

LIMITACIONES A LAS CAMPAÑAS ELECTORALES: LA EXPRESIÓN POLÍTICA DEL DINERO Y SUS COSTOS*

SEBASTIÁN GUIDI** Y JUAN NIETO***

Resumen: El ensayo busca defender a las restricciones de las campañas electorales como mecanismo capaz de elevar la calidad de la representación política y promover la real igualdad de oportunidades para el acceso a cargos públicos electivos. Se plantea que la representación política en el sistema democrático falla por el hecho de que existe una elite del poder que gobierna, dejando sin representación a las clases bajas y medias debido a que existe una relación directa entre representación política y dinero. El objetivo es reducir esa relación. Para afrontar los gastos de campaña los candidatos reciben dinero de grupos de interés, que luego esperan recibir un trato preferencial. La ausencia de límites en los gastos profundiza esta situación

Abstract: This essay aims to defend those restrictions imposed on electoral campaigns which seek to improve political representation so as to foster a real equality of opportunities to have access to hold elective public office. According to this essay, political representation in the democratic system fails due to the existence of a ruling elite in governing officers that leaves lower and middle classes without representation. This is the result of the direct relationship between political representation and financial support. Thus, the goal is to reduce this

* Este trabajo ha obtenido el segundo premio en el Concurso de Ensayos “Dr. Ignacio Winizky” de Derecho Constitucional, sufrió ligeras modificaciones con respecto al original presentado al certamen, sin embargo, las correcciones y aumentos de esta versión son enteramente coherentes con el original.

** Estudiante de Abogacía (UBA) y ayudante alumno de Derecho Constitucional en la cátedra del Dr. Roberto Gargarella en la Facultad de Derecho (UBA).

*** Estudiante de Derecho (UBA). Agradezco infinitamente la paciencia y sabios consejos de Samanta Biscardi y a las siempre acertadas recomendaciones bibliográficas de Mauro Benente.

relationship. Candidates afford campaign expenses through the financial support provided by interest groups which expect to receive preferential treatment afterwards. Besides, a lack of limits on the amount of campaign expenses deepens and worsens this situation.

Palabras clave: Campañas electorales-Dinero-Debate público-Marketing político-Democracia-Representación política-Límites-Igualdad-Acceso a cargos públicos- Opinión pública.

Keywords: Electoral campaign - public debate - political marketing - democracy - political representation - limits - equality - access to hold public office - public opinion.

“(A)lla democrazia rappresentativa basta, per funzionare, che esista una opinione chi sia davvero del pubblico. Ma è sempre meno così, dato che la videocrazia sta fabbricando una opinione massicciamente etero-diretta che in apparenza rinforza, ma in sostanza vuota, la democrazia come governo di opinione”.

Giovanni Sartori¹

En este ensayo nos proponemos defender las restricciones a las campañas electorales como mecanismo capaz de elevar la calidad de la representación política y promover la real igualdad de oportunidades para el acceso a los cargos públicos electivos. Creemos, por un lado, que en la Argentina el asunto no ocupa el lugar que merece en la opinión pública y en la agenda política y por otro, que debe ser coordinado con otras reformas institucionales para lograr los objetivos que se apuntaron. Para desarrollar esta posición, comenzaremos fundamentando su necesidad desde el punto de vista de imperativos constitucionales y de filosofía política. Luego repasaremos las principales objeciones que ha recibido este tipo de limitaciones en el ámbito norteamericano, relacionadas principalmente con la libertad de expresión y el derecho a la propiedad privada. Finalmente, indicaremos medidas concretas y métodos de control para: i), lograr su efectividad y ii) evitar posibles abusos por parte del partido gobernante.

¹ SARTORI, Giovanni. *Homo videns*. Laterza & Figli, Bari, 2009. p 46.

I. LOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES

En 1956 el sociólogo Charles Wright Mills describía, en un libro que pasó a ser clásico para la sociología norteamericana², a la “élite del poder” de su país; un grupo reducido –e incluso algo endogámico– de personas vinculadas por lazos afectivos y familiares, que concentraba las tres esferas de poder en los Estados Unidos: la económica, la política y la militar. Según su estudio, las decisiones fundamentales de la política son tomadas por estas élites, las cuales no dejan al político profesional más que un margen de acción en niveles “medios” de decisión. Sobre esta impotencia del sistema político democrático escribe: “No es necesario que los grupos de presión sobornen a los políticos en el Congreso. (...) Los miembros de la sociedad (aristocracia) local no necesitan pagar al político profesional para que defienda sus intereses, puesto que, por selección social y educación política, pertenece y está a favor de los grupos clave en su distrito y en su Estado. (...) El dinero que cuenta ahora se utiliza sobre todo para financiar elecciones, más que para pagar directamente a los políticos sus favores y votos”³. Sobre la representatividad de estos políticos dice además: “Como tipos sociales, estos 96 senadores y 435 representantes, no representan en realidad a los ciudadanos ordinarios. Representan a aquellos que tuvieron éxito en sus empresas y profesiones. Hombres de edad, son blancos privilegiados, norteamericanos por nacimiento e hijos de padres norteamericanos y protestantes. Tienen títulos universitarios y por su situación social y económica pertenecen por lo menos a la alta clase media. (...) En resumen, pertenecen a las clases altas, viejas y nuevas, de la sociedad local y proceden de ellas. (...) El puesto hoy exige mucho dinero (...). Los ingresos extraordinarios le son casi indispensables al diputado”⁴. Por estas y otras razones, critica de manera demoledora a la democracia real de los Estados Unidos, la cual ya no responde a su modelo ideal de toma pública de decisiones por “el gran abismo que ahora existe entre la población en masa y los que toman decisiones en su nombre, decisiones de enormes consecuencias cuya elaboración el público a menudo desconoce hasta que están tomadas”⁵. Los Estados Unidos serían “más una democracia formal que

² MILLS, Charles Wright, *La élite del poder*, Fondo de Cultura Económica, México, 1969.

³ MILLS, *op. cit.* p. 241/242.

⁴ MILLS, *op. cit.* p. 234/235.

⁵ MILLS, *op. cit.* p. 280.

una estructura social democrática e incluso el mecanismo político formal es débil.”⁶

Si nos permitimos citar tan extensamente a Wright Mills es porque los rasgos elitistas que el sociólogo observa en el sistema político no son exclusivos de su tiempo ni de su país. Parecería que es un riesgo casi inevitable del sistema representativo el hecho de que tienda a ser mayormente influido por los sectores con dinero que por los que no lo tienen. Sin embargo, tal percepción no debe conducir a una lectura estática de las instituciones y su diseño. Las “fallas” en clave democrática de la ingeniería constitucional americana que se reproducen en nuestro modelo, responden a que los “padres fundadores” pensaron la república estructuralmente separada del “demos”⁷. De modo que es en este esquema en el que se inscribe la representación como mecanismo alternativo (republicano) al de la asamblea (democrática)⁸. Aún así, en algún momento antes de 1948⁹, estados de bases fundacionales republicanas apartadas de la idea de democracia –como Estados Unidos– se redefinieron a sí mismos como democráticos. En el caso argentino, este movimiento se cristaliza con la reforma constitucional de 1994¹⁰, pero se encuentra ya presente en el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos. Este tránsito obliga a enfrentar los problemas de diseño institucional atendiendo al problema de la mutación y de las resignificaciones constantes, forzándonos a integrar en el nuevo paradigma de las democracias modernas, disposiciones pensadas para una organización republicana con algunos rasgos claramente elitistas.

Por supuesto, lejos está del objeto de este ensayo (y de la capacidad de sus autores) el explorar todos los (innumerables) problemas que aquejan

⁶ MILLS, *op. cit.* Pág. 258.

⁷ Claramente, James Madison, El federalista X en *El Fedearlista*, MADISON, HAMILTON y JAY, Fondo de Cultura Económica, México, 2001

⁸ Sobre esto, Bernard MANIN, *Los principios del gobierno representativo*, Alianza Editorial, Madrid, 1998.

