



Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho

ISSN: 1405-0218

editorial.isonomia@gmail.com

Instituto Tecnológico Autónomo de México

México

Fiss, Owen

Política y dinero*

Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, núm. 8, 1998, -Septiembre

Instituto Tecnológico Autónomo de México

Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=363666926007>

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

redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc

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

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

POLÍTICA Y DINERO*

Owen Fiss**

Los americanos están orgullosos de su democracia, aunque saben que está plagada de múltiples abusos, uno de los cuales tiene que ver con el dinero. Las campañas electorales consumen enormes cantidades de dinero, en rubros como la contratación de personal, el levantamiento de encuestas y la elaboración y colocación de anuncios en periódicos y en otros medios de comunicación. Durante el año de la campaña presidencial de 1996, más de 866 millones de dólares se gastaron en estos rubros¹, pero, ¿de dónde provino ese dinero?

En la mayor parte de la historia de los Estados Unidos, los candidatos se han apoyado económicamente en fondos privados, ya sea que provengan de sus fortunas personales o de las de sus partidarios. En 1971 se promulgaron normas para proveer de fondos públicos a las campañas electorales², las que sufrieron importantes modificaciones en 1974³. Sin embargo, el financiamiento público puede verse como una excepción, habida cuenta de que la ley federal se aplica sólo a las elecciones presidenciales⁴, y subsisten los financiamientos privados.

* Traducción al castellano de Luis Raigosa.

**Universidad de Yale, Estados Unidos. Este es el texto de una conferencia dictada en el Seminario Eduardo García Máynez, en la Ciudad de México, el 5 de octubre de 1996. El texto se ha beneficiado enormemente gracias a las críticas y a la asistencia editorial de Christopher Kutz.

¹ Esta cifra representa el total de los gastos realizados por todos los candidatos a la presidencia, más el total de los gastos realizados por los partidos políticos mayoritarios en las campañas para la presidencia y el Congreso, así como las campañas estatales y locales. (Las cifras las presentan *Common Cause* y la *Federal Election Commission*. Véase <http://www.fec.gov/press96/presgenl.htm>.) Según Dick Morris, asesor para la campaña del Presidente Clinton, este candidato gastó más de 80 millones de dólares sólo en anuncios por televisión. Véase Richard Morris, *Behind the Oval Office: Winning the Presidency in the Nineties* (1997). La suma total de los gastos durante 1996 de los candidatos para todos los cargos y de sus abogados, se ha estimado en 2 mil millones de dólares. Véase David E. Rosenbaum, "Political Money Game; The Year of Big Loopholes", *N. Y. Times*, diciembre 26 de 1996, página A1.

² *The Presidential Election Campaign Fund Act*, Public Law 92-178 (codificada en 26, U. S. C. § 9001 *et seq.*).

³ *Public Law* 93-443 (codificada en 2 U. S. C. § 441 *et seq.*).

⁴ Varios estados y ciudades en los Estados Unidos han promulgado esquemas de financiamiento público para elecciones del Congreso y para gobernador. Véase Frank J. Sorauf, *Inside Campaign Finance*, 132 (1992).

Bajo el esquema de financiamiento público federal actual, los aspirantes a la presidencia reciben aportaciones que alcanzan los primeros 250 dólares de cualquier contribución total individual a sus candidaturas durante la campaña para la nominación de sus partidos. Los candidatos de los partidos mayoritarios reciben una cantidad fija (61.8 millones de dólares en 1996) para la elección general, mientras que los de los partidos minoritarios reciben aproximadamente la mitad. Como condición para recibir fondos públicos, los candidatos de los partidos mayoritarios deben abstenerse de aceptar ninguna otra contribución durante la campaña electoral general, y todos los que reciban fondos públicos deben comprometerse a gastar una determinada cantidad, que fue en 1996 no mayor a 93 millones de dólares⁵. Los candidatos que aceptan financiamiento público también deben limitar sus gastos personales a 50 mil dólares en cada una de las fases de la campaña, la elección primaria y la general. En 1996, todos los candidatos que participaron en la elección general cumplieron su compromiso de circunscribir sus gastos, en el sentido en que sus propios comités de campaña no gastaron más allá del límite. Sin embargo, los partidos políticos gastaron enormes cantidades de dinero en nombre de sus candidatos, así como otras personas, aunque nominalmente independientes pero de hecho interesadas, ya individuos o grupos tales como sindicatos, agrupaciones religiosas y corporaciones.⁶ En ocasiones, incluso los propios candidatos solicitaban esos gastos individuales, o bien que esas aportaciones se depositaran en manos de los partidos.⁷

El resultado de todo esto es que el actual sistema americano de financiamiento público otorga jugosos subsidios para los costos de las campañas de los candidatos, pero con ello no se alcanzan los efectos deseados ya que no disminuyen las presiones sobre los candidatos para obtener fondos, ni tampoco reduce su dependencia frente a promotores individuales económicamente

⁵ Los candidatos en 1996 debieron limitar los gastos de su campaña primaria hasta 30.91 millones, y los de su campaña general hasta por el monto del gasto del partido mayoritario, que es de 61.82 millones de dólares.

