo Buckley versus Valeo, como una medida que promueve la libertad de expresión?

En la literatura es posible encontrar dos versiones de esta estrategia, una estrategia, como digo, consistente en sostener que los límites al gasto u otras formas de regulación, en vez de coartar la libertad de expresión, la

---

<sup>24</sup> O. Fiss, *La Ironía de la Libertad de Expresión* (1999), p. 27.

promueven. Una de estas estrategias ha sido sostenida por Owen Fiss en un libro breve pero seductor. La expresión, sugiere Fiss, no sólo posee un efecto expresivo, no sólo provoca que usted o yo podamos extravertir nuestras ideas acerca de los demás, nosotros mismos o el mundo, intentando seducir a otros para que, también, las hagan suyas. La expresión poseería, además, un efecto silenciador. Cuando alguien habla —en un medio televisivo u ocupa un espacio en la prensa—, hay alguien que, atendida la escasez, quedará inevitablemente en silencio.

Los gastos electorales ilimitados —argumenta Fiss— no sólo perpetúan la distribución desigual de la riqueza y colocan al pobre en situación de desventaja en la arena política, sino que también pueden tener el efecto de silenciar al pobre. El rico puede, por ejemplo, dominar el espacio publicitario en los medios de comunicación y en otros ámbitos públicos hasta tal grado que el público, de hecho, sólo oiga su mensaje. En consecuencia, la voz de los menos ricos puede quedar ahogada simplemente<sup>25</sup>.

A menudo pensamos, sugiere Fiss, que la libertad de expresión compromete valores autoexpresivos, es decir, nada más que las ideas o emociones que usted o yo queremos enajenar mediante la palabra o mediante una u otra forma de discurso. Si sólo estuvieran comprometidos en el problema valores autoexpresivos, por supuesto la intervención gubernamental sería siempre arbitraria. Cualquiera intervención del Estado importaría violar la neutralidad de contenido, supondría la expresión de un contenido en vez de la expresión de otro, supondría considerar que alguna expresión es intrínsecamente mejor que otra. El Estado, en esa hipótesis, no hay duda, infringiría su deber de brindar un trato igual a todos los ciudadanos. Pero en el caso de las regulaciones —v. gr. las regulaciones de las campañas electorales— el Estado no intenta arbitrar entre los intereses autoexpresivos de los diversos grupos, no intenta decir cuál es mejor o cuál peor, “sino que trata de establecer las precondiciones esenciales para el autogobierno colectivo, asegurando que todos los puntos de vista sean expuestos al público [...]. A veces debemos aminorar las voces de algunos para poder oír las voces de los demás”<sup>26</sup>. No se trata, tampoco, de que el Estado tenga un interés especial en el contenido autoexpresivo de los grupos con voz débil o que los ayude en mérito a algún criterio de justicia correctiva<sup>27</sup>. El interés del Estado está centrado en favorecer las condiciones del autogobierno colecti-

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>27</sup> Esos puntos de vista fundarían alguna forma de discriminación positiva y no es el caso.

vo que exigen que todos tengan una oportunidad plena e igual de participar en el debate público, en ese debate que deber ser “desinhibido, robusto e irrestricto”. El interés que promueve el Estado no se relaciona, entonces, cuando establece regulaciones, con el interés de ninguno de los grupos en competencia, sino con el interés de la audiencia<sup>28</sup>.

Un argumento similar al de Fiss ha sido elaborado por Schauer y Pildes<sup>29</sup>. Si bien el argumento carece de la elegancia del expuesto por Fiss, puede ser interpretado, sin embargo, de manera de conferirle mayor vigor conceptual. Schauer y Pildes han sostenido que la primera enmienda, como cualquier otra regla o principio constitucional, tiene límites externos e internos. Las limitaciones externas equivaldrían a aquello que solemos denominar “conflictos de derechos”. En este caso, la libertad de expresión colisiona con algún otro valor distinto como el honor, la privacidad o la igualdad. Cuando la Suprema Corte esgrime algún *compelling interest* para limitar alguna expresión —la seguridad nacional, por ejemplo—, está aplicando un límite externo a la libertad de expresión. Los límites externos supondrían alguna ponderación de intereses recogidos en reglas distintas bajo algún criterio cercano al de Pareto, como ha sugerido Alexy<sup>30</sup>. Distinta es la situación de los límites internos. Un límite interno tiene un ligero aire de contradicción performativa: un derecho no puede ser dotado de coercibilidad cuando ello niega las razones de su existencia. El argumento tiene varias lecturas, como es evidente. Desgraciadamente los autores no explicitan ninguna. Visto como una contradicción performativa, el argumento supone una particular concepción de la libertad de expresión. Sólo si la libertad de expresión tiene por objeto asegurar las condiciones para el autogobierno colectivo, no puede ser esgrimida si, al esgrimirla de manera absoluta, ese tipo de autogobierno se ve gravemente desmedrado<sup>31</sup>. El argumento de Schauer y Pildes —entendido bajo la forma de contradicción

---

<sup>28</sup> Por supuesto, para que el argumento de Fiss funcione, la palabra audiencia debe ser entendida (aunque Fiss no se ocupa del punto) en el sentido del pragmatismo de Peirce o Putnam. O, si se prefiere, como una versión del “público de lectores” de Kant. De otra manera no sería posible distinguir el interés de la “audiencia” del interés de los individuos que la componen.

<sup>29</sup> Schauer y Pildes, “Electoral Exceptionalism” (1999).

<sup>30</sup> Si la norma N restringe la libertad de expresión a favor de la intimidad, pero existe la norma N' que protege la intimidad sin lesionar, o lesionando menos, la libertad de expresión, entonces N es inconstitucional. Si de dos normas —N y N'— una protege la intimidad lesionando la libertad de expresión, pero la otra la protege dejando a los restantes derechos iguales, entonces la primera es inaceptable constitucionalmente. La Corte Europea, por aplicación de la Convención de Roma, ha aplicado este tipo de test, de aire paretiano, a la regulación de derechos constitucionales.

<sup>31</sup> El argumento tiene, por supuesto, otras varias lecturas. Pero no insistiré en ellas aquí por ahora.

performativa— no funciona, en cambio, si se concibe a la libertad de expresión como una manifestación de autonomía personal o individual: no hay contradicción performativa alguna en ese caso. Con todo, hay otras lecturas de ese argumento. Usted puede entender ese argumento como una aplicación de la tragedia de los comunes (supongo que incluso un liberal extremo y clásico estaría dispuestos a oír a Hume en este caso). El espacio o ámbito de expresión puede ser visto, si todos pudieran pagar, como una propiedad comunal que, al sobreexplotarse, por no haber regulación, conduce a los individuos a la miseria (en este caso al silencio). Según este argumento, incluso si usted concibe a la libertad de expresión como una mera expresión de la autonomía individual, debería estar dispuesto a ciertas regulaciones —por ejemplo, limitar los gastos de la campaña— para evitar la tragedia de los comunes. Es obvio que todavía el argumento de Schauer puede estilizarse presentándolo como un argumento kantiano. La afirmación de la libertad de expresión a ultranza no podría ser universalizada.

Dworkin ha sostenido que en el debate acerca del caso Buckley versus Valeo —o, más generalmente, en el debate acerca de los límites al gasto electoral— se encuentran dos versiones distintas de la democracia<sup>32</sup>. Por una parte, la versión mayoritaria o populista de la democracia y, por la otra, una versión de la democracia como compañerismo. En la primera de esas versiones, la democracia consiste en un sistema tal en el que las decisiones que se adoptan son aquellas que coinciden con los intereses actuales del mayor número posible de personas o en el que las decisiones se adoptan en base a aquellas preferencias que las personas mantienen luego de un procedimiento informado y abierto. En la segunda de esas versiones, la democracia es vista más bien como una empresa conjunta de autogobierno colectivo. Mientras en la primera versión los ciudadanos son vistos como jueces que cada cierto tiempo emiten un veredicto informado acerca de quienes desempeñan cargos públicos, en la segunda versión los ciudadanos son también participantes de aquello que juzgan, puesto que mediante el diálogo político configuran sus propias preferencias. En la segunda versión de la democracia no hay distancia epistemológica entre los ciudadanos que juzgan y los que son juzgados; unos y otros, mediante el diálogo, configuran aquello que, cada cierto tiempo, revisan y juzgan de nuevo.

La Suprema Corte, en el caso Buckley versus Valeo, al rechazar los límites al gasto electoral endosó una concepción de democracia del primer tipo, una concepción mayoritaria o puramente agregativa de democracia. “En la sociedad libre ordenada por nuestra Constitución”, dijo, “no es el

---

<sup>32</sup> Cfr. R. Dworkin, *Freedom's Law* (1996); con todo, en especial, véase R. Dworkin, “Free Speech and the Dimensions of Democracy” (1999).

gobierno, sino el pueblo —individualmente como ciudadanos y candidatos y colectivamente como asociaciones y comités políticos— quien tiene que retener el control sobre la cantidad y rango del debate acerca de temas públicos en una campaña electoral”. Conforme a esta concepción, imponer límites significaría un caso de paternalismo intolerable. Importaría pensar que el gobierno cree que los ciudadanos podrían elegir mejor o más claramente si el gobierno pone límites a aquello que pueden oír. Para la concepción de la democracia como compañerismo o autogobierno colectivo, en cambio, no hay nada reprochable en una regulación de esa índole. Una regulación en el monto del gasto se justificaría en un principio independiente de las preferencias de los ciudadanos individuales, un principio que no se relaciona con el contenido de las opiniones, sino con la equidad y la calidad del debate que debe ser llevado adelante. Si, como lo sugiere la concepción mayoritaria, el único momento de normatividad es la agregación de preferencias, entonces es intolerable que, *ex ante* esa agregación, se limite la cantidad de expresión. Si, en cambio, el ideal del autogobierno colectivo es una fuente de normatividad, entonces es correcto que, apelándose a ese ideal —un ideal neutro respecto de las preferencias en juego y que logra integrarlas a todas con respeto al principio de neutralidad—, el Estado pueda establecer regulaciones o límites.