⁹ Es prácticamente imposible ubicar específicamente el tiempo/espacio donde se produce el salto a la democracia, sin embargo posiblemente la idea republicana le fuese insuficiente al liberalismo –luego del nazismo y el fascismo– para distinguirse de los movimientos totalitarios. De esta manera resulta tan significativo que en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, el art. 29 invoque al “bienestar general en una *sociedad democrática*” como fundamento para la restricción de derechos, así como la objeción indicada por Yugoslavia a este mismo artículo y la posterior abstención de los países (no democráticos) del bloque del Este.

¹⁰ Claramente en los arts. 36, 37 y 38, pero también en el 75 inc. 19 e inc. 24.

a nuestra democracia representativa y sus posibles (e inciertas) soluciones. Sin embargo, volveremos un momento sobre las citas de Mills para referirnos a dos problemas concretamente relacionados con la relación entre la representación política y el dinero. Del hecho de que los costos de participar en política sean tan elevados se desprende:

- a. Una consecuencia, llamémosla, subjetiva: Es más difícil para un individuo que no esté en algún punto de la cúspide de la pirámide socioeconómica acceder a un cargo electivo, por ejemplo, en el Congreso.
- b. Como contracara objetiva de lo anterior, las clases altas (y sus intereses) tienen una excesiva sobrerepresentación entre los representantes políticos, ya sea por su origen social o por los fondos destinados a financiar campañas políticas.

De este modo es como se nos plantean dos aspectos del mismo problema. Por un lado, se ve vulnerada la igualdad; por el otro, el principio mismo de la representación política. Existe, sin embargo un tercer mecanismo mediante el cual los excesivos gastos de campaña hieren la calidad de la representación: el empobrecimiento del debate público mediante sociotécnicas destinadas a la captación de votantes por sobre la discusión sincera de políticas públicas. Trataremos estos tres problemas sucesivamente.

1. Igualdad

El art. 6 de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* prescribía que “como todos los ciudadanos son iguales ante ella [la ley], todos son igualmente admisibles en toda dignidad, cargo o empleo públicos, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos”. Sesenta y cuatro años después, en la Constitución Argentina se prescribía que todos los habitantes serán admisibles en los empleos (públicos¹¹) sin otra condición que la idoneidad. El espíritu de estas normas, coherente con el pensamiento liberal que las inspiraba, era la supresión de las diferencias fundadas en la sangre o el nacimiento¹². “Las funciones

¹¹ La norma no lo dice explícitamente, pero tal es la interpretación predominante de la doctrina nacional.

¹² Aunque tampoco pueden pasarse por alto, ideas de igualdad como la de Mariano Moreno expresada en un proyecto sancionado por la Primera Junta que rezaba “la libertad

públicas no son ya, no pueden ser, el privilegio exclusivo de una clase, ni de porción alguna de la sociedad: todo ciudadano tiene derecho a aspirar a ellas”¹³. Incluso las cláusulas de nuestro propio texto constitucional que exigen una determinada renta anual para la ocupación de ciertos cargos públicos nunca ha sido observada en la práctica, y ha sido considerada por la doctrina como anacrónica¹⁴, o simplemente, como totalmente ajena a una democracia plena¹⁵.

Hoy en día la igualdad ya no peligra bajo diferenciaciones legales entre clases sociales o ideas de castas hereditarias, pero ello no obsta a que existan factores que en algunos casos tornan ilusoria dicha igualdad. Así, persisten diferencias en función del género, la nacionalidad, la religión y, sobre todo, la situación socioeconómica. Ante la comprobación de esta insuficiencia del concepto meramente formal de la igualdad, la doctrina fue avanzando hacia su progresiva materialización. Bidart Campos nos dice que “la igualdad elemental que consiste en asegurar a todos los hombres los mismos derechos requiere, imprescindiblemente, algunos presupuestos de base: a) que el estado remueva los obstáculos de tipo social,

de los pueblos no consiste en palabras, ni debe existir en los papeles solamente. Cualquier déspota puede obligar a sus esclavos que canten himnos de libertad, y este canto maquinal es muy compatible con las cadenas y opresión de los que los entonan. Si deseamos que los pueblos sean libres, observemos religiosamente el sagrado dogma de la igualdad.” Extraído de MILLER, Jonathan, GELLI, María Angélica y CAYUSO, Susana, *Constitución y derechos humanos*, tomo II, ed. Astrea, Buenos Aires, 1991, p. 1524. Aquí se ve como, al menos en la génesis revolucionaria del estado argentino, ya existían voces que alertaban acerca de la insuficiencia de la igualdad formal.

¹³ PELLEGRINO ROSSI, *Curso de Derecho Constitucional*. Citado por GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, Estrada, Buenos Aires, 1983, p. 127.

¹⁴ Así, BIDART CAMPOS nos dice que podía comprenderse su razonabilidad en el momento de su dictado por la estrecha conexión entre el nivel económico y el educativo. Hoy la realidad muestra otro tipo de relaciones entre esos conceptos, que hacen que la norma devenga inconstitucional.

¹⁵ GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 582. Dice además que “no puede concebirse como un requisito de idoneidad por lo que altera el principio de igualdad”. Joaquín V. González dice que la “posesión de una renta como condición previa (para ser senador) no se condice con nuestro sistema de gobierno” aunque curiosamente más adelante afirma que se justifica como requisito para ser presidente una “posición pecuniaria que les ponga al abrigo de las necesidades imperiosas, los deseos o inclinaciones a apropiarse del dinero o los bienes de la Nación, y a cometer por debilidad o ignorancia actos contrarios a la más pura honestidad y dignidad”. (GONZÁLEZ, Joaquín V., *op. cit.*, pp. 352 y 519).

cultural, político, social y económico, que limitan “de hecho” la libertad y la igualdad de todos los hombres; b) que mediante esa remoción exista un orden social y económico justo, y se igualen las posibilidades de todos los hombres para el desarrollo integral de su personalidad; c) que a consecuencia de ello, se promueva el acceso efectivo al goce de los derechos personales de las tres generaciones por parte de todos los hombres y sectores sociales.”¹⁶. Con este concepto más robusto de la igualdad, quizás más estructural¹⁷, es que debemos preguntarnos por la real igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos públicos electivos, y naturalmente surge el mandato de promover el ejercicio de los derechos políticos por parte de toda la población, removiendo los obstáculos de tipo económico que puedan impedirlo.

Si bien no pretendemos afirmar que sea imposible para alguien ocupar un cargo electivo sin recursos personales o una campaña financiada por grupos económicos, lo que resulta innegable es una relación más o menos directa entre los recursos económicos y el acceso al gobierno. Y si bien resulta ingenuo pretender hacer desaparecer esa relación, sí puede y debe intentarse mantenerla acotada dentro de lo constitucionalmente aceptable.

En 1971, en una de las obras de filosofía política más influyentes del siglo XX, John Rawls sostuvo que uno de los principios básicos que debe respetar un sistema político justo es el llamado “principio de participación”. “Este principio establece que todos los ciudadanos tengan un mismo derecho a tomar parte y a determinar el resultado del proceso constitucional que establecen las leyes que han de obedecer. (...) Todos los ciudadanos han de tener un acceso igual, al menos en el sentido formal de la palabra, al poder público”¹⁸. Esta igualdad al acceso no es vista por Rawls sólo como un derecho subjetivo de los ciudadanos, sino también como un medio de conferir legitimidad democrática a los actos de gobierno. Este concepto nos lleva ahora al segundo problema vinculado con la relación dinero - política.

¹⁶ BIDART CAMPOS, Germán José. *Manual de la Constitución Reformada*, Ediar, Buenos Aires, 1996

¹⁷ SABA, Roberto “La (des)igualdad estructural”, publicado en *El derecho a la igualdad*, Marcelo Alegre y Roberto Gargarella coordinadores, Lexis Nexis, Buenos Aires 2007.

¹⁸ RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2003, pp. 213-214.

2. Representación

Tradicionalmente, la representación política ha sido vista de dos modos complementarios. Según el primero de ellos, debe entenderse en el sentido contractual, siendo una relación de mandato entre el electorado y el funcionario elegido. Según el otro, los representantes deben reproducir, de manera especular, la distribución de los intereses y opiniones de la sociedad. Creemos, con Carlos Nino, que estas dos visiones pueden confluir, aceptando su definición de representación como “delegación para poder continuar la deliberación que ha tenido lugar entre los ciudadanos”¹⁹.