⁶ Véase Rosenbaum, "Political Money Game".

⁷ La ley vigente establece que los individuos pueden contribuir sólo hasta con 1,000 dólares para los candidatos, y hasta con 2,000 dólares para los partidos políticos nacionales durante cada ciclo electoral; las aportaciones individuales a los partidos políticos estatales son ilimitadas, de acuerdo con la ley federal 2 U. S. C. § 441 a. Además, no existen restricciones para gastos "independientes" en propaganda a favor de algún candidato, si no es expresamente solicitada o convenida por el candidato. Véase *Colorado Republican Campaign Comm. v. FEC*, 116 S. Ct. 2309 (1996). En consecuencia, los particulares económicamente poderosos pueden apoyar a sus candidatos con aportaciones y gastos prácticamente ilimitados.

poderosos. Para que sea verdaderamente efectivo, un sistema de financiamiento público debe excluir cualquier fuente de financiamiento no público de todos los gastos que realicen los candidatos, los partidos políticos, y cualquier otro patrocinador bien intencionado, sin importar el grado de independencia con el que esté actuando.

Hay muchos obstáculos para un esquema de financiamiento público integral, y algunos de ellos son políticos. Los candidatos más beneficiados con el sistema actual, no son proclives a apoyar este cambio radical. Además, sería una fuerte carga sobre el presupuesto público y los contribuyentes.⁸ A partir de las desventajas de un sistema de financiamiento público pleno, se pueden criticar las bondades de este cambio. Por ejemplo, los ciudadanos estarían impedidos de usar su dinero para expresar la fuerza de su apoyo a ciertos candidatos, también el sistema requeriría una estructura administrativa compleja, o se obligaría a que oficiales públicos dieran respuesta a filosas cuestiones como la determinación de qué candidatos debieran ser los beneficiarios de los fondos, y en qué cantidad. Sin embargo, la barrera más fuerte y decisiva para aceptar este cambio es una norma de nivel constitucional, específicamente la decisión de la Suprema Corte expresada en *Buckley v. Valeo*.⁹

En *Buckley*, la Corte confirmó el débil sistema de financiamiento público para las elecciones presidenciales promulgado por el Congreso en los inicios de los setentas, específicamente las reformas de 1974: los candidatos pueden elegir entre las aportaciones privadas o el financiamiento público, pero en caso de elegir este último, deben aceptar límites en gastos (aunque hay otros que pueden hacerse libremente en su nombre). Pero también la Corte anuló otras disposiciones de esas reformas. Determinó que el Congreso carece de competencia para establecer límites a los gastos de particulares, y menos para prohibirlos, de manera que el financiamiento público quedó circunscrito a un arreglo puramente opcional que puede ser evadido fácilmente a través de los gastos de terceras personas que apoyan a sus candidatos.¹⁰

Al echar abajo la popular reforma legislativa sobre las campañas, esta decisión de la Corte se calificó como un golpe a la democracia. Pero es que cada

⁸ El esquema actual obtiene fondos bajo un sistema opcional de deducciones de 3 dólares, con base en las declaraciones personales de impuesto sobre la renta. La deducción no aumenta los impuestos ni disminuye las devoluciones, sin embargo, únicamente un 20% de todos los contribuyentes está de acuerdo con esta aportación, mientras que va disminuyendo paulatinamente el apoyo público a esta medida. Véase Sorauf, *Inside Campaign Finance*, p. 141.

⁹ 424 U. S. 1 (1976).

¹⁰ Id, pp. 19-20 (anulando los límites a los gastos).

vez que la Corte usa su poder para ejercer el *judicial review*, se coloca en conflicto frente al poder legislativo y genera preocupaciones a los demócratas, porque si bien los representantes populares pueden ser alejados en un grado indeterminado del pueblo, a quien la democracia hace soberano, los jueces son distanciados todavía más de la fuente democrática de autoridad legítima. Ciertamente los jueces son normalmente nombrados y confirmados por los poderes representativos, pero permanecen en sus puestos por periodos mucho más largos que los de quienes los nombraron y confirmaron sus designaciones. Esta forma de designación se fundamenta en la conveniencia de conservar a los jueces aislados de las presiones populares de manera que cuando los jueces dictan sus resoluciones, no deben atender a los deseos de los electores circunstanciales, sino que están obligados a alcanzar un fin más objetivo, es decir, la interpretación de disposiciones constitucionales o de leyes debidamente promulgadas. En asuntos constitucionales, las sentencias de los jueces no pueden ser superadas sino a través del procedimiento de reforma constitucional, el cual es normalmente complejo, y requiere de mayorías calificadas tanto para proponer como para adoptar una reforma. Hasta un demócrata rígido reconocería que en ocasiones existen suficientes buenas razones para aceptar que la Corte supervise al poder legislativo. La pregunta es si esas condiciones se encontraban en el caso *Buckley v. Valeo*.