El caso de los límites al gasto en las campañas electorales es un caso de lo que vengo diciendo. Dilucidar, bajo el amparo de la libertad de expresión, si ha de haber o no límites al gasto y si se trata o no de una medida constitucionalmente admisible, supone discutir cuestiones más amplias. A fin de cuentas, se trata de debatir en torno a ideales regulativos, anhelados, estilizados, que orientan el diseño de nuestras instituciones. Por supuesto, el diseño institucional no se agota en estos ideales regulativos. Justamente porque son regulativos deben ser permanentemente corregidos por la evidencia, falible, que surge de los hechos. A veces un diseño institucional bien inspirado puede producir efectos que nieguen y desmientan esa inspiración<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> La evolución electoral norteamericana, luego del caso Buckley versus Valeo, muestra, hasta cierto punto, en qué forma los diseños constitucionales pueden alentar conductas que acaben desmintiendo los propósitos originales. La decisión del caso Buckley versus Valeo dejó incólumes la obligación de transparencia o escrutinio de fondos y el límite a las contribuciones. La evolución histórica muestra, sin embargo, que esos límites han sido progresivamente sobrepasados mediante un conjunto de conductas alentadas por la propia regulación. No es el propósito de este artículo emprender ese análisis, un somero relato será suficiente. Los límites se han eludido básicamente mediante tres estrategias: los PAC (Political Action Committee), la promoción de temas específicos (*issue advocacy*) y el dinero blando (*soft money*). Se agregan todavía las organizaciones no gubernamentales.

Como un efecto de los límites a las contribuciones electorales, las lealtades y las contribuciones fueron transferidas, inicialmente, desde los partidos o los candidatos, a los

### III. El consumo de dinero y la política: Las contribuciones a las campañas electorales ¿pueden ser limitadas?

En el caso de Chile el debate constitucional no suele ser políticamente consciente, en el sentido hermenéutico que se ha venido sosteniendo hasta aquí. La interpretación de derechos constitucionales no se vincula explícitamente con concepciones políticas más generales a cuya luz se efectúa. Con todo, la vinculación entre unos y otras, como se ha visto ya, parece indesmentible.

Dedicaré este apartado a examinar el caso de las contribuciones a las campañas electorales, es decir, el gasto de dinero, o de bienes evaluables en dinero, que un particular —sea persona natural o jurídica— hace para apoyar a una campaña electoral de un candidato. El apartado siguiente se

---

PAC, los comités de acción política, organizaciones creadas en 1943 por trabajadores y otros grupos de presión para esconder u ocultar a grandes financistas (*fat cats*). Los PAC permiten eludir los límites a las contribuciones al multiplicar artificialmente la cantidad de donantes. En el período 1974-1984 se multiplicaron de 608 a 4.009 y su contribución a los candidatos al Congreso creció desde 22,6 millones de dólares el año 1976, hasta 111,5 millones el año 1984.

La abogacía de temas específicos es otra forma de eludir los límites. La promoción de temas específicos que no importan un llamado electoral directo escapa al control de la FECA y supone un ámbito de absoluta desregulación. Estimaciones indican que el año 1996 se gastó por esta vía una suma cercana a 150 millones de dólares. Para el año 1998, hay estimaciones de entre 275 y 340 millones de dólares. Como es obvio, no todo discurso político es propaganda electoral y, por esa vía, hay discursos con fuerte impacto electoral carentes de toda regulación.

Además de lo anterior, se encuentra el *soft money*, el dinero blando. El concepto de dinero blando reposa sobre la distinción entre procesos federales y procesos nacionales. El dinero blando es dinero que se canaliza en los procesos de cada estado que no poseen significación directa desde el punto de vista federal; aunque sí poseen una gigantesca influencia desde el punto de vista del proceso político. Este tipo de dinero —asociado a procesos electorales federales por la vía, por ejemplo, de invertirse en objetivos nacionales que interesan al candidato federal— no tiene límite alguno desde el punto de vista de su contribución.

En fin, en el sistema electoral ha sido posible observar todavía el surgimiento de múltiples organizaciones sin fines de lucro que captan recursos y promueven ideas bajo el amparo de la primera enmienda, y que al no estar constituidos como PAC, escapan al control de la FECA. Cfr. F. Sorauf, “What Buckley Wrought” (1999).

Se ha sostenido también que la regulación a las campañas electorales en los Estados Unidos —luego del caso Buckley versus Valeo—, al desconocer el efecto del dinero sobre el sistema político, ha exacerbado los problemas que pretendía resolver y creado nuevos problemas. Se ha observado, por ejemplo, que los límites a las contribuciones han privilegiado la entrada de candidatos con fortuna personal; han favorecido a las elites que disponen de atributos que no son equivalentes al dinero, pero que tampoco son directamente políticos; ha estimulado la influencia de los grupos de interés —favoreciendo una política subterránea— en desmedro de los actores políticos explícitos, en suma, la regulación habría perjudicado al pueblo común y corriente que era, paradójicamente, uno de los objetivos a ser protegidos. Sobre esto, véase B. Smith, *Unfree Speech. The Folly of Campaign Finance Reform* (2001).

referirá al caso más difícil de los límites al gasto. Para efectuar el análisis —y como anuncié ya— me serviré del proyecto de ley en actual tramitación, que es aquel cuya constitucionalidad se intenta juzgar aquí.

El proyecto de ley establece límites a las contribuciones que un particular puede efectuar a una misma candidatura:

[...] ningún candidato o partido político, durante el período de campaña electoral, podrá recibir de un mismo particular o entidad, aportes de campaña electoral que excedan, respectivamente, de 500 ó 900 unidades de fomento (artículo 13, inciso segundo, del proyecto).

El proyecto define lo que entenderá por “aporte de campaña electoral” —aquello susceptible de ser limitado— como los aportes en dinero o valuables en dinero:

[...] se entenderá que constituye aporte de campaña electoral toda contribución en dinero, o estimable en dinero, que las personas naturales o jurídicas de derecho privado efectúen a un candidato o partido político, sea que se materialice bajo la forma de mutuo, de donación, comodato o cualquier acto o contrato a título gratuito, destinado al financiamiento de gastos electorales. (Artículo 8, inciso segundo.)

El análisis de la constitucionalidad de esas reglas puede ser examinado desde varios puntos de vista.

En primer lugar, puede examinarse si acaso el uso de dinero —el consumo de dinero, dicho en términos técnicos— equivale, desde el punto de vista constitucional, a una forma de expresión. Si el uso de dinero constituye una forma de expresión, entonces los límites a su consumo pueden ser examinados bajo la regla del artículo 19, N° 12 de la Constitución. En el mismo sentido, se hace necesario examinar si el consumo de bienes valuables en dinero —pero no el dinero mismo— constituye una forma de expresión cubierta por la Constitución. En segundo lugar, puede examinarse si acaso el uso del dinero está cubierto por el derecho de propiedad. Como es sabido, la Constitución chilena —a diferencia, en esto, de otras cartas constitucionales— se esmera en conceder una muy amplia protección a la propiedad sobre toda clase de bienes corporales e incorporales y al mismo tiempo asegura la libertad para adquirir el dominio sobre toda clase de bienes, sin contemplar, al menos explícitamente, ninguna limitación *ex ante* a la cantidad de bienes que se adquieren. En tercer lugar, puede examinarse el uso del dinero en las campañas electorales bajo la regla de igualdad

constitucional. La regla de igualdad, como veremos, tiene varias implicancias desde el punto de vista constitucional. Una de esas implicancias es sustantiva y alude a la neutralidad que el Estado debe mantener en estas materias. La otra implicancia es procedimental y alude a las características formales de la competencia política. El trato igual obliga a los órganos del Estado a mantener neutralidad respecto del contenido de los mensajes políticos en las campañas políticas. El Estado no puede considerar a ninguno de esos mensajes como intrínsecamente mejor —más útil o más benévolo que cualquier otro. Ese mismo trato igual obliga, sin embargo, a diseñar un procedimiento de competencia que se acerque al ideal regulativo de una carrera meritocrática, donde los atributos de los candidatos y el poder de persuasión de sus ideas sean los factores que decidan la victoria. Bajo cada uno de esos respectos, el debate puede ser iluminado por algunas de las cuestiones consideradas en Buckley versus Valeo y que ya hemos examinado.

### El poder expresivo del dinero

Ante todo, es necesario preguntarse si el consumo de dinero constituye o no un caso de expresión, una forma de enajenar o manifestar las opiniones acerca de los demás o acerca del mundo. Una respuesta positiva a esta pregunta permitiría juzgar los límites a las contribuciones o al gasto electoral desde el punto de vista de la libertad de expresión que, con matices, se recoge en el artículo 19 número 12 de la Carta Constitucional.

El derecho a la libertad de expresión está consagrado en normas internacionales que vinculan al Estado de Chile y que poseen, en la mayoría de los casos, un efecto directo sobre los ciudadanos. La doctrina conviene en que se trata de normas autoejecutorias, normas que, una vez que entran en vigencia, conceden derechos a los individuos sin que sea necesaria una actividad legislativa previa por parte del Estado. El artículo 19 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos consagra el derecho a la libertad de expresión en amplios términos. Incluye el derecho a no ser molestado por las opiniones propias; la libertad de recibir, buscar y difundir informaciones de toda índole por el procedimiento que el titular del derecho escoja. Una regla de contenido similar se encuentra en el artículo 13 de la Convención Americana. Se ha admitido en general que este derecho incluye la propaganda comercial, la expresión puramente simbólica e, incluso, en el extremo, el derecho a guardar silencio.

El Comité de Derechos Humanos, al pronunciarse sobre los alcances del artículo 19 número 2, al que me referí anteriormente, ha expresado que esa regla cubre

Toda forma de ideas subjetivas y opiniones capaces de ser transmitidas a terceros [...], de noticias e información, de expresión comercial y de propaganda, de trabajos de arte, etc.; no debería estar limitado a medios de expresión política, cultural o artística<sup>34</sup>.