Ambos aspectos de la representación, y más aún si tomamos la tesis de Nino como válida, son seriamente dañados por la estrecha relación entre dinero y elecciones.

La relación de delegación entre representados y representantes no sólo se ve afectada (como luego se verá) por los gastos de las campañas en sí, sino que, en términos muchos más burdos y evidentes, se ve seriamente lesionada por los mecanismos de obtención de los fondos para solventarlos. Las altísimas sumas necesarias para la realización de campañas electorales ponen al candidato en la necesidad imperiosa de conseguir dinero; este dinero usualmente es aportado por grupos de interés que, de llegar el candidato al gobierno, esperarán recibir un tratamiento preferencial. Incluso hay casos de grandes empresas que han realizado aportes a más de un candidato simultáneamente, para asegurar sus intereses frente a diferentes eventuales resultados. Un ejemplo paradójico es el citado por Delia Ferreira Rubio: *Génération Ecologie*, partido francés que a pesar de su plataforma ambientalista había aceptado la financiación de un laboratorio suizo acusado de ser un gran contaminador del Rhin²⁰. La cuestión de la proveniencia de los fondos de partidos ha sido ampliamente estudiada, y la necesidad de su regulación ha sido reconocida incluso por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el *leading case Buckley v. Valeo*, que al mismo tiempo tacha de inconstitucionales las limitaciones sobre los gastos. Sin embargo, el vertiginoso ritmo de la campaña lleva a que, en ausencia de límites de

¹⁹ NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa* Gedisa, Barcelona, 1997, p. 235.

²⁰ FERREIRA RUBIO, Delia. *Financiamiento político: rendición de cuentas y divulgación*. Disponible en <http://www.idea.int/publications/good_practices_la/upload/Parte1Cap3.pdf>.

gastos, sea vital para los candidatos conseguir fondos²¹, por lo que ambas cuestiones no pueden ser escindidas como hace el citado fallo. No es objeto de este ensayo la financiación de las campañas, por lo que sólo nos interesa marcar que a medida que aumentan las cantidades gastadas en la campaña, aumentan las posibilidades de arreglos espurios entre los gobernantes y los grupos que la financiaron, planteando la inevitable pregunta de a quién representan, en realidad, los representantes. Si los gastos de campaña fuesen limitados, también lo sería la necesidad de recurrir a financiamientos que puedan restringir su libertad de acción. En ese sentido, la limitación sobre los gastos de campaña sería liberadora. Sin embargo, debemos reconocer que la corrupción en los aportes a las campañas es contingente y podrían desarrollarse mecanismos eficientes de control como los existentes en los Estados Unidos sin que esto pueda agotar la crítica.

Con referencia a la visión especular de la representación, nos encontramos con que una amplia mayoría de los representantes son, o bien representantes de corporaciones particulares o bien miembros de las clases altas o medias-altas. Aun sin hacer un relevamiento preciso acerca del origen de clase de los representantes, basta como ejercicio mental imaginar una selección aleatoria de 257 argentinos mayores de veinticinco años y compararlos con los 257 integrantes de alguna conformación histórica de nuestra Cámara de diputados. Los costos de las campañas electorales, en esta línea, empujan hacia arriba el piso socioeconómico de los candidatos electoralmente viables. Del mismo modo que, como señalábamos anteriormente, resulta inaceptable la exigencia de una renta mínima como condición de acceso a un cargo público, también parecería ser inaceptable que, de manera encubierta, exista una limitación análoga aunque no formal. Fundamentando la necesidad de financiamiento público de los partidos políticos, John Rawls advierte que “las desigualdades en el sistema

²¹ Una excepción es la de los candidatos con una gran fortuna personal que pueden autosolventarse sus campañas, como el caso paradigmático de Ross Perot en las presidenciales estadounidenses de 1992. Sin embargo, estos son casos muy excepcionales que no justifican la inversión de la regla. Owen Fiss, *Money and Politics*, disponible en <<http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Moey-Politics.pdf>>. Por otra parte, en este tipo de experiencias la regla acerca de la relación aquí descrita entre dinero y política no entra en crisis, de hecho, la única diferencia sustantiva que estos casos presenta es la signada por la identidad de los sujetos intervinientes, en un caso tenemos a políticos profesionales actuando con el soporte económico de empresas y en el otro tenemos una identidad entre la “empresa” y el político profesional.

socioeconómico, pueden minar cualquier igualdad política que hubiese existido en condiciones más favorables”, y que para evitar esto “(e)n un Estado bien gobernado, sólo un pequeño número de personas puede dedicar la mayor parte de su tiempo a la política. (...) Pero esta fracción, sea cual fuere su tamaño, deberá extraerse igualmente de todos los sectores de la sociedad”²². Si aceptamos que la deliberación que tiene lugar en los cuerpos legislativos es la representación especular de la deliberación que en circunstancias ideales tendría lugar en la sociedad toda, queda claro que este sesgo clasista del método representativo no hace más que coartar la posibilidad de participación en el debate público de buena parte de la sociedad. Con el agravante de que el sector que queda fuera del debate público es también el más desaventajado y el que sufre aquellos problemas que -tal vez- podría comenzar a resolver con una participación más activa en la toma de decisiones públicas. Si aceptamos postulados caros al liberalismo, como la idea de *homo economicus*, la racionalidad de los sujetos y la persecución del autointerés, resulta al menos dificultoso explicar cómo aquellos que no tienen un interés íntimo en la solución de problemáticas ajenas estarán mejor posicionados para enfrentarlas y resolverlas genuinamente que aquellos que las padecen directamente.

Estos dos problemas, aunque contingentes, no dejan de ser grandes amenazas de la presión del dinero sobre la política, lo cual incluye paradigmáticamente el dinero utilizado para el sostén de las campañas electorales. Queda sin embargo un tercer problema, más sutil y también por ello más difícil de combatir.

3. Debate público

Siguiendo a Carlos Nino en su concepto de representación que citábamos antes, existen también problemas en el modo en el cual se plantean las campañas electorales cuando la escalada de gastos se deja a discreción de quien más tiene para gastar. Uno de estos problemas es el desarrollo del *marketing* político como sociotécnica directamente encaminada a obtener votos, lo cual es reconocido por los mismos candidatos como algo natural. Según el *Manual de marketing político* de Luis Costa Bonino, esta disciplina no es más que la evolución de las tradicionales técnicas de conocimiento del electorado y elocuencia que los políticos

²² RAWLS, John; *op. cit.*, pp. 214/215.

tradicionales siempre usaron²³. Sin embargo, analistas políticos desde hace tiempo vienen denunciando el vacío ideológico y programático en las campañas electorales a merced de los nuevos gurúes del marketing político. Carlos Nino incluso dice que “(n)ada se gana en términos democráticos a través de una publicidad extremadamente intensa de tipo comercial que caracteriza a las campañas políticas modernas. Por el contrario, se pierde mucho en términos de irracionalidad y de incremento de la posibilidad de corrupción”, llegando a proponer “proscribir la publicidad que sólo contiene nombres y eslóganes en lugar de ideas y propuestas”²⁴.

a. Discurso publicitario y condición de sujeto:

El discurso publicitario aplicado a la política no debería ser advertido como una herramienta neutral apta para comunicar del mismo modo ideas radicalmente diferentes. Al menos esto debería resultar imposible luego de la aparición de la propaganda y su conexión con los modelos totalitarios de organización política, pues -siguiendo en esto a Hannah Arendt- podríamos decir que la propaganda funda sus éxitos en aspectos deficitarios de la comunicación de masas, es decir, en la dificultad que tiene esta misma comunicación de masas para comunicar y acercar las realidades propias de la experiencia y su imposibilidad de contener ideas complejas²⁵.

Por otro lado, el discurso publicitario encierra una seria problemática como interpelación-constitución de los sujetos²⁶. La retórica de la publicidad presupone (crea) un sujeto consumidor y no un sujeto actor y a partir de esa presuposición (creación) construye un discurso constitutivo de una

²³ COSTA BONINO, Luis. *Manual de Marketing Político*. Disponible en <<http://www.costabonino.com/manualmp.pdf>>, p. 3. No habría entonces ninguna diferencia relevante entre el político que habla con los ciudadanos y les propone soluciones a sus problemas al político que desde su despacho contrata consultoras especializadas para la diagramación de una campaña electoral.