Una forma muy común de intervención judicial es cuando el proceso legislativo se ha desarrollado de manera defectuosa y tiene como resultado lo que se denomina, por analogía con el concepto de falla del mercado, la “falla del legislador”¹¹, es decir, cuando el producto del legislador real no es el que podría esperarse de un legislador electo de manera imparcial y que delibere apropiadamente. Un ejemplo clásico de falla del legislador es la legislación anulada en *Brown v. Board of Education*.¹² En *Brown*, la Suprema Corte declaró nulas las leyes de un número significativo de estados que establecían que negros y blancos estuvieran segregados en las escuelas. Estas leyes fueron promulgadas en ambientes sociales en los que se privaba masivamente de derechos a los negros—tanto en términos jurídicos como fácticos—, a través de perniciosas leyes de segregación. La intervención nominalmente antidemocrática de la Corte, podría ser apreciada como un correctivo de un proceso legislativo defectuoso, si bien un correctivo necesariamente imperfecto, pues podemos

¹¹ He introducido el concepto de falla del legislador en Owen M. Fiss, “Foreword: The Forms of Justice”, 93, *Harv. L. Rev.* 1, 6-10 (1979).

¹² 387 U. S. 483 (1954).

imaginar cuál habría sido el resultado del proceso legislativo si a los negros se les hubiera permitido votar. Incluso años más tarde, cuando ya fue mejor protegido el derecho al voto de los ciudadanos negros, las decisiones de la Suprema Corte sobre los derechos civiles todavía podían justificarse en términos procesales, como correctivos de un proceso de creación legislativa. La larguísima historia de racismo en América—más de un siglo de esclavitud, y otro siglo de segregación oficial—ha convertido en parias políticos a este grupo social. En palabras de la Corte, ellos constituyen una “minoría distante y aislada”¹³, incapaz de integrar las coaliciones que son esenciales para la supervivencia de un grupo minoritario.

Una segunda forma en que se puede usar la teoría de la falla del legislador, que está más cerca del contexto de las finanzas de las campañas, se encuentra en los casos de redistribución, en especial la decisión de 1964 en el caso *Reynolds v. Sims*.¹⁴ El problema aquí no era la privación absoluta de derechos de alguna porción del electorado, sino una situación de auto-privilegio entre los propios legisladores. Éstos habían usado su posición para perpetuar los sistemas electorales que les habían permitido llegar al poder, aunque esos sistemas no podían calificarse de sistemas consistentes con un electorado constituido de acuerdo con principios democráticos.

Para entender cómo es que el legislador falló en su función representativa en el asunto de la redistribución, supongamos una ley electoral que pueda calificarse de imparcial cuando se aplica por primera vez: asigna 100 legisladores para 100 distritos electorales que cuentan con poblaciones equivalentes, divididos entre áreas rurales y urbanas. Pero luego hay migración de la población, dentro del estado, desde las áreas rurales a las ciudades, de manera que ahora 60 de los 100 representantes populares vienen de distritos rurales en donde habita sólo el 20% del electorado. A fin de conservar la igualdad representativa, los legisladores deberían rediseñar proporcionalmente los distritos electorales, reflejando el cambio de la población; sin embargo, para proteger sus cargos, los legisladores electos en distritos rurales tratarán de mantener la antigua distribución de poder electoral.

Podemos dramatizar la falla del legislador en un escenario en que todos los votantes están reunidos en una asamblea democrática hipotética, en donde el debate es libre y abierto y cada votante tiene derecho a un voto.¹⁵ Es difícil

¹³ *United States v. Carolene Products.*, 304 U. S. 144, 152 n. 4 (1938).

¹⁴ 377 U. S. 533 (1964).

¹⁵ Hago aquí uso del concepto de asamblea democrática hipotética ofrecido por Matthew Adier, en “Judicial Restraint in the Administrative State: Beyond the Countermajoritarian Difficulty”, 145, *U. Penn. L. Rev.*, (1997).

imaginar que esta hipotética asamblea democrática pueda estar de acuerdo en la distribución actual del poder, puesto que el poder de los votantes en los distritos con mayor población se diluye frente al 20% de los votantes de distritos rurales que controlan el 60% de los escaños.