Desde el punto de vista jurídico —que en esto arroja conclusiones no muy distintas a las que provee el análisis social—, el dinero es un bien fungible, es decir, uno de aquellos bienes que admiten sustitución perfecta de cara al cumplimiento de las obligaciones. A diferencia de otros bienes —cuya posesión revela características del poseedor y puede estimarse vinculada a su personalidad—, el dinero no posee, *prima facie*, valor de afección, sólo posee valor de cambio. Ésta es una característica que suele ponerse de manifiesto en el análisis social. El dinero es un medio de intercambio que exige muy poco gasto comunicativo, una forma simbólica infiel, indócil a los contextos sociales que le dieron origen y que se presta en cambio para una sustitución casi universal<sup>35</sup>. Mediante el dinero, diversas formas de vida, a veces casi inconmensurables entre sí, pueden, no obstante, cooperar. La abstracción del dinero les permite comunicarse, paradójicamente, sin gasto comunicativo alguno. La presencia del dinero —cuya abstracción es casi un lugar común en las ciencias sociales— es lo que permite la gigantesca expansión del mercado, es decir, de eso que Hegel llamó sociedad civil. Con todo, la economía neoclásica insistiría en que el consumo de dinero (no el dinero en sí mismo, sino su gasto) posee algún valor expresivo en la medida en que el dinero revela la intensidad de las preferencias que tenemos. Cuando usted compra un bien —por ejemplo en una subasta—, el precio que usted se muestra dispuesto a pagar revela con cuánta intensidad usted desea tener ese bien, puesto que al pagar por él

<sup>34</sup> Caso John Ballantyne y otros contra Canadá (doc. A 48 40, parte II, noviembre de 1993), citado en Cecilia Medina (ed.), “La Libertad de Expresión” (1996), p. 151.

<sup>35</sup> Entre los manuscritos económico-filosóficos de 1844 que escribió el joven Marx, y que lo inscriben con toda justicia en el elenco de los más vigorosos pensadores humanistas, hay uno que lleva por título “El Dinero”. En ese texto —plagado de fraseología hegeliana— Marx traza un análisis del dinero conceptualizándolo como una mercancía universal que resume en sí la totalidad del valor de cambio y que, por lo mismo, sirve ilimitadamente para expresar los más disímiles valores de uso. En el dinero se expresan abstractamente, en opinión de Marx, la totalidad de los valores y las necesidades humanas. Esta característica del dinero acentuada por el joven Marx —y en la que se recogen análisis tempranos de Aristóteles y de Smith— da al dinero, como va a insistir luego Simmel, ese perfil inquietante de objeto huidizo, apetecido, que todo permite adquirirlo y que todo lo trastrueca. Son conocidos a este respecto los pasajes del *Timón de Atenas*, de Shakespeare, donde el dinero aparece revestido de esa increíble fuerza que todo lo trastrueca, tornando, en palabras de Shakespeare, blanco el negro, feo al hermoso, bueno al malo, joven al viejo, cobarde al valiente. Un objeto, en fin, que es capaz, insiste Shakespeare, de retirar la almohada de la cabeza al fuerte. Cfr. Marx, *Manuscritos Económico-Filosóficos de 1844* (1965), capítulo “El Dinero”; G. Simmel, “Filosofía del Dinero” (sin fecha).

sacrifica otros bienes alternativos. Todo esto significa que si el dinero tiene algún poder expresivo, ese poder expresivo no es distinto al de un acto general de consumo. Dada una cierta oferta de bienes, usted revela su preferencia cuando lo compra a cambio de un precio y revela la intensidad de su preferencia por los bienes que se muestra dispuesto a sacrificar para adquirirlo. Con todo, entregar dinero a una candidatura es un acto que revela dos preferencias. Por una parte, el deseo de que las ideas y proyectos del candidato donatario sean promovidos; por otra parte, la coincidencia entre las ideas o puntos de vista del donante y los del candidato. Sin embargo —en consonancia con Buckley versus Valeo— puede afirmarse que el valor expresivo del dinero es más bien bajo porque la contribución no es, en rigor, un acto de comunicación política. Es verdad que un observador puede hacer *inferencias* respecto del comportamiento de las personas a partir de sus actos de consumo; pero los actos de consumo carecen de intencionalidad comunicativa del tipo de la que está cubierta por la libertad de expresión. Un acto de apoyo mediante la entrega de dinero revela preferencias, pero no necesariamente las *expresa*. Es verdad que cuando usted consume hamburguesas o comida rápida, yo puedo inferir aspectos muy importantes de lo que usted prefiere en la vida; pero de ahí no se sigue que usted consuma hamburguesas *para* expresar o comunicar esas múltiples dimensiones de su subjetividad<sup>36</sup>.

Lo anterior reposa sobre el hecho —que se ha explicado ya— de que el gasto de dinero no es un acto de comunicación política o un acto expresivo cubierto por el derecho a la libertad de expresión.

#### Los aportes que no son dinero: Su limitación

Con todo, el proyecto instituye también límites a las contribuciones que no son dinero, sino *avaluables en dinero* (art. 8). En este caso surgen problemas de constitucionalidad: hay bienes avaluables en dinero que son directamente expresivos, que constituyen un medio por el cual usted expresa directamente puntos de vista y opiniones. La capacidad intelectual de una persona puesta al servicio de una candidatura, la creatividad de un publicista, las habilidades de una estrella televisiva son avaluables en dinero —a la luz del proyecto constituyen “aporte electoral” sujeto a límites—, pero son formas puras de expresión que no pueden ser limitadas desde el

<sup>36</sup> Como sugiere Putnam, un acto de comunicación requiere intencionalidad. Si una hormiga, por un azar que no es posible comprender, traza en su caminata en la arena una línea que remeda rasgo por rasgo el rostro de Borges, ¿diría usted que la hormiga dibujó el rostro de Borges? Cfr. H. Putnam, *Reason, Truth and History* (1981).

punto de vista constitucional. Quizá usted manifieste su riqueza expresiva poniéndola al servicio de una candidatura en la que cree, en tal caso el establecimiento de límites pone obstáculos a su capacidad directamente expresiva y resulta inconstitucional. Los bienes avaluables en dinero —a diferencia del dinero mismo, como ya se vio— pueden ser directamente expresivos y la circunstancia de poseer un equivalente en dinero no los priva del hecho de constituir actos de comunicación constitucionalmente protegidos.

La precedente diferencia —entre el dinero y otros bienes expresivos avaluables en dinero— plantea severos problemas de consistencia interna. Uno de los objetivos del proyecto, declarados en su mensaje, es el logro de una igualdad relativa entre los competidores. Con miras a ese fin, se instituyen límites a las contribuciones. Pero acabamos de ver que si esa institución de límites desea ajustarse a la Constitución, debe distinguir entre el dinero y otros bienes, sometiendo a límites al primer tipo de contribuciones, pero no al segundo. El resultado —al contrario del objetivo directamente perseguido— es una lesión a la igualdad.

El proyecto no alcanza entonces uno de sus objetivos: la igualdad relativa entre los competidores. Habrá competidores que capten sólo dinero que se verán expuestos a límites; otros que atraigan servicios expresivos no podrían estar sometidos a límites desde el punto de vista de la Constitución. Así, el proyecto no favorece necesariamente la igualdad.

Con todo, y como sugiere el análisis del caso Buckley versus Valeo, lo que se dice de la contribución a una campaña electoral no es posible decirlo, sin más, como veremos, del gasto en que se incurra en esa misma campaña. Los candidatos transforman los actos de consumo de dinero de los contribuyentes en actos de expresión política con plena intencionalidad. Puede entonces afirmarse que la contribución en dinero a una campaña electoral no está cubierta por la garantía de la libertad de expresión, aunque sí el gasto (ya veremos en qué términos). Que no esté cubierta por la libertad de expresión no significa, sin embargo, que esté desprotegida desde el punto de vista constitucional. Todavía puede ocurrir que la contribución a la campaña electoral equivalga a un acto de consumo cubierto y protegido por el derecho de propiedad.

### El dinero y el derecho de propiedad

La Constitución de 1980, como es suficientemente sabido, consagra el derecho *de* propiedad y el derecho *a la* propiedad. Protege los bienes de los que usted es actualmente titular y protege, también, su posibilidad y su

decisión de incorporar bajo su dominio a los que están actualmente fuera de él. Forma parte del derecho de propiedad no sólo la posibilidad de excluir (que es propia de todo *property right*) sino también la facultad de disponer del bien sobre el que recae el derecho de dominio. Se ha entendido, de manera unánime, que la facultad de disposición (si despilfarrar sus bienes u ocuparlos en actividades que la mayoría estima socialmente dignas) es una facultad inherente al derecho de dominio. El derecho de dominio en la Constitución de 1980 está provisto de múltiples garantías. De una parte, está protegido por el principio de legalidad en lo que respecta a los modos de adquirir el dominio y la forma de ejercerlo<sup>37</sup>; de otra parte, la propia Carta Constitucional efectúa una ponderación de bienes *ex ante* cuando se trata de limitar el ejercicio del derecho de dominio<sup>38</sup>; en fin, el derecho de dominio, al igual que el resto de los derechos constitucionales, está protegido por la denominada garantía de la esencia que la Carta de 1980 tomó de la ley de Bonn de 1948<sup>39</sup>. Examinar si las contribuciones a una campaña electoral pueden ser limitadas, supone examinar si bajo la ponderación de bienes que la Carta efectúa —en el inciso segundo del número 24 del artículo 19— es ésta una limitación admisible en el ejercicio del derecho de dominio. En el caso *Buckley versus Valeo*, la Corte argumentó que los límites a las contribuciones a las campañas electorales estaban animados por un “compelling interest”: evitar la corrupción o la apariencia de corrupción. La Corte parece creer que la corrupción o la apariencia de corrupción está vinculada de cerca al monto de las contribuciones. Esto no quiere decir que a mayor monto, mayor posibilidad de corrupción. Lo que el argumento quiere señalar es que al haber límites, los contribuyentes tienden a igualar

---

<sup>37</sup> Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social (artículo 19, número 24, inciso segundo, primera parte; el énfasis es mío).

<sup>38</sup> La función social —en cuya virtud pueden establecerse limitaciones al ejercicio del derecho de dominio— “comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental” (artículo 19, número 24, inciso segundo, segunda parte).

<sup>39</sup> En conformidad a esa garantía, los “preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio” (artículo 19, número 26). Esta garantía reviste particular importancia en el derecho constitucional —existe de manera explícita en la Ley Fundamental alemana, en la Carta española, en la de Portugal y en la Carta chilena—, pero se ha incorporado casi sin excepciones a toda la práctica constitucional europea. La regla obliga al legislador a efectuar una ponderación de todos los bienes en juego cuando se trata de regular un derecho fundamental. Suele ocurrir que los derechos constitucionales se encuentren en hipótesis de suma cero: al fortalecer uno, se desmedra otro. El mandato de ponderación obliga al legislador a preferir la regla que protege el derecho en cuestión, pero que al mismo tiempo deja incólumes otros derechos o los lesiona menos.

sus montos suprimiendo, así, los motivos del candidato para comprometerse especialmente con algunos de sus contribuyentes: una multitud de pequeños compromisos sería mejor que uno o dos compromisos gigantescos. La cláusula de “interés general de la Nación” del artículo 19 número 24 ampararía ese límite a la contribución y, en cualquier caso, puede sostenerse que la ponderación general de bienes a que obliga el artículo 19 número 26 conduce al mismo resultado.