²⁴ NINO, Carlos Santiago, *op. cit.*, pp. 227/228.

²⁵ ARENDT, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo*, Taurus, Madrid, 1974, p. 426 y ss.

²⁶ ALTHUSSER, Ideología y aparatos ideológicos del estado, Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires, 1988. Relaciones entre Althusser y Zizek en SANTAGATA, Florencia, *El montaje fantasmático (una lectura sobre la ideología en Zizek)*, revista Derecho y Barbarie n° 1, Buenos Aires, 2008.

subjetividad cada vez más divorciada de la vida política de la comunidad,²⁷ minando así las propias bases de la democracia.

Un camino útil para entender esto quizás sea el tomado por Althusser en *Ideología y aparatos ideológicos del Estado*. Este trabajo, propone el estudio de los mecanismos de reproducción de la sociedad identificando la función que los llamados *aparatos ideológicos del estado* tienen en ese proceso. Aunque en el momento de su publicación Althusser no tematizó específicamente el problema de la publicidad, lo sostenido en relación a los aparatos ideológicos es aplicable también al actual discurso publicitario atendiendo a su aptitud para constituir sujetos-sujetados. Asimismo, y de forma casi contemporánea al propio Althusser, Alain Touraine ya advertía acerca del impacto sobre las relaciones capitalistas del discurso publicitario, y autores como Baudrillard²⁸ –y más tarde Bourdieu²⁹– señalaban que el consumo consolida y legitima formas concretas de entender la vida social, asignando, consecuentemente una significación binaria que clasifica y constituye al mundo (Bourdieu). Es discutible que Althusser –como parece afirmar Zizek³⁰– se aparte efectivamente de una idea sustancial de sujeto como existente de forma previa a la ideología. Sin embargo, esto no obsta en nada lo afirmado hasta aquí, de hecho, desde una perspectiva post estructuralista que renuncia a toda idea sustancial de sujeto podemos decir que la publicidad (como cualquier discurso) estructura el vacío. Antes del discurso no hay nada mensurable, o, en términos de Alain Badiou, sólo existe el múltiple puro, una dimensión ininteligible, previa al propio entendimiento. Por medio del discurso, en este caso publicitario, se inscribe simbólicamente –el múltiple devenido en “situación”– en el llamado “estado de situación”. Esta inscripción simbólica reconoce dos excesos: el de los elementos no representados, elementos que aunque son hallables

²⁷ Esta dificultad ya era advertida por Rousseau en su célebre Carta a D’Alambert, donde al momento de tratar la problemática del espectáculo teatral, identificaba que una de las grandes dificultades de la dramaturgia era justamente que reducía al “pueblo” a un papel de triste y pasivo espectador, mientras que la fiesta popular aparecía como la práctica paradigmática de la república por el doble papel que ocupa el ‘pueblo al ser al mismo tiempo actor y espectador, es decir lo mismo que sucedería en la práctica democrática en donde el pueblo crea (sin intermediarios) las mismas normas que se le van a aplicar luego. Ver ROUSSEAU, *Carta a D’Alambert*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 156.

²⁸ BAUDRILLARD, *El sistema de los objetos*, Siglo XXI, México 1969.

²⁹ BOURDIEU, *La distinción. Criterios y bases sociales del gusto*. Taurus, Madrid, 1988.

³⁰ ZIZEK, Slavoj, *El espinoso sujeto*, Paidós, Buenos Aires 2007, p. 152 y ss.

en el múltiple, no encuentran una correlativa inscripción simbólica; y el de los elementos sobrerrepresentados, puesto que toda agencia que gestiona el salto de la situación al estado de situación realiza una inscripción simbólica parcial y tendenciosa. En términos de Laclau, esto también podría ser entendido como el resultado lógico de la lucha por la hegemonía de los significantes. Es decir, que los excesos vendrían a ser por un lado el de la exclusión de significantes alternativos al hegemónico y por otro el del nivel de alcance del significante hegemónico como atado a determinados intereses, cosmovisiones sesgadas, particulares, etc., puesto que la hegemocratización no es más que la actividad de lucha por medio de la cual lo singular se vuelve universal³¹.

La propaganda política, entonces, lejos de ser una actividad destinada a ofrecer información (sin importar que esta sea verdadera o falsa) para fundar elecciones racionales, es un dispositivo de producción de sentidos sociales que exceden a la oferta política en sí³². De hecho, las a veces radicales diferencias entre los candidatos se ven diluidas en la superficialidad de los slogans y spots publicitarios que se homogenizan en abstractas invocaciones a un “cambio” o a elementos arbitrarios e irrelevantes como el nombre de pila de los candidatos, diferenciándose en aspectos apenas estéticos. De esta manera la propaganda –en tanto discurso publicitario sometido a sus reglas generales– además de inscribir simbólicamente el múltiple en el “estado de situación”, instituye también un “pseudosujeto” con rasgos específicos difíciles de conciliar con la democracia.

Entendiendo al sujeto como el agente del pasaje de la multiplicidad dada (situación) al acontecimiento-verdad (Badiou), o como el agente que realiza la hegemocratización (Laclau), y por ende apartándonos de una idea sustancial de sujeto, no podríamos sostener en sentido estricto que el dis-

³¹ LACLAU, *Emancipación y diferencia*, ed. Ariel, Buenos Aires, 1996.

³² Por otra parte, un rasgo particular de la producción de sentidos sociales de la comunicación, es que en ella está todo dado, no existen puentes al múltiple puro, el devenir se encuentra regulado, las categorías ya existen y “los posibles” sólo se ajustan a ellas. Observamos entonces cómo se organiza imaginariamente el mundo, existen (ideas de) mujeres, hombres, obreros, burgueses, significaciones que ya tienen organizada y digerida la esfera de lo real. No hay lugar al acontecimiento como “posibles” o “posibilidades desconocidas. Cf. LAZZARATO, Maurizio, *Por una política menor*, ed. Traficantes de sueños, Madrid, 2006 p. 143 y ss.

curso publicitario produce verdaderos sujetos³³. Pero aquí no se trata del vínculo del “sujeto” con acontecimientos-verdades (como la Revolución Francesa), que tienen carácter de ruptura y de apertura³⁴; que tienen anclaje directo en el vacío, en el múltiple puro y que se expresan sin renegar de las “torsiones sintomales”³⁵, relacionándose con los fundamentos de la “situación” y subvirtiéndola entre otras cosas, por medio del “sujeto”. De lo que se trata es -justamente- de qué es lo que produce la inscripción simbólica instituyente sin que la voz “sujeto” sea estrictamente relevante. Por esto es factible sostener que mientras que en el acontecimiento-verdad aparece el sujeto, en el pseudo acontecimiento (como el nazismo o el stalinismo) que repudia al síntoma, que es mera apariencia, una puesta en escena sin ninguna clase de “verdad” acerca de la “situación”, aparezca un pseudo sujeto. Consideramos que la publicidad y su manifiesta vocación ficcional, que nos muestra representaciones burdas (políticos profesionales interactuando con actores que representan vecinos, maestros, obreros, etc.) instituye -o puede instituir- pseudo acontecimientos (basta recordar la función central de la propaganda en el stalinismo y en el nazismo) y pseudo sujetos (raza aria, etc.).

En el caso que estudiamos aquí, es notorio cómo el discurso publicitario de la propaganda política es una herramienta en la lucha por los significantes (interviene en la institución del significado del “sentido común”, de la “seguridad”, e incluso de conceptos más complejos como “democracia”, “república” o “derecho”), pero también articula pseudo sujetos al promover desde la pospolítica el pasaje de la ciudadanía a categorías pre políticas -como la de “vecino”- y al tratar al electorado como masa de consumidores. Este proceso, en el que el dinero tiene desde luego un rol fundamental como requisito para desplegar campañas masivas y eficientes, mina el significado mismo de la democracia como actividad autoinstituyente

³³ Aún sin una referencia concreta y a riesgo de simplificar extremadamente las categorías, tras la idea de subjetividad en Badiou y Laclau aparece una reminiscencia a la noción marxiana de *consciencia*, quizás pudiendo decirse, que el sujeto es sólo sujeto consciente.