Algunos consideran que en el esquema de financiamiento público obligatorio hay un riesgo análogo al que existe en la situación de auto-privilegio. Habiendo cuenta de que los fondos públicos no son ilimitados, el legislador debe marcar algunos criterios para su asignación, determinando cuáles candidatos están calificados para recibir esos fondos y las cantidades que puede recibir cada uno. Es probable que los criterios que establezcan los legisladores fijen porciones iguales para los partidos mayoritarios, o para los partidos que alcancen un determinado porcentaje mínimo del voto en las elecciones anteriores. Sólo podrían reclamar su participación en los fondos públicos quienes demuestren contar con suficiente apoyo popular, por ejemplo, exhibiendo peticiones avaladas por muy numerosas firmas de apoyo, o si han contado con una porción significativa de votos en la última elección. Los partidos minoritarios podrían conseguir apoyos financieros aún menores que los de los partidos mayoritarios, reforzando con ello el *status quo*.¹⁶ De manera que un reparo que podría oponerse al ideal de una ley que estableciera un sólido sistema de financiamiento público, es que el actual esquema también sería una instancia de auto-privilegio, semejante al ejemplo de la redistribución.

Pero hay varias razones que me llevan a creer que el tipo de falla legislativa que subyace a la distritación electoral invalidada en *Reynolds v. Sims*, no está bajo las disposiciones anuladas sobre financiamiento de campañas en *Buckley v. Valeo*. Debemos comenzar por aceptar que la reforma de 1974 representó un cambio en el *status quo*, pero no en un sentido que haya reforzado las ventajas de los representantes populares que promulgaron la ley. Por lo tanto, esta no es una razón para descartar la reforma como un caso de auto-privilegio. Es más, es posible que el esfuerzo para establecer estrictos límites para los gastos de las campañas y desplazarse hacia un sistema de financiamiento público, se sustente en genuinos fundamentos democráticos, tales como el relevar

¹⁶ La legislación en los Estados Unidos establece que los partidos minoritarios, es decir, los que obtuvieron entre el 5% y el 25% de votos en la última elección, reciben financiamiento proporcional a esa votación en las elecciones pasadas. 26 U.S.C. § 9004 (a) (2) (A). Por ejemplo, Ross Perot, quien en 1992 había obtenido menos de la mitad del promedio de votos de los candidatos del partido mayoritario (19%), recibió la mitad del subsidio que se otorgó al partido mayoritario (29 millones), para la elección general de 1996. (Sin embargo, a Perot se le permitió recaudar y gastar aportaciones durante su campaña, hasta por el límite total de 61.8 millones).

a los interesados de una inversión de tiempo y energías en la obtención de fondos, el asegurar que no se sofoquen las voces de los menos favorecidos, y que las competencias electorales se sustenten sobre bases más de ideas y caracteres que de riqueza, y finalmente el afirmar la igualdad moral de la ciudadanía, implícita en el ideal democrático contenido en la expresión “una persona, un voto”. Estos elementos contrastan con la redistribución, en donde es difícil imaginar algún fundamento democrático en el otorgamiento del 60% de los escaños de una legislatura a distritos que contengan solamente el 20% de los votos.

Debe reconocerse que las normas sobre financiamiento promulgadas por el Congreso favorecen un sistema bipartidista, pero esa forma de auto-privilegio, si ése es el término adecuado, conlleva un carácter cualitativamente diferente del que existe en el contexto de la redistribución. En éste, un grupo de legisladores otorga competencia a sus distritos electorales (y, por lo tanto, a ellos mismos), de manera desproporcionada a la competencia que ellos tendrían bajo un estándar genuino de “una persona, un voto”, o bajo cualquier otro patrón de representación que pudiera establecer una hipotética asamblea democrática, como podría ser la representación proporcional. En cierto sentido, los legisladores están robando competencia electoral de los distritos de mayor población, quienes no obtienen un equivalente justo de representatividad, de manera que el cuerpo de representantes populares no es un agente confiable del electorado considerado en su totalidad. Pero en el caso de financiamiento de campañas que hagan uso sólo de fondos públicos, no existe ese problema del agente. Porque una asamblea hipotética puede muy bien emitir una ley que favorezca a los dos partidos mayoritarios, quizá para estabilizar la contienda política, sin favorecer necesariamente a ningún partido específico.