Con todo, que una medida esté amparada por una regla constitucional quiere decir simplemente que puede ser adoptada, pero no quiere decir que sea obligatorio adoptarla. Un conjunto de consideraciones fácticas —que la prudencia o la ponderación de bienes debe tener en vista— puede aconsejar desatender una medida que es, sin embargo, constitucionalmente posible. El principio de ponderación de bienes equivale, a fin de cuentas, a la búsqueda de una regla que lleve, en el ideal, a un óptimo paretiano y ello, por supuesto, exige una atenta consideración de las consecuencias probables de las reglas. En el caso americano, como ya se vio, los límites a las contribuciones tuvieron un conjunto de efectos indeseados que acaban perjudicando aspectos muy relevantes del sistema político<sup>40</sup>.

### El uso del dinero y la igualdad

El principio constitucional de igualdad posee varias versiones que resulta útil tener en cuenta aquí. Desde luego, la Constitución proscribe las diferencias arbitrarias y parece obvio que las diferencias en la cantidad de dinero que la gente posea no deben estimarse, bajo este respecto, inconstitucionales (si usted obtuvo su dinero en base a un procedimiento correcto, digamos a la Nozick, sus posesiones son también correctas desde el punto de vista constitucional). Las diferencias de ingreso, en abstracto, son constitucionalmente irrelevantes. Sin embargo, podría sostenerse, las diferencias de ingreso y de gasto pueden configurar diferencias arbitrarias cuando alteran procedimientos competitivos en los que se quiere juzgar cualidades o atributos distintos al dinero. Si una universidad pública, por ejemplo, sustituye en la selección de sus estudiantes el mérito por el dinero que el postulante del caso pueda acreditar, no dudaríamos en estimar que se verifica allí una diferencia arbitraria. Bajo el procedimiento de selección universitaria, en la institución pública del ejemplo, conceder una muy alta influencia al dinero importa transgredir el procedimiento. *A la luz del procedimiento*, la consideración del dinero que usted posea y use no es constitucionalmente

---

<sup>40</sup> D. Strauss, “Corruption, Equality and Campaign Finance Reform” (1994).

irrelevante. Lo mismo ocurriría si hubiera admisión de ventajas en un procedimiento judicial derivadas de la posesión y uso del dinero. *A la luz del procedimiento judicial*, permitir que influya el uso y posesión del dinero de manera directa, importaría infringir la regla de igualdad constitucional. Por supuesto, los abogados y las cortes saben que el nivel de riqueza favorece el acceso a la educación superior y un mejor acceso a la justicia atendidos sus costes privados. Pero eso —la adquisición de ventajas previas a la aplicación del procedimiento— no transforma a los distintos niveles de riqueza en inconstitucionales. Es la consideración, dentro del procedimiento, de los distintos niveles de riqueza lo que resulta arbitrario y, en razón de eso, inconstitucional. Del mismo modo, podemos aceptar que los distintos niveles de riqueza influyen en el éxito político; aunque podemos aceptar que eso no es inconstitucional. Lo que sería inconstitucional es la alteración del sistema o procedimiento competitivo electoral por la interposición del dinero.

Mutatis mutandis, podría argumentarse que las diferencias en la posesión de dinero importan transgredir la igualdad intrínseca a un sistema electoral público. Un sistema electoral es un medio para agregar preferencias que, individualmente consideradas, valen lo mismo unas con respecto a otras. Es la agregación de preferencias en principio iguales lo que produce un resultado electoral justo. Un sistema electoral es un sistema puramente procedimental: no conocemos por anticipado el resultado justo, aunque entendemos por tal el resultado a que se arrije si se sigue fielmente el procedimiento.

Juzgadas a la luz de las consideraciones precedentes, no parece haber duda en que las limitaciones a las contribuciones que un particular pueda hacer a una campaña electoral no pueden considerarse inconstitucionales. Una limitación igual en el uso del dinero a los particulares no parece, bajo este respecto, inconstitucional.

#### **IV. ¿Habla el dinero?: Los límites al gasto electoral**

En el apartado precedente he examinado el caso de las *contribuciones* que un particular efectúa a una campaña electoral. En este apartado —y siguiendo la distinción que, como vimos, se efectúa en Buckley versus Valeo— haré el intento de examinar cuán lícitas desde el punto de vista constitucional son las limitaciones al *gasto* electoral, las limitaciones al consumo de dinero que un candidato puede hacer en una campaña.

A diferencia de las contribuciones que un particular hace a una campaña electoral —las que como vimos poseen bajo poder expresivo—, el gasto global que un candidato hace en una campaña electoral se vincula directamente con sus intereses expresivos. No es que el volumen del gasto electoral tenga un poder expresivo en sí mismo, lo que ocurre —como se reconoció ya en el caso Buckley versus Valeo— es que en las condiciones modernas la capacidad de comunicación política (de promoción de las ideas o atributos del candidato) es función del gasto que el candidato o su partido sea capaz de hacer. En las condiciones políticas modernas, la plaza o el foro donde se discuten los asuntos comunes y se procura influir sobre la gente es un no lugar: el espacio indiferenciado de la calle y de los medios de comunicación. Desde este punto de vista, los flujos de dinero hacia las campañas electorales influyen directamente en la cantidad de información que llega al público. A menos dinero, es obvio, hay menos información disponible para el público. En general las sociedades pueden financiar esa información con cargo a rentas generales, afrontando el costo de oportunidad que eso supone, o, en cambio, tolerar que cada candidato recoja dinero por sí mismo —dinero privado— para financiar su campaña.

¿Cuál es, sin embargo, la precisa relevancia que, desde el punto de vista del diseño institucional, posee el gasto?

En principio, el monto de dinero que cada candidato sea capaz de recolectar es políticamente indiferente *desde el punto de vista del diseño del proceso político*. Su capacidad de captar fondos nada tiene que ver con su capacidad de seducir al electorado. Un candidato con el apoyo de un pequeño grupo de electores ricos puede recolectar mucho más dinero que un candidato con una muy amplia base de apoyo de electores pobres. La situación es aquí distinta a la que ocurre en el mercado directamente económico. En este tipo de institución, la cantidad de dinero que usted capta por la venta de los bienes que ofrece es un signo de victoria: los consumidores mostraron una muy intensa preferencia por usted y nada tiene de malo que su competidor, como efecto de ese fenómeno, salga del mercado. El proceso político es, sin embargo, distinto. Aspiramos a dar la victoria a quien logre reunir la mayor cantidad de preferencias y suprimimos, para efectos de su contabilidad, la intensidad de esas preferencias: usted cuenta nada más con un voto para manifestarlas o, en cualquier caso, cada elector con la misma cantidad de votos para distribuir.

No parece claro, tampoco, que el monto de dinero que maneje cada candidato para propaganda electoral *incida directamente en su probabilidad de victoria*. No es cierto que si usted está apoyado por el electorado rico, ganará probablemente la elección (la historia política de Chile da una

amplia muestra de una conclusión contraria). Lo que parece cierto es que usted tendrá una más amplia oportunidad de promover sus ideas si cuenta con dinero. Pero tampoco es posible inferir una significativa probabilidad de victoria electoral a partir de la mera cantidad de propaganda que un candidato sea capaz de pagar.

Los niveles de gasto electoral *tampoco inciden directamente en los niveles de corrupción o extorsión*. En general, la corrupción o la extorsión se relacionan más bien con las posibilidades de intercambiar decisiones por dinero. Por supuesto, puede sostenerse que mientras mayor cantidad de dinero reúna su rival, se alientan las posibilidades para que usted (obsesionado nada más que con el triunfo) extorsione o sea sensible a la corrupción; pero es posible pensar que hay caminos más eficaces y distintos al límite para evitar la corrupción o la extorsión<sup>41</sup>.

En fin, no parece serio que se argumente que el gasto de dinero en las campañas electorales es un despilfarro cruel. Al margen del paternalismo implícito en esa afirmación (usted tiene buenas razones para sostener que *su* dinero debe satisfacer *sus* preferencias), parece obvio que el despilfarro no es un argumento directamente constitucional y seguramente hay formas de aparente despilfarro todavía más graves (por ejemplo el costo de oportunidad de gente con amplio capital humano jugando golf todos los días de la semana, o la cantidad de dinero gastada en cigarrillos o alcohol, etcétera).

No parece, entonces, haber motivos de molestia en el gasto de dinero en las campañas políticas que se funde en el hecho de que la contabilidad de los votos sea sensible al dinero o en el hecho de que la cantidad de propaganda permita inferir anticipadamente la victoria. El motivo más plausible para el malestar que, sin embargo, es posible constatar se funda en el hecho de que el gasto ilimitado de dinero en las campañas electorales *alteraría la calidad del debate que una elección democrática supone*. Un argumento como ése, veremos hacia el final, subyace en el mensaje del proyecto que se ha venido analizando.

¿Qué significa, sin embargo, alterar la calidad del debate? Hay dos respuestas alternativas a esta pregunta y cada una de ellas conduce a resultados distintos en punto al establecimiento o no de límites al gasto electoral.

Una de esas respuestas es lo que podemos denominar una concepción mayoritaria de la verdad. Una proposición, política o de otra índole —afirma esta tesis—, es verdadera si es el caso que la mayoría de la gente

---

<sup>41</sup> Véase C. Peña G., “Dinero y Política: Sobre las Formas de Financiamiento Electoral” (2001), y Salvador Valdés, “Informe de la Comisión de Reforma del Estado” (200), parte III.

cree en ella<sup>42</sup>. Si nadie tiene línea directa con la realidad última, entonces debemos dar lugar a todas las ideas, incluso las impopulares o absurdas. Ahora bien, sugiere Posner en principio que una regulación del mercado de las ideas (como la regulación que establece límites en una campaña electoral) importa establecer gravámenes que desalientan la entrada a este mercado. El apoyo político de un elector es —visto desde el votante individual— un caso de grave divergencia entre los beneficios sociales y los beneficios privados. Como la utilidad para cada elector es demasiado baja, no conviene establecer gravámenes adicionales a la actividad política. Si, por otra parte, y con el fin de evitar monopolios (algo difícil, dice Posner, en el mercado de las ideas porque suele haber sustitutos perfectos), se impone legalmente la obligación de dar tribuna —v. gr. en las radios— a todas las posiciones, entonces se establecen incentivos para no transmitir información controversial y evitar así el gravamen. El resultado es que se perjudica el debate. Esa argumentación parece compatible con las líneas generales de la decisión en Buckley versus Valeo (aunque esta decisión no deriva, como es obvio, de esa argumentación).