³⁴ Como señala Maurizio Latorazzo, un acontecimiento es una apertura de posibles. LATORAZZO, Maurizio, *ob. cit.* p. 37.

³⁵ Esta noción, heredada del psicoanálisis, da cuenta del valor de aquellos fenómenos que son advertidos como anomalías. Haciendo una brutal analogía podría afirmarse que del mismo modo en que los sueños, y los lapsus “develan algo”, las anomalías abren el acceso al múltiple. En este sentido, desde el pensamiento marxista se encara el fenómeno de las crisis capitalistas no ya como una anomalía, sino como una torsión sintomal, es decir como algo que viene a develar el “real” funcionamiento del sistema.

consciente de la sociedad³⁶; puesto que por un lado se excluye de la inscripción simbólica al individuo como actor relevante en la toma de decisiones colectivas, y, por otro, nutre el vacío de significaciones con un pseudo acontecimiento que instituye verdades que mantienen oculta la potencia autoinstituyente de la democracia por medio de la apelación a falsas convenciones e identidades.

Desde luego, algunos de estos problemas también se vinculan estrechamente a la cuestión de la profesionalización de la política, sin embargo, entendemos que a estas difultades propias de las sociedades organizadas bajo el dogma de la división del trabajo y la democracia representativa, se le suma el hecho de que el impacto del dinero y el discurso publicitario alimenta la proliferación de lo impolítico radicalizando los obstáculos ya existentes.

b. Debate público y legitimación de la democracia

La debilitación de lo que debería ser un debate público “vigoroso, desinhibido y abierto”³⁷ y la posibilidad de su cooptación por parte de quienes tienen el poder para dominar la agenda de la discusión mediática y política, ya no parece soluble sin acudir a algún tipo de regulación sobre las campañas políticas en sí mismas. A, su vez, dejar este problema sin solución parece ser el abandono de una fuente central de legitimidad de los gobiernos democráticos. “Se entiende que el punto preocupante es que las elecciones deben ser libres. Sí, es cierto, pero (...) (e)lecciones libres con opiniones impuestas, no libres, no conducen a nada. (...) Y entonces, todo el edificio de la democracia se apoya, en último término, sobre la opinión pública, y una opinión que sea realmente del público, que realmente nazca del seno de los que la expresan”³⁸.

³⁶ CASTORIADIS, *Lo que hace a Grecia: de Homero a Heráclito*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2006, pp. 351 y ss.

³⁷ Según la calificación que da la Corte Suprema de los Estados Unidos en el célebre fallo *New York Times v. Sullivan*.

³⁸ SARTORI, Giovanni; *¿Qué es la democracia?*; Taurus, Buenos Aires, 2003, pp. 87/88. El fundamento de la democracia en el debate público es explícito en aquellos teóricos que fundan la legitimidad de la democracia en su valor epistémico, entre los cuales descolla en la Argentina Carlos Nino. Sin embargo, no es necesario tener tal concepción sobre la democracia deliberativa para reconocer la importancia del debate público libre en el proceso democrático, como hace por ejemplo Sartori en la cita precedente.

Joseph Schumpeter, pionero en la utilización de los métodos de la economía en el análisis político, expresamente renunciaba a la posibilidad de lograr una legitimación de la democracia en algo parecido a la opinión pública. Schumpeter se limitaba a realizar una definición meramente descriptiva de las democracias realmente existentes, casi jactándose de ello. “(Los consumidores) son tan sensibles a la influencia de la propaganda y de otros métodos de persuasión que a menudo parece que son los productores los que les dictan su voluntad en vez de ser mandados por ellos. (...) Es cierto que siempre hay alguna apelación a la razón. Pero una simple afirmación, repetida con frecuencia, tiene más peso que un argumento racional, y otro tanto ocurre con el ataque directo al subconsciente”. “Normalmente, las grandes cuestiones políticas comparten su lugar, en la economía espiritual del ciudadano típico, con aquellos intereses de las horas de asueto que no han alcanzado el rango de aficiones y con los temas de conversación irresponsable; (...) el ciudadano tiene la impresión de moverse en un mundo ficticio”. “(C)uanto más débil sea el elemento lógico en la formación de la opinión pública, y más completa la falta de crítica racional de la influencia racionalizadora de la experiencia y la responsabilidad personales, mayores son las oportunidades para los grupos que persigan fines interesados. (...) siendo como es la naturaleza humana en la política, (estos grupos) son capaces de configurar la voluntad del pueblo e incluso crearla dentro de unos límites muy amplios”³⁹.

Schumpeter con esto cree fulminar a la (por él llamada) “teoría clásica de la democracia”⁴⁰. Sin embargo, en lo que respecta a este trabajo, nos detendremos en un aspecto de las citas precedentes en el cual creemos que Schumpeter incurre en un grave error, y que servirá para entender nuestra preocupación por la distorsión del debate electoral y del debate público en

³⁹ SCHUMPETER, Joseph A., *Capitalismo, socialismo y democracia*, Folio, Barcelona, 1996, pp. 330/336.

⁴⁰ SARTORI, *op. cit.*, p. 155 y ss., plantea que toda teoría completa de la democracia debe contener tanto una mirada descriptiva como una orientación prescriptiva. La teoría de Schumpeter tiene entonces un importante valor descriptivo: podría distinguir eficazmente una democracia de, por caso, una autocracia. De hecho, Schumpeter acusa a la “teoría clásica” de no observar la realidad, confundiendo a veces observaciones con aspiraciones. Sin embargo, al carecer de una valoración deontológica, no permite distinguir *grados de democratización*; y es precisamente esta ausencia de un elemento prescriptivo lo que hace que no pueda enfrentarse frontalmente a la “teoría clásica” de la democracia representativa en un mismo plano.

general. Schumpeter parece suponer que la “teoría clásica” de la democracia implica necesariamente que el público tenga un acabado conocimiento sobre todos los asuntos de interés público, análogo al que cada individuo tiene sobre sus intereses particulares. Sin embargo, Giovanni Sartori marca que la expresión “opinión pública” no es casual. Justamente para defenderse de la objeción antidemocrática de que “el pueblo no sabe”, los teóricos de los decenios previos a la Revolución Francesa sostenían que la democracia no exige que el pueblo posea *episteme*, a la manera del filósofo-rey de Platón, sino simplemente *doxa*, esto es, opinión⁴¹. Está claro que la *doxa* es un requisito muchísimo menos exigente que la *episteme*, pero también es mucho más endeble y volátil. Por este motivo se hace necesario prestar especial atención al proceso de formación de esta opinión pública, puesto que si la opinión pública pudiese manejarse a voluntad, quien lo hiciese tendría en sus manos la legitimidad del régimen democrático. Lo cierto es que, más allá de los análisis semiológicos y sociológicos que cabría realizar pero que lamentablemente escapan a este trabajo, la opinión pública tiene tanto elementos autónomos como heterónomos, debiendo intentar fortalecer los primeros tanto como sea posible⁴².

Refiriendo justamente a las llamadas por Sartori “teorías elitistas de la democracia”⁴³ (como la de Schumpeter y sus sucesoras) Jürgen Habermas realiza una crítica demoledora: “La democracia ya no se define por el contenido de una forma de vida que hace valer los intereses generalizables de todos los individuos; ahora no es más que el método de selección de líderes y de los aditamentos del liderazgo. Por democracia ya no se entienden las condiciones en que todos los intereses legítimos pueden ser satisfechos mediante la realización del interés fundamental en la autodeterminación y la participación; ahora no es más que una clave de distribución de recompensas conformes al sistema, y por tanto un regulador para la satisfacción de los intereses privados; esta democracia hace posible el bienestar sin libertad. La democracia ya no se asocia con la igualdad política en el sentido de una distribución igual del poder político, es decir, de las oportunidades

⁴¹ SARTORI, *op. cit.*, pp. 88/90.

⁴² SARTORI, *op. cit.*, p. 93 y ss.