Algunos constitucionalistas teóricos, entre otros, John Hart Ely¹⁷, consideran que la falla del legislador es una condición necesaria y suficiente para anular una ley. Como el proceso es todo para estos teóricos, la investigación sobre la corrección de *Buckley v. Valeo* debería detenerse en la cuestión de la falla del legislador, porque es difícil ver cómo una ley que impone un sistema de financiamiento público podría ser atacada bajo fundamentos procesales. Con toda razón se puede creer que la reforma de 1974 representaba uno de esos raros momentos de la historia en que, como consecuencia de la crisis de Watergate, los involucrados actuaban sobre la base del principio democrático y cambiaban en sentido positivo las reglas del juego. Existe, sin embargo,

¹⁷ Véase John Hart Ely, *Democracy and Distrust* (1980).

otra escuela de constitucionalistas teóricos, entre los cuales me incluyo, quienes no conciben la legitimidad de la *judicial review* en términos puramente procesales, y para quienes es correcto que la Corte intervenga con el simple objetivo de proteger legítimos principios constitucionales, ya sea que la ley que viola algún principio constitucional refleje o no genuinamente el sentimiento democrático.

No es fácil reconciliar el papel de la Corte como guardián de principios constitucionales con la teoría de la democracia, que asigna competencias fundamentalmente a los ciudadanos y a sus representantes electos. Algunos teóricos circunscriben el papel de la Corte a la defensa de un limitado número de principios, como el de la libertad de expresión, principios sobre los que puede decirse que establecen las precondiciones de la democracia. Ellos sostienen que la democracia presupone ciertas condiciones que no pueden ellas mismas ser objeto de control por la misma democracia. Esta fue la postura de Carlos Nino.¹⁸ Otro punto de vista, que lo sostiene hoy principalmente Bruce Ackerman, concibe la adopción de una Constitución, y de sus reformas, como un acto soberano especial del pueblo, que debe ser privilegiado por la teoría democrática. En tiempos normales, la función de la Corte consiste en asegurar la adhesión a los principios adoptados durante esos momentos constitucionales de movilización de masas. Otro punto de vista más matiza nuestro aparentemente irrestricto respeto a la soberanía popular implícito en el ideal democrático, subrayando la importancia del principio no-mayoritario en nuestra vida social, a la vez que nos recuerda que nuestro compromiso es con la democracia constitucional, no con una democracia llana. Son Alexander Bickel y Ronald Dworkin dos teóricos asociados a estos puntos de vista.²⁰

A pesar de sus concepciones diferentes sobre el *judicial review*, todos estos teóricos reconocerían la competencia de la Corte en *Buckley v. Valeo* para verificar la validez de la reforma legal de 1974 frente a la Primera Enmienda y su garantía de libre expresión, aun cuando la Corte no asumiera la existencia de una situación de auto-privilegio o alguna otra falla del legislador. Todos los teóricos estarían de acuerdo en que no hubo carencia de legítima autoridad judicial en *Buckley*, a pesar del evidente “contramayoritarismo” de la decisión. Sin embargo, subsiste la necesidad de valorar si el específico ejer-

¹⁸ Véase Carlos Santiago Nino, *The Constitution of Deliberative Democracy*, 199-216 (1966).

¹⁹ Véase Bruce Ackerman, *We, the People: Foundations* (1991)

²⁰ Véanse Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch* (1962); y Ronald Dworkin, *Freedom's Law* (1996).

cicio de *judicial review* fue apropiado, y esa evaluación depende de si en efecto el Congreso violó principios constitucionales.

La Constitución de los Estados Unidos no contiene disposiciones expresas que regulen los gastos de las campañas, pero la Corte estimó que esta cuestión está regulada por la Primera Enmienda, que señala que “El Congreso no emitirá ninguna ley por la que... Reduzca la libertad de expresión”. En lenguaje ordinario, dinero no significa expresión, por lo que puede resultar difícil comprender cómo una acción del Congreso para reglamentar gastos en materia electoral pueda haber sido calificada como una violación a esta disposición. Pero, como es propio en todas las cuestiones jurídicas, la guía apropiada para la interpretación no es el lenguaje ordinario, sino el funcionalismo. La Corte siempre ha procedido identificando los propósitos fundamentales de la ley, y luego haciendo uso de ellos como una guía que le permite construir los conceptos clave de la ley, para lograr la satisfacción de esos propósitos. Así, ni la quema de una bandera²¹, ni la proyección de películas²², ni los actos de protesta con pancartas²³ son “expresión” como se entendería de manera ordinaria, pero a todos estos actos se les ha colocado bajo la protección de la Primera Enmienda, con base en la teoría de que se trata fundamentalmente de actividades expresivas. La protección de estas formas de expresión ha sido útil para el propósito subyacente de esa Enmienda, que es el asegurar el debate libre y abierto de asuntos de importancia pública, por lo que deben ser tratadas como equivalentes funcionales de la expresión, que sí está protegida de manera explícita por la Enmienda.²⁴ Los gastos en cuestiones electorales pueden también servir para esta función expresiva, toda vez que revelan las preferencias políticas de los individuos y su intensidad; tales gastos caerían dentro del ámbito de la Primera Enmienda aun cuando se les viera en términos puramente instrumentales, sólo como un medio para mostrar los propios puntos de vista. Después de todo, la Primera Enmienda no sólo protege el escribir un libro, sino todo el sistema de producción y distribución necesario para su diseminación. Si se careciera de esa protección tendríamos, en lugar de un debate público robusto, expresiones individuales, solipsismos.