La otra respuesta supone un modelo de debate más cercano a una idea regulativa. Supone que lo que en un sistema político se entiende por debate es dependiente de una cierta concepción de la democracia o, más precisamente, de la democracia a la que la comunidad política debe aspirar. La comunidad, se dice, *debe* aspirar a la *mejor* concepción de la democracia. Ése es el tipo de argumentos que, según vimos ya, desenvuelven autores como Fiss, Dworkin o Habermas. Todos esos autores se sitúan en la tradición democrática, es decir, afirman que la fuente última de normatividad del sistema político es el momento de comunidad discursiva: el debate entre sujetos que se estiman iguales y que reivindican su igual derecho a participar en la formación de la voluntad común. De ahí se seguiría, como ya lo revisamos, que la libertad de expresión no debe ser entendida como una libertad puramente negativa que excluye la intromisión del Estado y que realiza solamente valores autoexpresivos. Cosa distinta desde el punto de vista de la tradición democrática, la libertad de expresión no es sólo autoexpresiva —no es una mera franquía inmunizada frente a toda intervención—, realiza también valores que sólo pueden realizarse intersubjetivamente, como ocurre con el diálogo efectuado en las mejores condiciones

---

<sup>42</sup> Esto es lo que Posner denomina “concepción pragmática” de la verdad. Sobre esto, véase R. Posner, “What are Philosophers Good For?” (1995). He evitado esa calificación porque es filosóficamente defectuosa. Ninguna variante del pragmatismo (Peirce, Dewey, Davidson, Putnam o Rorty) la aceptaría.

epistémicas posibles. Mientras usted puede expresar su subjetividad de manera unilateral o en muy bajas condiciones de comunicación (usted puede expresar sus frustraciones en medio de la plaza mientras los transeúntes caminan indiferentes), usted no puede compartir su subjetividad y corregir sus propias percepciones sino en un ambiente de diálogo, epistémicamente más sofisticado.

Desde el punto de vista democrático, habría entonces diferencias sustanciales entre la propaganda comercial y la propaganda política. Mientras la propaganda comercial entrega información para satisfacer preferencias individuales —que usted satisfará en el mercado—, la propaganda política cumple funciones epistémicas más sofisticadas, puesto que está orientada a un debate tendiente a configurar decisiones *colectivas*. Se trataría de procedimientos radicalmente distintos: la propaganda electoral apela a preferencias individuales; la propaganda política aspira a suscitar o modelar preferencias colectivas cuyo ideal regulativo es ser producto de una amplia deliberación.

En el caso de Chile, la propaganda comercial se encuentra autorregulada, es decir, entregada a la autonomía de los avisadores. No ocurre lo mismo, sin embargo, con la propaganda electoral que tiene prohibición del uso de ciertos medios y se encuentra regulada en el tiempo. En la práctica —aunque no necesariamente en la reflexión— existe un tratamiento diferenciado entre la propaganda comercial y la propaganda electoral. ¿Qué razones pueden ser esgrimidas a favor de ese trato diverso desde el punto de vista legal? Una reconstrucción racional de esas diferencias obligaría a sostener, como he insinuado ya, que se trata de situaciones distintas. La razón más plausible es que sospechamos que la propaganda comercial moviliza preferencias individuales y que la propaganda política, en cambio, está encaminada a un procedimiento para obtener decisiones colectivas. El peso de los intereses comunes o generales parece ser más fuerte en este último caso.

La precedente distinción no ha sido efectuada explícitamente en Chile, aunque un examen de los fallos más relevantes que ha pronunciado el Tribunal Constitucional en estas materias conduce a esa conclusión. En materia de libre expresión y opinión, el Tribunal sostuvo, en el caso signado con el rol 226, un criterio que excluye la limitación a favor de valores sociales o políticos como, v. gr., el pluralismo. En otro caso, sin embargo, ha admitido limitaciones a los medios de comunicación social en razón de la equidad en la competencia electoral. Es necesario, como digo, intentar una reconstrucción racional de ese diverso tratamiento.

En el primer caso (rol 226), el Tribunal Constitucional examinó si acaso es lícito, desde el punto de vista de las reglas constitucionales, mejorar lo que he denominado el valor epistémico de la información (por supuesto el tribunal no ha empleado una denominación semejante). Se trataba de decidir si podía limitarse a los medios en razón de la mayor diversidad de opiniones o a favor de la veracidad o completitud de la información que los medios debían entregar.

El Tribunal Constitucional sostuvo que es contrario a la Constitución limitar la propiedad de los medios de comunicación social; obligar a los medios a transmitir determinadas informaciones; adoptar medidas para asegurar la pluralidad de la información disponible; y obligar a dar noticia de informaciones deliberadamente silenciadas. La argumentación del Tribunal posee una doble dimensión: por una parte esgrime el principio de autonomía de los cuerpos intermedios y, por la otra, arguye que no existe, propiamente, un derecho a recibir información de una calidad determinada (recibir la información sería un efecto implícito, conforme a la opinión del Tribunal, del ejercicio de los derechos de opinar e informar. Usted quedaría informado como un efecto perlocucionario de los intereses autoexpresivos de otro).

La autonomía de los cuerpos intermedios fue esgrimida por el Tribunal, como digo, para impedir que el Estado se vea jurídicamente obligado a adoptar medidas para asegurar una presencia efectiva en los medios de comunicación de las diversas corrientes de opinión. Los medios de comunicación, opinó el Tribunal, son cuerpos intermedios cuya autonomía no debe, bajo este respecto, ser lesionada:

[...] desde el momento en que se impone al Estado la obligación de equilibrar el flujo noticioso a fin de pretender una pluralidad ideológica o cultural, y para así hacerlo ha de imponer obligaciones a los medios de comunicación social, significa una intromisión indebida en las decisiones que pueda adoptar un medio de comunicación, interferencia que no sólo constituye una clara violación a la autonomía de ese medio —que la Constitución reconoce, ampara y garantiza— sino, además, una violación directa a la libertad de emitir opinión y de informar —que reconoce, asegura y protege la Carta Fundamental en su artículo 19, N° 12— sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio. Y es más, afecta dicha disposición requerida del proyecto al “contenido esencial” de esta libertad, puesto que significa imponer condiciones que impiden su libre ejercicio; y es que se afecta su esencia desde el mismo instante en que su ejercicio deja de ser libre. Tan sensible es esta libertad, que su reconocimiento desde antiguo en nuestro régimen republicano se ha expresado con fórmula lapidaria: “sin censura previa”,

término cuyo quid conceptual hoy no es otro que “sin interferencias” de nadie<sup>43</sup>.

Este argumento del Tribunal parece suponer que la única función de los medios de comunicación social sería expresar o promover ideas o intereses autoexpresivos de los dueños de esos medios de comunicación<sup>44</sup> (el núcleo de esos intereses autoexpresivos estaría conformado por lo que suele denominarse la “línea editorial”, una manera resumida de aludir a la decisión de informar algo y guardar silencio respecto de otra cosa<sup>45</sup>). Aunque ese argumento puede ser, *prima facie*, aceptado, *no resulta compatible con las restricciones que, en los hechos, la ley chilena establece tratándose de campañas electorales y de otra decisión del propio Tribunal*. Parece evidente que subyace en el sistema legal un tratamiento especial respecto de la propaganda política que indica que la mejor reconstrucción de nuestra propia práctica obliga a sostener que la libertad de expresión no se agota en todos los casos en intereses puramente autoexpresivos. Si la libertad de expresión fuera puramente autoexpresiva —como parece sostenerlo el fallo que se menciona—, entonces también debiera resultar inadmisibles la restricción y los gravámenes en tiempos de campaña electoral. Pero es éste un resultado que no parece estemos dispuestos a aceptar.

El segundo argumento del tribunal en el caso signado con el rol 226 —no existe propiamente un derecho subjetivo a recibir información de cierta calidad— es en principio correcto. Un derecho semejante no existe en la carta constitucional. Si bien apareció en los proyectos el derecho a ser informado en forma “veraz, oportuna y objetiva”, ello no se recogió finalmente en la carta constitucional. Las razones para que un derecho de esa

<sup>43</sup> Tribunal Constitucional, Rol número 226.

<sup>44</sup> La otra alternativa sería sostener que los cuerpos intermedios poseen intereses autoexpresivos propios, distintos a los de las personas que los integran. Parece difícil sostener una tesis de esa índole, cercana al realismo medieval.

<sup>45</sup> “En suma, obligar a un medio de comunicación a divulgar un hecho que no decidió difundir [...] implica restringir la autonomía que subyace [...] a la libertad de informar...” (Lucas Sierra, “¿Tenemos Derecho a ser Aludidos?”, 1995). Esta opinión, como la del Tribunal Constitucional, endosa una concepción de la autonomía como franquía (como posibilidad de decidir cualquier cosa sin obstáculo *ex ante*). Bajo una concepción de la autonomía como una forma de adoptar decisiones individuales (una forma que quizá el Estado podría promover) no se siguen las consecuencias restrictivas que alcanza el fallo. Una concepción de la autonomía del segundo tipo, en efecto, tiene consecuencias redistributivas de importancia y no es cierto, como afirma el Tribunal Constitucional, que le repugne todo tipo de interferencias. Desde luego, bajo la primera concepción (la autonomía como franquía) hay también razones para redistribuir. Usted podría esgrimir un principio de ciudadanía igual o —más clásicamente— una regla de igualdad natural (como la igual jurisdicción de Locke) que el Estado debería realizar o, más sofisticadamente, el principio de derecho de Kant. He eludido todas estas argumentaciones porque nos alejan, sin embargo, del debate constitucional inmediato; aunque, como he sugerido ya, subyacen inevitablemente en él.