⁴³ En efecto, Schumpeter define a la democracia únicamente por su método, que sería “aquel sistema institucional, para llegar a las decisiones políticas, en que los individuos adquieren el poder de decidir por medio de una lucha de competencia por el voto del pueblo”. Schumpeter; *op. cit.*, p. 343. La crítica de Sartori en *¿Qué es la democracia?*, *op. cit.*, p. 155 y ss.

de ejercer poder; la igualdad política solo significa ahora el derecho formal al acceso al poder con iguales posibilidades, es decir, ‘el derecho igual a ser elegido en posiciones del poder’. La democracia ya no persigue el fin de racionalizar el poder social mediante la participación de los ciudadanos en procesos discursivos de formación de la voluntad; más bien tiene que posibilitar compromisos entre las élites dominantes.”⁴⁴

Es precisamente para evitar que la caricatura de democracia que describe Habermas termine por ser no sólo plenamente real sino incluso legitimada, que se debe situar a las campañas absolutamente por fuera de la lógica de mercado y reubicarlas en el lugar que lógicamente les corresponde: en la lógica pública.⁴⁵ En efecto, esto tiene una consecuencia lógica inevitable: si las campañas políticas son libradas a su suerte mediante la mercadotecnia electoral, que obviamente sigue a la lógica de mercado, nada hace suponer que los candidatos comiencen a comportarse según la lógica pública una vez que asumen el cargo. Y en la lógica de mercado, recordemos, los individuos persiguen, de manera legítima, el propio interés⁴⁶.

II. LAS OBJECIONES

Si bien en nuestro sistema los límites a los gastos de campaña no han recibido objeciones⁴⁷ resulta especialmente necesario tratar los embates

⁴⁴ HABERMAS, Jürgen; *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Ediciones Cátedra, Madrid; 1999, pp. 204/205.

⁴⁵ DALLA VIA, *Derecho Constitucional Económico*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.

⁴⁶ Desde la llamada escuela de la *public choice* se niega la diferenciación entre estas dos lógicas. Dicen por ejemplo que “un factor significativo en el respaldo popular al socialismo a través de los siglos ha sido la creencia subyacente de que el desplazamiento desde el ámbito de la elección privada al de la social implica el reemplazar el motivo del beneficio privado por el del bien social. (...) (Nosotros defendemos) la hipótesis de que el mismo individuo participa en ambos procesos, contra el casi seguro ataque de los moralistas”. BUCHANAN, James y TULLOCK, Gordon, *El cálculo del consenso*, Planeta-Agostini, Buenos Aires, 1993, pp. 45/46. Nosotros creemos, sin embargo, que se puede y se debe diferenciar estas dos lógicas, ya que los valores éticos del individuo también son un factor determinante de la conducta del *homo economicus*.

⁴⁷ La sanción de la Ley 26.215 registró, en la Cámara de Diputados, 19 votos negativos, todos de diputados del entonces ARI y del Partido Socialista. Pero justamente, esta oposición gravitó en que las disposiciones del proyecto no eran los suficientemente restrictivas. Ver debate durante la “Reunión No. 51 - 1a. Sesión ORDINARIA DE PRÓRROGA celebrada el 13/12/2006”.

que ha recibido la restricción en Estados Unidos como herramienta para poder identificar cuál es el alcance posible de la legitimidad de la intervención estatal, y así determinar que dispositivos más eficaces que los actualmente vigentes serían constitucionalmente admisibles.

Las objeciones de fondo gravitaron en la doctrina y la jurisprudencia americana sobre un derecho cuyo peso -se pretende- puede hacer recular a la pretensión del Estado de reglamentar el debate público. En la tradición americana la fuerza -incluso retórica- de cualquier apelación a la libertad de expresión reviste una potencia difícilmente asimilable a nuestra cultura jurídica. El dogma propio de John Milton⁴⁸ y Stuart Mill, según el cual las restricciones a la libertad de expresión tienen escaso sentido cuando la expresión es justamente la herramienta para corregir adecuadamente los errores, por medio de la refutación, ha calado en la cultura americana como en ningún otro lugar del mundo. Por esto es que, al menos tentativamente, puede funcionar el argumento según el cual los gastos de campaña, entendidos como expresión, sólo pueden ser restringidos cuando un interés preponderante al menos tan valioso como la libertad de expresión, se encuentre seriamente comprometido⁴⁹. Sin embargo, aquí concurren varias dificultades, mientras una buena parte de la tradición americana entenderá que *Buckley* se ajusta a lo fallado en una larga secuencia de casos en los que se defendió la libertad de expresión, otros entienden que tal secuencia lógica no es tan armoniosa como se la presenta. En el caso *Schneider*, la Corte sostuvo que la libertad de expresión no podía restringirse en aras de tutelar “las veredas limpias”⁵⁰ del mismo modo que -analógicamente- se podría decir que en *Buckley vs. Valeo* entendió que la libertad de expresión no podía ser sacrificada en el altar de una pretendida justicia en la contienda electoral. Sin embargo, la lectura opuesta es perfectamente posible⁵¹. En el

⁴⁸ MILTON, John, *Areopagítica*, Fondo de Cultura Económica, México, 1941 y John Stuart Mill, *Sobre la libertad*, Aguilar, Buenos Aires, 1968.

⁴⁹ *Buckley v. Valeo* 424 U.S.1 (1979).

⁵⁰ *Schneider v. Sate* 308, U.S. 147 (1939).

⁵¹ No podemos soslayar, que muy recientemente la Suprema Corte de Estados Unidos, ha radicalizado la línea argumental ensayada en *Buckley v. Valeo*. En el precedente *Citizens United v. Federal Election Commission* (558 U.S. 2010) el máximo tribunal ha reafirmado la equivalencia, en lo relativo a la primera enmienda, entre personas físicas y corporaciones y librado a estas últimas de las prohibiciones y límites a los gastos fijados por la ley *McCain-Feingold*. Según la visión de la mayoría si bien las restricciones a las donaciones son válidas, las corporaciones tienen el derecho de destinar tantos recursos como quieran a la

caso *Schneider*, la Corte entendió efectivamente que la libertad de expresión era un “bien” superior a “la limpieza de las calles”, pero a su vez, permitió la lectura según la cual el principio de neutralidad podía encontrarse afectado en casos de restricciones que con apariencia neutral seleccionaran sólo a un grupo de actores. El principio de neutralidad en los tribunales americanos implica que el estado debe permanecer indiferente al contenido de las expresiones que se regulan, y por tanto las restricciones *content-based* quedan –en principio– prohibidas. De esta manera, y relevando la dificultad que tenían para expresarse aquellos que estaban privados de recursos para publicidad, la Corte estimuló la idea de que la restricción que impedía la distribución de panfletos tampoco era completamente neutral. Si bien se advierte aquí una asociación entre dinero y expresión, la direccionalidad de esa asociación es más bien la inversa que en *Buckley*. Justamente en *Schneider* lo que estaba en juego era que el impedimento de distribuir panfletos en la vía pública sólo perjudicaba a quienes menos recursos tenían, afectando de esa manera la difusión de ideas con menos sostén económico, por lo que virtualmente se excluía del debate público a aquellos con menos recursos. Las normas impugnadas en *Buckley*, por su parte, no excluían del debate ninguna opinión por su contenido, ni a ningún actor social por su procedencia. Asimilar entonces la libertad de expresión al dinero o capacidad de gasto, supone el severo inconveniente de reconocer que quienes tiene más dinero tendrían entonces “más expresión”, cuando en *Schneider* lo que ocurrió fue más bien lo contrario, se defendió el derecho a la libertad de expresión por sobre la norma plana justamente porque el actor no tenía dinero y debía ser reforzado en su capacidad de comunicar su discurso.