²¹ *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989) (aquí se anuló una ley que penalizaba la “profanación” de la bandera).

²² Véase, por ejemplo, *Kingsley, Int'l Pictures Corp. v. Regents*, 360 U.S. 684 (1959) (anulando una ley que prohibía la exhibición de películas “inmorales”, aunque no necesariamente obscenas).

²³ Véase, por ejemplo, *Cox v. Louisiana*, 379 U.S. 559 (1965).

²⁴ Véase Owen M. Fiss, *The Irony of Free Speech* (1996).

Si bien para los propósitos de la Primera Enmienda podemos calificar al dinero como expresión, aún así no está claro por qué la reforma de 1974 viola la Enmienda. La Primera Enmienda no prohíbe todo tipo de reglamentación sobre la expresión, como resulta evidente por la porción de *Buckley* que confirma los límites legales a las contribuciones.²⁵ Lo que esta Enmienda hace, como mínimo, es crear una estructura justificatoria muy especial: cada reglamentación sobre la libertad de expresión debe estar justificada por algún objetivo social especialmente importante. La regulación debe servir para conseguir alguna meta forzosa y urgente, y debe contener el menor número posible de restricciones a la libertad de expresión. La disposición que establece un techo en las contribuciones se confirmó sobre la base de que la limitación de aportaciones es una manera apropiada de prevenir actos de corrupción *quid pro quo** o el surgimiento de corrupción.²⁶

La corrupción es inmoral porque genera una fractura en la relación de confianza entre el electorado y sus representantes; ella también violenta el principio democrático que proclama la igualdad moral de los ciudadanos, porque la corrupción extiende el poder y la influencia de los ricos a expensas de los pobres. Los gastos realizados a favor de un candidato pueden tener el mismo efecto, aun cuando quien los realice no actúe ni implícita ni explícitamente *quid pro quo*. Es probable que el candidato adopte políticas que sean respuestas específicas a los deseos e intereses de las personas que realicen esos gastos o que estén en posición de gastar el dinero. En esta situación, que fácilmente explica los rasgos más llamativos de las recientes campañas americanas, todos los candidatos serían ajenos a las necesidades de los pobres, porque los pobres no están en condiciones de comprar la propaganda y otros accesos a los medios que son esenciales para ganar las elecciones. En cambio, un techo que tome en cuenta tanto los gastos independientes, es decir, de quienes no son los candidatos—que son los que invalidó la Corte en *Buckley*—así como las contribuciones individuales—que fueron confirmadas por la Corte—, habría colocado a los pobres en la misma posición que los ricos, porque ningún grupo tendría una especial capacidad para promover los intereses electorales de los candidatos. Ambos habrían sido considerados no sólo conformes a la Primera Enmienda, sino promotores de sus aspiraciones democráticas.

²⁵ 424 U.S. 1, 20-21 (1976).

* N. de T.: En latín en el original. El autor se refiere a actos que presuntamente son actos de corrupción.

²⁶ *Buckley*, 424 U. S. en páginas 26-27.

¿Y en el caso de reglamentación de gastos cubiertos con dinero del propio candidato? Aquí no funciona la razón de la preservación de la equidad moral del electorado; ni tampoco el deseo de evitar actos de corrupción presuntos o actuales; ni podría defenderse esa ley sobre la base de que evita la necesidad de solicitar dinero, o porque impida la distracción de la energía y el tiempo de los interesados. El candidato ya tiene el dinero, y no está comprometido con nadie de manera directa. Con todo, aún puede defenderse esa regulación bajo la teoría de que previene distorsiones del debate público.

La democracia no sólo otorga a los ciudadanos la capacidad de elegir a los oficiales del gobierno; también presupone que esa será una elección informada. Sólo así la elección merece respeto. La información disponible para los votantes no depende sólo de la cantidad de dinero gastado en la campaña —mientras más dinero, más propaganda y más actos de apoyo—, sino de manera crucial en la *distribución* de dinero entre los candidatos. Si se gasta más dinero de un solo lado, se crea monotonía, no un debate que se caracterice por ser “desinhibido, robusto y ampliamente abierto”.²⁷ Desde una perspectiva más general, grandes disparidades en la disponibilidad de recursos para cada candidato crean el riesgo de que algunos votantes escuchen solamente una parte de la historia, quienes luego deben tomar su decisión sin contar con plena información. Los candidatos más pobres pueden no llegar a todos los electores, y corren peligro de ser olvidados.