índole no apareciera son correctas. La única forma de controlar el cumplimiento de una pretensión semejante —que la información que usted reciba sea veraz y oportuna— habría sido acordar al Estado o a alguno de sus órganos un poder epistémico especial, un ojo interno como el que soñó Descartes capaz de distinguir las visiones correctas de las incorrectas, la verdad de la mentira. El Estado, es obvio, no puede controlar el contenido de la información sin violar gravemente el principio de neutralidad que en estas materias debe animarlo. Todo eso es correcto, no cabe ninguna duda. Pero —podría argumentarse— de lo que se trata en las campañas electorales es de una cuestión distinta. No se está aquí exigiendo información de una cierta calidad (la calidad de la información política no puede establecerse con prescindencia del debate democrático), sino que se está exigiendo un *procedimiento* de cierta calidad. Es inherente a la calidad del procedimiento de elección democrática la pluralidad de puntos de vista, supuesto que, como vengo diciendo, la democracia no es una convergencia de sujetos con preferencias preconstituidas, sino un ejercicio de autogobierno entre personas libres e iguales. Está en el interés general que las competencias electorales se orienten a ser epistémicamente cada vez más satisfactorias. Ello *no violaría en nada el principio de neutralidad*, puesto que la mejora epistémica tiene que ver con la pluralidad y la diversidad y no con el contenido de cada mensaje en particular. Ello *no significa subordinar los derechos —o el derecho a la libre expresión— a la voluntad transitoria de las mayorías*, puesto que el valor procedimental (por ejemplo, uno del tipo de Habermas) no es coincidente con lo que la mayoría quiere, sino que es un momento de incondicionalidad que —al igual que la noción de derecho moral— es indócil a la voluntad de la mayoría. Ello *tampoco supone esgrimir un derecho inexistente*, supone interpretar el derecho a la libertad de expresión a la luz de un bien o valor que subyace en la comunidad política. Por supuesto, usted puede decir que sólo hay derechos individuales y que los jueces sólo pueden decidir en base a esos derechos; pero lo que en verdad estaría usted haciendo al argumentar así es conceptualizar la comunidad política como una forma más cercana al mercado que a una conversación. Usted no puede eludir ese dilema —que muestra el debate que siguió a Buckley versus Valeo— pretendiendo que “hay algo allí afuera del sistema político que se llaman derechos” —intentando saltar fuera del círculo hermenéutico—, porque sostener eso es interpretar la comunidad política ya de una cierta manera.

El Tribunal Constitucional chileno acepta —excepcionalmente, como veremos— esa argumentación en momentos electorales. Si en el primer caso rechazó la imposición de valores extraños a la mera autonomía

en los medios de comunicación, en el segundo caso que citaré de inmediato esgrimíó, en cambio, valores procedimentales para establecer algunas importantes limitaciones a los medios. El Tribunal Constitucional —a propósito de la obligación impuesta a la televisión abierta de transmitir información política— afirmó:

Lo anterior se justifica plenamente tanto como una justa contrapartida al derecho selectivo que se otorga, cuanto porque ellas (las normas que establecen esa obligación) en definitiva son exigidas por el *interés general de la colectividad*, a fin de dar una estricta aplicación al precepto del artículo 18 de la Carta Fundamental, en orden a que la ley garantizará siempre la plena igualdad entre los independientes y los partidos políticos en la participación de los procesos electorales y plebiscitarios [...].

Esta interpretación es la que mejor se aviene no con la letra de la Constitución, sino también con su contexto y espíritu, ya que la norma que contempla el derecho a establecer, operar y mantener canales de televisión e implícitamente a imponerles obligaciones justas y razonables, como es la gratuidad, guarda perfecta armonía con *el deber del Estado de asegurar una participación equitativa e igualitaria del pueblo en los plebiscitos y elecciones, el cual, a través de estos procesos, ejerce la soberanía*<sup>46</sup>.

Puede ocurrir entonces que usted tenga buenas razones —razones atingentes al tipo de comunidad política que usted está dispuesto a promover— para argumentar a favor de que el Estado intervenga con algún criterio distributivo en el ejercicio de la libertad de expresión. Ésa parece ser la argumentación del Tribunal Constitucional. En principio, como lo muestra el primer caso que acabo de recordar, los límites al discurso son inadmisibles, sea que se esgrima el pluralismo como un valor deseable, sea que se esgrima el derecho a ser informado con veracidad o completitud. La libertad de expresión sería, *prima facie*, autoexpresiva, estaría vinculada a la autonomía individual o a la autonomía de los cuerpos intermedios. El establecimiento de límites lesionaría esos valores. Con todo, tratándose de momentos electorales, los ámbitos y posibilidades de la regulación —en criterio del Tribunal Constitucional— pueden ser mayores. En esta materia, el Estado tendría el deber de asegurar una participación equitativa e igualitaria.

La razón para esa intervención es, sin embargo, como lo muestran la argumentación precedente y las sentencias citadas, excepcional y restringida.

<sup>46</sup> Sentencia de 9 de agosto de 1988; los paréntesis y el destacado son míos.

Desde luego, se trata de una intervención que está fundada en general bajo las normas constitucionales, una intervención subordinada en cada caso a lo que, atendidos los hechos, indique el interés general. El criterio que es posible reconstruir de las argumentaciones precedentes y los fallos citados es que la regla general en materia de libertad de expresión es la franquía y la proscripción de la intervención estatal. Esa franquía general alcanza, *prima facie*, a la expresión política y a la defensa de temas específicos con alcance político. La exigencia de garantizar la pluralidad no puede ser esgrimida respecto de la expresión política sin más. Sólo de manera excepcional, y en virtud de las exigencias procedimentales requeridas para el ejercicio de la soberanía por parte del pueblo, se admite la intervención —ése es el criterio del Tribunal Constitucional— en los procesos electorales. Esas exigencias procedimentales pueden ser derivadas de la exigencia, propia de un sistema democrático, relativas a un sistema electoral público e igualitario y del deber del Estado —que surge del artículo 1 de la Constitución— de asegurar a los ciudadanos el derecho a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

La permisión, por otra parte, se encontraría establecida a favor de una intervención general e indefinida. De la argumentación anterior no se siguen razones para una intervención específica y, en particular, no se siguen razones compulsivas a favor de la limitación del gasto electoral. Para arribar a esta última conclusión sería necesario esgrimir razones *adicionales*.

En particular, sería necesario todavía acreditar que los límites al gasto constituyen una manera poco lesiva y eficiente de mejorar nuestra capacidad de autogobierno. Es verdad —podríamos afirmar— que las campañas electorales no realizan intereses puramente expresivos y que el Estado cuenta con razones para intervenir y que esas razones, bajo una cierta concepción, pueden derivarse del texto constitucional; pero ocurre que la fijación de gastos es *una determinada forma de intervención estatal*. Es evidente que de la justificación general de la intervención estatal en esta materia no se siguen razones a favor de un *determinado tipo* de intervención.

Si hay razones para una intervención general en esta materia, ¿hay razones para una intervención específica consistente en la limitación del gasto electoral? Si, como hemos visto, existe un interés fuerte en regular, mediante alguna forma de intervención, la libertad expresiva en las campañas electorales, ¿hay, ahora, alguna razón de prudencia que aconseje esa específica forma de intervención que constituye la imposición de límites al gasto electoral?

En general no parece haber un interés fuerte y definitivo que emane del texto constitucional, o de alguna de las concepciones que podemos suponer le subyacen, a favor de la imposición de límites al gasto electoral. Tampoco parece haber razones prudenciales para imponer esos límites.

Lo que parece en verdad ocurrir es que el establecimiento de límites al gasto no mejora la calidad del autogobierno. En el límite, podríamos argumentar, el autogobierno se ejerce mejor mientras reproduzca más de cerca condiciones —digamos— del tipo de las contenidas en el principio de discurso. Pero si eso es así, se sigue que de lo que se trata es de remover obstáculos para el ingreso al debate y a la competencia, más que limitar la fuerza expresiva de quienes ya participan de esa misma competencia. El efecto previsible de los límites es el de moderar la fuerza expresiva de quienes compiten —donde A se expresaba en el rango 3 y B en el rango 1, ahora A se expresará en el rango 2 y B en el rango 1— en vez de mejorar la calidad del debate. El resultado es un óptimo de Pareto al revés: usted perjudicó a uno y el otro quedó igual<sup>47</sup>. Usted, sin embargo, podría argumentar que el candidato B del ejemplo no quedó igual *porque acortó su distancia en recursos con A*. Eso es verdad; pero eso se hizo a costa del electorado cuya capacidad de autogobierno —de acuerdo a las conclusiones que hemos alcanzado— debemos mejorar.

Quizá entonces la mejora de la capacidad de autogobierno mediante la mejor regulación de las campañas electorales exija, en vez de poner límites al gasto, otorgar subsidios variables para remover las barreras de entrada a la competencia en interés del electorado (en el ejemplo, si usted subsidia al candidato B y deja igual al candidato A, habrá un rango mayor de igualdad y de información para el electorado que si usted traza, simplemente, límites al gasto). Ésa es la solución predominante en países como Alemania en los que los apoyos se enderezan, además, a vigorizar la dimensión deliberativa de la vida colectiva<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> “Un aspecto clave, aparentemente mal entendido por quienes abogan por la regulación de las campañas electorales, es que la restricción del poder de un candidato con acceso a fondos sustanciales no incrementa de manera alguna la exposición pública del candidato a quien faltan esos fondos. Suponen que porque el candidato A tiene disponibles fondos sustanciales, es capaz de comunicar su mensaje efectivamente al electorado. Porque al candidato B le faltan tales fondos, él es incapaz de comunicar de manera efectiva su mensaje. La meta de la limitación de gastos y, al menos indirectamente, de los límites a la contribución es reducir la habilidad del candidato A para comunicar a un nivel toscamente comparable a la menor capacidad del candidato B. Con todo, el inevitable resultado de limitar el financiamiento de las campañas electorales es crear una igualdad en la ignorancia del votante: los votantes sólo serán ahora tan ignorantes acerca del candidato A como eran —y todavía son— acerca del candidato B”. Véase M. Redish, *Money Talks. Speech, Economic Power, and the Values of Democracy* (2001), pp. 135-136.

<sup>48</sup> P. Pulzer, “El Financiamiento Político en Alemania” (2000). Cfr. C. Kesper, “Entre el Estado y el Mercado. Las Fundaciones Políticas Alemanas y la Sociedad Civil” (2002).