Por otro lado, parte de la problemática del gasto de campaña también se puede resolver recurriendo a conceptos usados en el precedente *Red Lion*. Allí la Corte identificó, entre otras razones para admitir la constitucionalidad de las obligaciones de *must-carry* y las surgidas de la *fairness doctrine*, el problema de la escasez como fuente de legitimidad para mayores

difusión de sus mensajes incluso cuando estos sean de carácter proselitista. Para el tribunal, en términos de libertad de expresión se debe garantizar la proliferación de discursos con independencia de su origen, negando que el gobierno pueda privilegiar por ley a algunos grupos sobre otros (personas físicas por sobre corporaciones) en su capacidad de expresión. Asimismo, este precedente establece explícitamente la inconstitucionalidad de restricciones a la expresión fundadas en la capacidad económica de los *speakers*; rechazando así, que el efecto distorsivo del dinero sobre el debate público constituya un interés estatal suficiente para restringir el alcance de la primera enmienda.

restricciones. Según la doctrina de la escasez, allí donde el “espacio” para la comunicación es finito, la intensidad de las restricciones que pueden ser constitucionalmente toleradas es mayor, por lo que la circunstancia fáctica de la escasez debe ser considerada en el caso particular para poder concluir en la validez de la norma impugnada. De esta manera, bien podría decirse que la “cantidad” de espacio público utilizable (con aptitud para comunicar ideas) durante las campañas electorales es también finito⁵² y por lo tanto la incidencia del uso libre del dinero resulta necesariamente en “menos” expresión para los discursos con menos recursos económicos.

Sin recepción jurisprudencial, resta por otro lado la respuesta ofrecida por Owen Fiss⁵³, que –de todas maneras– pivotea sobre una noción de libertad de expresión que no es completamente ajena a la tradición jurisprudencial americana. Según este autor, la libertad de expresión hay que entenderla no como un bien individual de sesgo patrimonial, sino como relación y realización colectiva. Así, la libertad de expresión es tal, sólo en el debate público, en el intercambio de expresiones, en la posibilidad de influenciar y ser influenciado por los demás en el seno de la sociedad. Aunque los tribunales no hayan recurrido a la argumentación de Fiss según la cual restricciones a la libertad de expresión como la de los límites a los gastos de campaña, no vienen a limitar su goce sino a realizarlo efectivamente, si han visto cierta estructuralidad en el derecho. Algo de esto se deduce de la tradición de la Corte y de jueces como Holmes, que le atribuyen a la libertad de expresión su valor especial de libertad preferida en razón -exclusivamente- de su potencia para incidir en la esfera pública formando opinión, controlando los actos de gobierno y ofreciendo elementos a las personas para que elijan sus respectivos planes de vida.

En nuestro sistema, la libertad de expresión es, como la igualdad, función de la democracia; sin embargo, no es posible tutelarla –a diferencia de lo que ocurre en el sistema norteamericano– invocando el principio de neutralidad. El rol del Estado en nuestro sistema constitucional es estructuralmente activo, no se trata ya de respetar una esfera de autonomía preexistente al estado sino por el contrario de justificar la existencia misma

⁵² Aun sin datos precisos, no es difícil entender que el espacio publicitario de la televisión, diarios y vía pública, es naturalmente limitado, por lo que el elemento de escasez se encuentra formalmente presentes, máxime si a esa limitación se agrega la limitación económica existente en el acceso a esos mismos espacios.

⁵³ Fiss, Owen, *La ironía de la libertad de expresión*, Gedisa, Barcelona, 1999.

de él como la forma de organización política más eficaz para asegurar la autonomía y el goce de derechos. Quizás éste sea el primer motivo para encontrar dificultades estructurales en la importación del llamado “principio de neutralidad”, en la medida de que el Estado argentino, justamente en vez de ser “neutral”, se propone una amplia intervención capaz de asegurar los derechos. En perfecta sintonía con esto, el Estado por medio de sus compromisos internacionales ha asumido la responsabilidad de proscribir determinados discursos justamente por su contenido (discursos racistas, xenófobos, de odio religioso o sexista) y, al mismo tiempo, le ha dado prelación axiológica a los valores democráticos. De esta manera, la raigambre constitucional del entendimiento sobre el alcance y significado de la libertad de expresión en nuestro sistema, no sólo admite que se instrumenten mecanismos por los cuales el dinero no excluya voces minoritarias o con menor poder económico, sino que incluso lo demanda como mecanismo de aseguramiento del funcionamiento democrático de las instituciones.

III. CONCLUSIONES

Creemos haber justificado con lo anterior la necesidad imperiosa de no dejar las campañas electorales en total libertad, estableciendo algún tipo de regulación tendiente a diluir, tanto como sea posible, estas relaciones entre política y dinero. Sólo así se puede cumplir con el mandato constitucional de igualdad en el ejercicio de los derechos políticos y elevar la calidad de la representación y del debate público de modo que puedan tener un funcionamiento auténticamente democrático, permitiendo a los ciudadanos dejar de ser meros espectadores en la elaboración de la agenda pública y consumidores de ofertas políticas prefabricadas. Por otra parte, establecimos que el derecho a la libertad de expresión no sólo no es un obstáculo constitucional para dichas regulaciones sino que además una visión integral de la libertad de expresión lleva por el mismo camino que ya habíamos comenzado a recorrer.

Sin embargo, y ya en el mundo político real, cuando se trata de imponer límites relacionados con la libertad de expresión y la libertad política, se deben extremar precauciones para no violar derechos fundamentales ni, más indirectamente, estar creando instituciones que puedan ser fácilmente desviadas de sus fines originarios para ejercer un indebido control sobre la prensa y los partidos políticos.

Este ensayo no se propone ser un manual legislativo, por lo que no nos intentaremos esbozar un modelo completo de regulaciones sino simplemente apuntar algunas ideas que permitirían materializar los objetivos aquí planteados, y cuya formulación final cabe al proceso político. Actualmente, el Código Electoral sólo prevé límites relativos a la duración de las campañas electorales, penando con multas más o menos severas a sus infractores. La Ley 26.215 de Financiamiento de los Partidos Políticos establece límites de gastos de campaña, a la razón de \$1,5 por elector habilitado por distrito. Además, le concede a los partidos políticos tiempo gratuito en medios de radiodifusión, tanto radiales como televisivos. De manera similar a los fondos públicos de los partidos políticos, este tiempo es distribuido según los resultados electorales de las elecciones inmediatamente anteriores⁵⁴.

Sin embargo, creemos que los límites de la ley argentina son insuficientes. Y mucho más que eso, suelen ser poco respetados. Así, tenemos tres grandes problemas que enfrentar: qué regulaciones implementar, cómo hacerlas cumplir y cómo evitar abusos en su aplicación.

Sobre la primera cuestión, creemos que las meras limitaciones a los gastos no son eficientes ni controlables. En su lugar, proponemos una regulación por rubros, que pueda permitir que la campaña electoral dependa menos de las estrategias publicitarias que del contenido real de sus mensajes. En términos prácticos, la ley debería especificar montos máximos en los diferentes tipos de gastos previstos en las campañas (afiches, folletos, actos públicos, publicidad televisiva y radial, etc.). Encontramos una incipiente regulación en este sentido en el derecho español. La ley orgánica 5/1985 prevé que no podrá superarse más del 25% del límite de gasto en publicidad exterior (afiches, pancartas, etc.) ni el 20% en publicidad en medios privados de comunicación (arts. 53 y 58). Si bien pensamos en una

⁵⁴ Los aportes financieros se distribuyen en un 30% de manera igualitaria entre todos los partidos que se presentan, y el 70% de manera proporcional al resultado de la última elección entre los partidos que hubiesen obtenido al menos votos equivalentes al 1% del padrón electoral del distrito. El tiempo televisivo se distribuye en un 50% en partes iguales y en el otro 50% según la elección anterior. (arts. 36 y 43 de la Ley 26.215). Este tipo de distribución por un lado tiende a mantener el *statu quo* independientemente de sus virtudes, mientras por el otro ayuda a evitar que partidos irresponsables ingresen en la arena electoral movidos sólo por la posibilidad de financiamiento público. Al respecto, véase FERREIRA RUBIO, Delia; *Financiamiento político en el Cono Sur: Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay*; disponible en <http://www.idea.int/publications/good_practices_la/upload/Parte2Cap3.pdf>.

división más específica, esta norma va en la línea que apuntamos. Incluso esta división en rubros también podría realizarse según ámbitos territoriales, pensando especialmente en los grandes distritos. Aun sin cifras actualizadas creemos fundamental que los límites, sin dejar de ser realistas, estén más cercanos a los gastos de una campaña austera que a los de una ostentosa: en efecto, límites altos equivalen, para los partidos pequeños y medianos, a ausencia de límites, con lo cual su efecto oligopolizante en el debate público apenas se ve afectado.