En el caso *Buckley* la Corte revisó este argumento, pero al final lo rechazó con el *dictum**—que lo repitió en múltiples ocasiones—de que “la restricción de la libertad de expresión de algunos... para elevar las voces de otros, es algo totalmente ajeno a la Primera Enmienda.”²⁸ En *Buckley*, la Corte no se detuvo para explicar por qué la conservación de la plenitud del debate público no era una razón aceptable bajo la Primera Enmienda, suponiendo que todo el debate se conservara, pero en casos posteriores pareció sugerir que esa razón podría ser inconsistente con la neutralidad ideológica requerida por el estado en asuntos de libertad de expresión.

²⁷ *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U. S. 254, 270 (1964).

* N. de T.: En el *common law*, *dictum* —o también *obiter dictum*— denota una expresión o un argumento que forma parte del cuerpo de la sentencia y se refiere a un punto de derecho, pero que no es necesario para la decisión.

²⁸ *Id.*, en páginas 48-49. Véase también *Citizens Against Rent Control v. City of Berkeley*, 454 U.S. 290 (1981) (invalidando reglamentos que limitaban contribuciones a los comités que favorecían o se oponían a medidas sobre las votaciones, con base en que no había amenaza de corrupción en esas circunstancias).

La neutralidad es en sí misma una exigencia de la Primera Enmienda, en el sentido en que un estado violaría la Enmienda si estableciera una limitación de gastos de un candidato A para favorecer a un candidato B, con base en los puntos de vista de ese candidato B. La teoría de la democracia y la Primera Enmienda dejan totalmente en manos del electorado la elección de los candidatos y de sus agendas. Pero surge un problema más difícil cuando se aprueba una ley general, aparentemente neutral que, sin embargo, tiene el efecto de favorecer a ciertos candidatos frente a otros. Si la ley no tiene otra justificación objetiva más que el interés de favorecer a un candidato, entonces violaría el principio de neutralidad. Pero si su justificación es el *incremento* de la información disponible para el electorado, no habría ruptura con la neutralidad exigida. Desde luego que restringir la libertad de expresión de algunos para escuchar las voces de otros tendría efectos en el resultado, pero no serían otros más, y no harían más daño que los que se producen cuando se escuchan las dos versiones de cualquier historia, y no sólo una. El debate público cambiaría, así como los resultados, pero diferiría debido a que las fuentes de información disponibles serían más completas, y por lo tanto el nuevo resultado modificado es ahora preferible sobre fundamentos democráticos generales. En resumen, una norma puede hacer que avancen los valores democráticos aunque tenga efectos desiguales; su legitimidad última depende de los propósitos a los que sirve y la razón por la cual altera el resultado.

Un esquema de financiamiento público obligatorio que incluya la prohibición de gastos privados estaría sujeto a la objeción que expresó *Buckley* sobre límites a los gastos. Pero como esta objeción descansa en los ostensibles principios de la neutralidad estatal, no me parece que tenga ningún mérito. Una objeción más sólida puede presentarse a partir de la exigencia que contiene cualquier esquema de financiamiento público de que todo estado tiene que determinar los candidatos que recibirían las aportaciones y los montos de ellas. Por supuesto que no puede elegir tomando como criterio los programas de los candidatos, pero sí sobre la base de los resultados alcanzados en una elección previa por un partido o un candidato, y entonces exigir que cada uno de los partidos mayoritarios muestre resultados equivalentes. Estas reglas de asignación de fondos serían desfavorables para quienes no presentaran resultados, particularmente para los partidos minoritarios o los divididos, y de manera similar a la prohibición de gastos podrían ser vistas como una quiebra en el deber de neutralidad estatal ante candidatos competidores.

Cualquier sistema de financiamiento puede tener efectos contra la neutralidad. Así, el apoyarse en riquezas personales también favorece a algunos

candidatos sobre otros, y no existe ninguna razón para privilegiar este sistema como la base de la imparcialidad. Desde luego, el esquema de financiamiento público involucro al estado en la selección entre candidatos, pero ese mismo compromiso se encuentra también en el sistema de financiamiento público meramente voluntario que *Buckley v. Valeo* confirmó. En el sistema voluntario, el estado hace las mismas determinaciones, quién recibe dinero y cuánto recibe, si bien se circunscribe sólo a quienes solicitan los fondos y que están de acuerdo en limitar sus gastos privados al recibir fondos públicos. El que la naturaleza consensual del sistema de financiamiento público que *Buckley v. Valeo* validó pueda eliminar el elemento coercitivo de un sistema que impone el financiamiento público, no convierte al estado en un agente más neutral. Si el esquema voluntario de fondos públicos era suficientemente neutral para la Corte en *Buckley*, un esquema obligatorio también lo sería.