Desde el punto de vista constitucional, hay varias formas de justificar los subsidios públicos o, más bien, varias formas de mostrar cuán admisibles son, bajo las reglas constitucionales, las razones que habitualmente se aducen a favor de los subsidios. La participación política —v. gr. a través de un aporte individual a una campaña, la acción de votar— puede ser vista como un caso de divergencia entre los beneficios sociales y privados de una cierta actividad. En este caso, es posible pensar que los beneficios sociales excederían los beneficios privados, de manera que habría incentivos para que la actividad estuviera por debajo de lo socialmente óptimo. Incluso si usted comprende el proceso político como si fuera un caso de mercado no estrictamente económico, tendría razones para intervenir mediante subsidios. Los subsidios permiten también remover barreras de entrada al proceso político, y ponen de manifiesto las diferencias que existen entre el proceso económico y el proceso político. Una regla que establezca subsidios es, en fin, más adecuada (en el sentido de Alexy<sup>49</sup>) que una que establezca límites: una regla así mejora los niveles de igualdad, lesionando menos otros derechos que otras reglas alternativas. Los subsidios, en fin, realizan mejor una concepción democrática: expresan, desde el punto de vista de los recursos, un momento de *koinoia politiké*, un momento en que se pone algo en común para rescatar luego porciones más iguales de participación.

### V. ¿Es constitucional el proyecto de ley sobre financiamiento de campañas electorales?

Es hora de que me ocupe —sobre la base de las argumentaciones anteriores— de evaluar si se encuentra o no justificado, bajo las reglas constitucionales, el proyecto de ley sobre financiamiento de campañas electorales que se encuentra en actual tramitación. Atendida la índole de este apartado, es inevitable que reaparezcan —ahora como conclusiones— algunas cuestiones ya dichas. Voy a distinguir entre los fundamentos del proyecto, los límites al gasto y los límites a las contribuciones.

Los fundamentos del proyecto

Como se recordará, sostuve que hay dos maneras básicas de fundamentar la democracia: como convergencia o agregación de preferencias individuales o como una participación igual bajo ciertas condiciones episté-

<sup>49</sup> R. Alexy, "Derecho, Razonamiento Jurídico y Discusión Racional" (1993).

micas. Sugerí, además, que de cada una de esas concepciones se seguían consecuencias distintas para la libertad de expresión. La segunda, sugerí, proveía de razones para una intervención distributiva del Estado en esta materia, aunque no razones para una específica modalidad de esa intervención. Sostuve, además, que entre dos intervenciones resultaba más ajustada al texto —más adecuada, para usar los términos de Alexy— la que maximizara la participación lesionando menos otros derechos o bienes en competencia, otros bienes o derechos que merecen ser ponderados.

¿Cuál de esas dos concepciones endosa el proyecto en análisis?

El proyecto —cosa inusual— esgrime una cierta concepción de democracia para fundar el conjunto de las reglas que contiene. El mensaje que lo inicia es explícito, aunque no generoso en la forma de desenvolver el argumento:

Se ha estimado indispensable establecer un *límite para los gastos electorales*, toda vez que uno de los objetivos principales del proyecto es asegurar una cierta igualdad a las actuaciones de los candidatos y los partidos al momento de realizar acciones de propaganda electoral. Resulta legítimo para los ciudadanos y para sus eventuales representantes que todos quienes concurren a la arena política puedan mantener una equiparada (sic) básica para que todos los interesados en la cosa pública puedan controvertir las aseveraciones que otro pueda hacer y eliminar la mayor cantidad de desigualdades que pudieren afectar a los resultados electorales.

Como señala cierta doctrina, que compartimos, *la aspiración de toda democracia es ser un “sucedáneo” de un “discurso moral” absolutamente justo en donde todos, sin restricciones, puedan participar proponiendo principios valorativos capaces de guiar las acciones de la comunidad y que puedan obtener el consenso de los demás.*

Es fácil advertir en esa fundamentación una concepción del tipo que he denominado democrática o del tipo que Dworkin denomina “democracia como compañerismo”. El texto afirma que bajo esa concepción de democracia existe una exigencia de igualdad en la participación. El texto argumenta, además, una necesidad distributiva restringida al proceso electoral, sin extenderla a todo tipo de comunicación política. Me parece que una interpretación benévola de ese texto —la mejor interpretación que podríamos esgrimir reconstruyendo el argumento— se ajusta a las condiciones de una *excepción constitucional* como la que, en general, antes hemos estimado correcta.

## Los fundamentos del proyecto y el establecimiento de límites al gasto

El texto pretende, sin embargo, derivar de esa justificación distributiva y excepcional la necesidad del establecimiento de límites. Esa inferencia, en base a lo que ya hemos examinado (Cfr. supra V), es errónea. De que esté justificada, bajo cierto respecto, la intervención distributiva del Estado, no se siguen razones que justifiquen cualquier tipo de intervención o una intervención específica como el establecimiento de límites al gasto electoral. Por supuesto, todavía podría afirmarse que existe aquí —en la hipótesis de un control constitucional— una obligación de “deferencia hacia el legislador” (una deferencia fuerte que va más allá de la presunción de constitucionalidad), es decir, podría sostenerse que el legislador tiene la facultad de juzgar qué caminos, de los varios que están cubiertos por la justificación general, es aconsejable seguir. Ese argumento es razonable; pero la deferencia debe admitirse si y sólo si no hay bienes de entidad constitucional que proteger. La deferencia hacia el legislador supone que hay alternativas constitucionalmente indiferentes.

El análisis —o la reconstrucción más coherente de los fallos del Tribunal Constitucional— muestra que la intervención distributiva del Estado en materia de libertad de expresión es excepcional y restringida. La cláusula general, bajo la regla chilena, es la libertad de expresión como franquía. El legislador entonces, entre dos reglas de intervención, debe escoger la que resulte más adecuada: entre la norma N que maximiza la participación igual y lesiona el principio P y la norma N\* que maximiza la participación igual y no lesiona el principio P, ha de preferirse esta última; entre la norma N que lesiona el principio P y no maximiza la participación igual, y la norma N\* que no lesiona P y maximiza la participación igual, ha de preferirse —bajo una regla de ponderación— a N\*. Como se argumentó ya, la regla que impone límites al gasto se encuentra en el caso de la norma N, puesto que hay otra regla —la regla de subsidios— que aumenta la participación igual y deja incólume el poder expresivo y global del dinero al no establecer límites al gasto.

El establecimiento de límites ha de juzgarse, entonces, inadecuado desde el punto de vista constitucional o, más francamente, inconstitucional, desde que la ley que quiera situarse en la excepción constitucional que vengo presentando ha de satisfacer requisitos exigentes que la regla que establece límites no alcanza a cumplir.

De otra parte, la regla que establece límites al gasto electoral presenta defectos conceptuales de vaguedad. La regla que establece límites al gasto electoral está obligada a distinguir entre gasto electoral y otras formas

de expresión ilimitadas. En el caso del proyecto de ley en análisis, esa distinción se efectúa de la manera siguiente<sup>50</sup>:

Para los efectos de esta ley, se entenderá por gasto electoral todo desembolso en que se incurra para el financiamiento de los equipos, oficinas y servicios de los partidos políticos y candidatos, con ocasión y a propósito de actos electorales. [...] h) Todo otro gasto en que incurran los partidos políticos y candidatos, con ocasión y a propósito de los actos electorales, según determine el Director del Servicio Electoral en el ejercicio de las atribuciones que la presente ley le encomiende.

Una regla como ésta debe estimarse lesiva para la libertad de expresión. En el límite, entrega a la autoridad administrativa la decisión de trazar la frontera entre lo que es expresión política irrestricta y la que está sujeta a límites. El nivel de discrecionalidad que otorga no aparece autorizado en el artículo 19, número 12 de la Carta Constitucional y por supuesto repugna al principio de participación igual. En cualquier caso es, además, imprudente, puesto que —como expresó el fallo Buckley versus Valeo que aquí merece ser citado— “falla para delimitar claramente la frontera entre la expresión

---

<sup>50</sup> Se trata del artículo 2 del proyecto. El texto completo es el que sigue: Para los efectos de esta ley, se entenderá por gasto electoral todo desembolso en que se incurra para el financiamiento de los equipos, oficinas y servicios de los partidos políticos y candidatos, con ocasión y a propósito de actos electorales.

Especialmente se considerarán gastos electorales los que se efectúen por los siguientes conceptos:

- a) Propaganda y publicidad dirigida, directa o indirectamente, a promover el voto para un candidato o candidatos determinados, cualquiera sea la forma y medio que se utilice. Lo anterior se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en las normas del Párrafo 6° del Título I de la Ley N° 18.700.
- b) Arrendamiento de inmuebles destinados al funcionamiento de los equipos de campaña y a la celebración de actos de proselitismo electoral.
- c) Pagos efectuados al personal que presta servicios a las candidaturas.
- d) Gastos realizados para el desplazamiento de los candidatos, de los dirigentes de los partidos y del personal al servicio de la candidatura, como asimismo para el transporte de implementos de propaganda y para la movilización de personas con motivo de actos de campaña.
- e) Intereses de los créditos recibidos para la campaña electoral, devengados hasta la fecha en que se dé cumplimiento a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 30.
- f) Gastos efectuados por concepto de propaganda y publicidad para la campaña electoral a través de cualquier medio de comunicación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley N° 18.700.
- g) Las erogaciones o donaciones realizadas por los candidatos a organizaciones o a personas naturales o jurídicas, mediante el patrocinio de actos culturales, deportivos o de cualquier otro tipo a celebrarse dentro del ámbito territorial respectivo.
- h) Todo otro gasto en que incurran los partidos políticos y candidatos, con ocasión y a propósito de los actos electorales, según determine el Director del Servicio Electoral en el ejercicio de las atribuciones que la presente ley le encomiende.

permitida y la que no [...]. Una distinción tal —dijo la Corte citando un precedente<sup>51</sup>— no ofrece seguridades para la libre discusión [...].” Lo que ocurre es que la fiscalización del acatamiento de límites no parece poder salvar un obstáculo constitucional de importancia para la libertad de expresión: la proscripción de la censura. Como es sabido, la proscripción de la censura es una manifestación del principio de neutralidad que el Estado ha de mantener frente a las expresiones. El Estado puede regular la cantidad de expresión —a veces eso es inevitable, como ocurre con los monopolios—, pero no puede limitarla en atención al contenido de la expresión. Esto pone a la regla de límites frente a un obstáculo insalvable: obliga a efectuar una calificación *ex ante* del contenido del discurso para luego bloquearlo. La distinción entre el discurso irrestricto y el discurso político electoral obliga a abandonar de una manera especialmente grave y riesgosa el principio de neutralidad. Por supuesto, no toda vez que usted distingue tipos de discurso por consideración a su contenido está violando el principio de neutralidad (así, por ejemplo, cuando usted distingue entre la promoción de un detergente y la promoción de un candidato); pero ocurre que en el discurso político la línea es más difusa y su trazado más peligroso. Ésta es la razón —como lo muestra la experiencia norteamericana— de por qué si hay límites, y al mismo tiempo una conciencia clara de su excepcionalidad (como la que exige la regla chilena), hay que resignarse a la “abogacía de temas específicos” que hace la regla inútil e incluso disfuncional para el sistema político (al trasladar las lealtades del ciudadano hacia las corporaciones de intereses y otras formas asociativas, y no hacia los partidos)<sup>52</sup>.

### Los límites a las contribuciones

Como vimos, tratándose de las contribuciones parece necesario distinguir entre aquellas que consisten directamente en dinero (usted dona efectivo al candidato de su preferencia) y aquellas que, en cambio, consisten en bienes que no son dinero, sino avaluables en dinero (usted no tiene dinero; pero es creativo y dedica su tiempo a redactar, gratis, los discursos del candidato). Como sugerí, el dinero posee en general un muy bajo poder comunicativo y no puede estimarse que el gasto de dinero sea una forma de expresión protegida constitucionalmente. El dinero no habla por sí mismo ni constituye, en general, una forma de discurso simbólico. Es verdad que no es difícil imaginar algún caso en que el gasto de dinero sea un discurso

<sup>51</sup> Thomas versus Collins, 323 US 516 (1945).

<sup>52</sup> Sobre esto, véase Carlos Peña G., “Dinero y Política: Sobre las Formas de Financiamiento Electoral” (2001).

simbólico pleno de intencionalidad: usted, por ejemplo, desea instituir al gasto desaprensivo de dinero como una forma de protesta contra el mercado. Ejecuta entonces una acción de arte en que, vestido de pordiosero, regala dinero a los sorprendidos transeúntes. Por supuesto, cuando el gasto de dinero esté provisto de tamaña intencionalidad —cuando usted use el dinero como si no fuera dinero— usted puede esgrimir en su favor la libertad de expresión como una parte de su autonomía. Pero las reglas legales deben estereotipar casos generales y, entonces, parece razonable dejar fuera el gasto de dinero de la libertad de expresión: usted tendrá la carga de la prueba para probar que lo suyo fue discurso simbólico.

Distinto es el caso, dije más arriba, de los bienes avaluables en dinero. Los bienes avaluables en dinero no son dinero. En esta categoría puede haber bienes directamente expresivos cuya posibilidad de poseer un equivalente en dinero no los deja fuera de la garantía de la libertad de expresión. Desde este punto de vista, el proyecto de ley al tratar de la misma forma al dinero y los bienes que no son dinero (pero que son avaluables en él) comete un error constitucional, puesto que limita bienes directamente expresivos allí donde no puede hacerlo. Si el proyecto quiere ser constitucional, debe entonces —contradiendo sus supuestos— lesionar la igualdad relativa. Los candidatos que por su pobre encanto pragmático sólo logren captar dinero, se verán expuestos a mayores restricciones que aquellos cuyo poder carismático les permita captar bienes expresivos de sus partidarios.

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alexy, R. "Derecho, Razonamiento Jurídico y Discusión Racional". En Robert Alexy, *Derecho y Razón Práctica*. México: Fontanara, 1993.
- Ayres, Ian; y Bulow, Jeremy. "La Donación Secreta: Evitar que los Candidatos Sepan Quiénes Son sus Donantes Permite Desarticular el Tráfico de Influencias". *Estudios Públicos*, 83 (2001).
- Balkin, J. M. "Some Realism About Pluralism: Legal Realist Approaches to the First Amendment". *Duke Law Journal*, junio, 1990.
- Bevier, L. "Money and Politics. A Perspective on the First Amendment and Campaign Finance Reform". *Cal L. Rev.*, 73, julio 1985.
- Blasi, V. "Free Speech and the Widening Gyre of Fund Raising: Why Campaign Spending Limits May Not Violate the First Amendment After All". *Columbia Law Review*, mayo 1994.
- Bogdanor, V. "El Financiamiento Político en Gran Bretaña". En Salvador Valdés (ed.), *Reforma del Estado, Vol. I. Financiamiento Político*. Santiago: Centro de Estudios Públicos, 2000.

- Díaz Santana, H. "Experiencia con el Financiamiento de los Partidos Políticos en España". En Salvador Valdés (ed.), *Reforma del Estado, Vol. I. Financiamiento Político*. Santiago: Centro de Estudios Públicos, 2000.
- Dworkin, R. "El Modelo de las Normas (2)". En R. Dworkin, *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel, 1995.
- Dworkin, R. *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel, 1995.
- Dworkin, R. *Freedom's Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.
- Dworkin, R. "Free Speech and the Dimensions of Democracy". En E. Joshua Rosenkranz (ed.), *If Buckley Fell. A First Amendment Blueprint for Regulating Money in Politics*. Nueva York: Century Foundation, 1999.
- Fiss, O. *Libertad de Expresión y Estructura Social*. México: Fontanara, 1997.
- Fiss, O. *La Ironía de la Libertad de Expresión*. Barcelona: Gedisa, 1999.
- González, Felipe (ed.) *Igualdad, Libertad de Expresión e Interés Público*. Santiago: Universidad Diego Portales, 2000.
- Habermas, J. *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso*. Trotta, 1998.
- Human Rights Watch. *Los Límites de la Tolerancia. Libertad de Expresión y Debate Público en Chile*. Santiago: Lom, 1998.
- Kant, I. *La Metafísica de las Costumbres*. Madrid: Tecnos, 1994.
- Kesper, C. "Entre el Estado y el Mercado. Las Fundaciones Políticas Alemanas y la Sociedad Civil". *Desarrollo y Cooperación* N° 1 (2002), Conicit, Costa Rica.
- Levit, K. "Campaign Finance Reform and the Return of Buckley versus Valeo". *Yale Law Journal*, noviembre 1993.
- Marx, K. *Manuscritos Económico-Filosóficos de 1844*. México: Fondo de Cultura Económica, 1965.
- Medina, Cecilia. "La Libertad de Expresión". En Cecilia Medina (ed.), *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*. Santiago: Universidad Diego Portales, 1996.
- Palda, F. "Regulación del Financiamiento Electoral: Lecciones de Canadá y los Estados Unidos". En Salvador Valdés (ed.), *Reforma del Estado, Vol. I. Financiamiento Político*. Santiago: Centro de Estudios Públicos, 2000. [También publicado en *Estudios Públicos*, 74, 1999.]
- Peña G., Carlos. "La Protección de la Vivienda Familiar y el Ordenamiento Jurídico Chileno". *Estudios de Derecho Civil*, 1993, Universidad Diego Portales, Santiago.
- Peña G., Carlos. *Práctica Constitucional y Derechos Fundamentales*. Santiago: Corporación de Reparación y Reconciliación, 1996.
- Peña G., Carlos. "Putnam y las Mil Caras de la Realidad". *Revista de Ciencias Sociales*, 45 (2000), Universidad de Valparaíso, Valparaíso.
- Peña G., Carlos. "Dinero y Política: Sobre las Formas de Financiamiento Electoral". *Estudios Públicos*, N° 84 (2001), Centro de Estudios Públicos, Santiago.
- Peña G., Carlos. "El Gasto Electoral y los Derechos Constitucionales". *Puntos de Referencia*, 242 (enero 2002), Centro de Estudios Públicos, Santiago.
- Posner, R. *Economic Analysis of Law*, Boston: Little, Brown and Company, 1992.
- Posner, R. "What Are Philosophers Good For?" En Richard Posner, *Overcoming Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1995.
- Pulzer, P. "El Financiamiento Político en Alemania". En Salvador Valdés (ed.), *Reforma del Estado, Vol. I. Financiamiento Político*. Santiago: Centro de Estudios Públicos, 2000. [También publicado en *Estudios Públicos*, 77, 2000.]

- Putnam, H. *Reason, Truth and History*. Cambridge: Cambridge University Press, 1981.
- Redish, M. *Money Talks. Speech, Economic Power, and the Values of Democracy*. Nueva York: 2001.
- Rorty, R. *La Filosofía y el Espejo de la Naturaleza*. Madrid: Cátedra, 1995.
- Rosenkranz, J. (ed.). *If Buckley Fell. A First Amendment Blueprint for Regulating Money in Politics*. New York: Century Foundation, 1999.
- Ruiz Tagle, P. "Debate Público Restringido en Chile: 1980-1988". *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 15, N° 1 (1989), Universidad Católica de Chile, Santiago.
- Ruiz Tagle, P. "Apuntes sobre la Libertad de Expresión y Censura en Chile". *Revista Derecho y Humanidades*, N° 5 (1997), Universidad de Chile, Santiago.
- Schauer; y Pildes. "Electoral Exceptionalism", En E. Joshua Rosenkranz (ed.), *If Buckley Fell. A First Amendment Blueprint for Regulating Money in Politics*. Nueva York: Century Foundation, 1999.
- Sierra, L. "¿Tenemos Derecho a Ser Aludidos?" *Puntos de Referencia*, N° 160 (octubre 1995), Centro de Estudios Públicos, Santiago.
- Simmel, Georg. *Filosofía del Dinero*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos (s. f.).
- Smith, B. *Unfree Speech. The Folly of Campaign Finance Reform*. Princeton, 2001.
- Sorauf, F. "What Buckley Wrought". En E. Joshua Rosenkranz (ed.), *If Buckley Fell. A First Amendment Blueprint for Regulating Money in Politics*. Nueva York: Century Foundation, 1999.
- Strauss, D. "Corruption, Equality and Campaign Finance Reform". *Columbia Law Review*, 94, mayo 1994.
- Taylor, Ch. "Overcoming Epistemology". En Charles Taylor, *Philosophical Arguments*. Cambridge: Harvard University Press, 1997.
- Valdés, Salvador (ed.). "Informe de la Comisión de Reforma del Estado". En S. Valdés (ed.), *Reforma del Estado*, Vol. 1: *Financiamiento Político*. Santiago: Centro de Estudios Públicos, 2000.
- Zobatto, D. "La Financiación Política en Iberoamérica. Una Visión Preliminar Comparada" (s/f). En: <http://www.iidh>