La coercitividad del sistema obligatorio de financiamiento público no carece de importancia. Implica que los individuos pueden competir para cargos públicos sólo si reciben fondos públicos y satisfacen los requisitos para que se les otorguen. Esta restricción puede ser entendida a nivel personal y también se le puede apreciar como una interferencia con la libertad de expresión. Es todavía de mayor significación, si se lee la Primera Enmienda como promotora de democracia política, el que este sistema obligatorio cerraría las puertas a un inconforme adversario independiente, alguien que no haya competido electoralmente antes y que no la apoye ninguno de los partidos mayoritarios, pero que puede financiar una campaña con dinero de su fortuna personal. En las elecciones de 1992 en los Estados Unidos, esta posibilidad se presentó con Ross Perot; en 1996, Steve Forbes y Morry Taylor contendieron en las elecciones primarias del Partido Republicano con sus propios fondos. En 1996, Ross Perot volvió a postularse para la presidencia, pero en esta ocasión calificó para el financiamiento público bajo el sistema voluntario. Se puede dudar de los méritos de esas candidaturas, pero desde luego que éste no es el enfoque correcto desde la garantía constitucional de la libertad de expresión. Desde el punto de vista de la democracia, esas candidaturas son un adelanto, porque mejoran nuestra capacidad de autodeterminación y amplían nuestra conversión democrática. Estos contendientes atípicos aportan una opción que de otra manera no existiría.

Aunque tenemos que reconocer la contribución a la democracia de las candidaturas independientes, y del sistema de aportaciones privadas en que se sostienen, debemos tener presente la infrecuencia de esas candidaturas. No todo el mundo puede resultar beneficiado por las oportunidades aportadas por

el esquema de fondos privados, sino sólo quienes tienen los recursos económicos necesarios para sostener una campaña electoral. El costo total de una campaña para un puesto de elección popular federal es enorme²⁹, y el número de individuos que cuentan con esa fortuna es ciertamente pequeño. Todavía menor es el número de individuos que quieren gastar sus fortunas de esta manera. También hay que estar conscientes de las consecuencias que trae la conservación de este derecho a los competidores independientes. Este derecho marginal, muy raramente ejercido, puede preservarse sólo si se anulan los techos en las prohibiciones de gastos privados, lo que expone la política electoral a grandes daños, como el que algunas voces sean acalladas o que las competencias electorales se ganen sólo por la voluntad de competir de los pocos económicamente poderosos. En una palabra, hay que hacer un cambio, y sólo un romántico apego a un cierto tipo de individualismo, ligado al capitalismo americano y al mito del hombre que se forja a sí mismo, puede conducir a creer que un principio constitucional, aunque se pretenda que sirva a la democracia, requiere que el balance sea derribado como hizo la Corte en *Buckley v. Valeo*.

Finalmente, considero que en *Buckley v. Valeo* no se justificaba el ejercicio del *judicial power*. Pero de ninguna manera estoy condenando al *judicial review* en abstracto, ni reclamando que la Corte carecía de autoridad para revisar la reforma de 1974. Sólo sostengo que esta competencia, como cualquier otra, debe usarse con discernimiento. Puedo reconocer la enorme fuerza de casos como *Brown v. Board of Education* o *Reynolds v. Sims*, y, al mismo tiempo, insistir en que la teoría de la falla del legislador que permite al demócrata disfrutar esas decisiones, no es aplicable en el contexto de la reforma de financiamiento de las campañas. También puedo reconocer el papel especial que juegan los jueces en la protección de principios constitucionales y, de nuevo, preguntarme al mismo tiempo si los principios constitucionales—la libertad de expresión o cualquier otro—resultan amenazados por la reforma de 1974, o por un sistema obligatorio de financiamiento público. Cuando anuló los límites de los gastos en *Buckley*, la Corte consideró que estaba haciendo uso del poder de *judicial review* para reivindicar un principio constitucional y así salvar a la democracia, pero hay razones para sostener que justamente lo contrario es la verdad. La Corte ejerció su competencia para impedir que la democracia se perfeccionara a sí misma.

²⁹ En 1996, una campaña para senador le costaba al ganador hasta 11.5 millones de dólares, y la campaña para un escaño en la Cámara de Representantes, más de 5 millones. Véase, *Election Commission*, <http://www.fec.gov/finance/sendisb.htm> y <http://www.fec.gov/finance/hsendisb.htm>.