La división por rubros de los límites a los gastos presenta a nuestro entender dos ventajas. Por un lado, hace más difícil la tergiversación de datos por parte de los partidos y por lo tanto más fácil su control por parte de la autoridad de aplicación. Por el otro, deja menos margen para planear estrategias publicitarias de tipo comercial: los candidatos deberían enfrentarse en virtual igualdad de armas en cada uno de los escenarios en los cuales se plantea la campaña. Así, las paredes no estarían cubiertas por un mismo color homogeneizante sino que podrían ser un mosaico de diferentes partidos y candidatos, el tiempo en televisión estaría cruzado por *spots* con diferentes propuestas, los medios gráficos no dedicarían una doble página central a un candidato sino que varios tendrían su recuadro. Al disminuir el impacto del tamaño y el tiempo de los mensajes, el criterio de diferenciación para los electores se dirigiría, casi naturalmente, a diferencias intrínsecas entre los candidatos en lugar de las meramente superficiales.

En la misma línea, hay ciertos tipos de propaganda electoral que por su carácter meramente comercial podrían ser proscriptos sin peligro para la robustez del debate público, sino al contrario, en su beneficio. Encontramos un ejemplo de estas proscripciones en Bélgica, donde las campañas electorales son reguladas por la ley del 4 de julio de 1989. Además de imponer un límite de un millón de euros para la campaña⁵⁵ (art. 2º), en su art. 5 veda varias clases de gastos electorales para evitar un giro comercial de la campaña. Así, están prohibidos los afiches de carácter comercial y los no comerciales mayores a 4 m², los regalos proselitistas que no sean sobre papel, la campaña telefónica, los spots radiales y televisivos de carácter meramente comercial y los avisos pagos en Internet.

En cuanto a la segunda cuestión, puntualmente el *enforcement* de las normas, existen en la Argentina sanciones principalmente de carácter

⁵⁵ Teniendo en cuenta que Bélgica tiene aproximadamente ocho millones de electores, corresponden cerca de € 0,12 por elector, contra \$1,5 en la Argentina.

pecuniario⁵⁶. Sin embargo, el grave peligro de este tipo de sanciones es que miradas desde la lógica de mercado a la que hacíamos referencia más arriba no son más que costos de campaña, por más que no sean formales ni típicos. Si un candidato, al que suponemos con recursos económicos virtualmente ilimitados, realmente desea el cargo, no tiene incentivos para cumplir con las limitaciones. De hecho, el incumplimiento lo colocaría en una ventaja comparativa frente a los candidatos que sí los cumplen. Esto termina por generar una situación de tipo “dilema del prisionero”, en la cual el incentivo para violar las normas es tal que todos acaban por hacerlo, llegando a una situación en la que todos están peor que si todos hubiesen respetado la norma inicialmente.⁵⁷ En efecto, en términos de la racionalidad del agente, el *costo* de violar una norma es definido como igual a la diferencia entre el beneficio obtenido de tal conducta y el producto de la sanción y la probabilidad de ser sancionado. Teniendo en cuenta ello, el costo de las multas debería ser insólitamente alto para que al candidato deje de *convenirle* violar los límites, por lo que debería pensarse en otro tipo de sanciones. Sin embargo, atendiendo a la mayoría de la legislación comparada, este tipo de sanciones es el prevaleciente.

Ante esta inevitable impotencia de las solas sanciones pecuniarias, parece intuitivamente acertado que la sanción ataque justamente el bien que la violación de la norma persigue, esto es, al cargo que se elige. En efecto, el artículo 109 de la Constitución Política de Colombia, modificado por Acto Legislativo 1 de 2003, establece que “(p)ara las elecciones que se celebren a partir de la vigencia del presente acto legislativo, la violación de los topes máximos de financiación de las campañas, debidamente comprobada, será sancionada con la pérdida de investidura o del cargo”. Semejante sanción,

⁵⁶ Los arts. 62 a 67 de la Ley 26.215 de Financiamiento de Partidos Políticos establecen tanto multas como la privación de fondos públicos para las elecciones subsiguientes. Sin embargo, observa Delia Ferreira Rubio en la obra citada que “en general, en América Latina, la aplicación efectiva de estas multas ha sido muy limitada y aún cuando se ordena su aplicación, se tropieza con la irresponsabilidad patrimonial de los partidos y los dirigentes” (p. 278). El art. 63 de la misma ley establece para el caso de incumplimiento una inhabilitación de seis meses a diez años para el ejercicio de cargos públicos o partidarios para el presidente y el tesorero del partido y los responsables políticos y económico-financieros de la campaña (no para los candidatos).

⁵⁷ Salvo por un detalle nada menor: en esta carrera quedan atrás todos los que no tienen los recursos para llegar al punto de violar los límites. Sobre la relación entre la violación de la ley y el llamado *dilema del prisionero* puede verse NINO, Carlos Santiago; *Un país al margen de la ley*; Ariel, Buenos Aires, 1992, en especial el capítulo II.

hasta donde tenemos noticia, nunca se llevó a la práctica. De hecho, la gravedad de la sanción y su íntima relación con el proceso político hace que la sanción pueda derivar de eficaz en terriblemente peligrosa, incluso sin pensar en supuestos de corrupción en la autoridad de aplicación: el hecho de que individuos designados funcionarios en elecciones libres puedan ser removidos de sus cargos por exceso de gastos en la campaña puede generar auténticos problemas de legitimidad en la aplicación de la sanción. El castigo recaería en este supuesto no sólo sobre el candidato sino también sobre sus votantes, que se verían privados de su representación, y de los cuales no puede saberse *a priori* y con seguridad que no hubiesen votado por el candidato en cuestión de no ser por sus cuantiosos gastos en su campaña.

Por otro lado, y en relación a las sanciones por incumplimiento de las normas sobre gastos electorales, existe un problema que no podemos soslayar: la cuestión de la autoridad de aplicación. En efecto, a medida que las sanciones que prevemos se hacen más fuertes, aumenta proporcionalmente el peligro de dar discrecionalidad al órgano encargado de determinar su aplicación. En la Argentina, urge en primer lugar la necesidad de quitarle las atribuciones electorales al Ministerio del Interior, por su obvia parcialidad. Todas las cuestiones relativas a la organización de las elecciones, incluyendo no sólo lo relativo a financiamiento de los partidos y control de sus gastos sino también a la logística del acto electoral y el recuento de votos, deberían estar a cargo de un ente absolutamente independiente. Bruce Ackerman, en un trabajo en el que intenta acabar con la noción de que el sistema tripartito de Montesquieu es eterno, propone la creación de un órgano de jerarquía constitucional al que llama *Democracy Branch*⁵⁸. “Las atribuciones delegadas a este poder dependerán, por supuesto, de la particular concepción de democracia a la que adhiera la convención constituyente. Una mayoría podría contentarse con una visión muy estrecha de un proceso justo: mientras los votos sean contados honestamente, nada

⁵⁸ ACKERMAN, Bruce; *The New Separation of Powers*, disponible en formato electrónico en <<http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Faculty/TheNewSeparationofPowers.pdf>>, p. 718. Un ejemplo real de la propuesta de Ackerman, al que por cierto refiere, es el previsto por el art. 324 de la Constitución de la India, consistente en una *Election Commission*, cuyos miembros son nombrados por el Presidente (no por el Primer Ministro, recordemos que la India tiene un sistema parlamentarista de gobierno) según los mecanismos que prevea el Congreso y removidos sólo mediante el mismo procedimiento que un juez de la Corte Suprema. Observa Ackerman que a pesar de los altos índices de corrupción de la India, logra mantener elecciones creíbles mediante este mecanismo.

más debería ser exigido constitucionalmente. O bien la convención podría comprometerse con una noción mucho más robusta, exigiendo imparcialidad en la definición de los distritos legislativos y justicia en la distribución de recursos financieros durante las campañas electorales”⁵⁹. En esta línea, creemos que si vamos a tomarnos en serio la regulación de las campañas electorales, debería avanzarse en este sentido para mitigar los riesgos de transformar una verdadera decisión democrática en una herramienta de presión por parte del partido gobernante.

Aún olvidándonos de la cuestión de la autoridad de aplicación por un momento, el panorama parece bastante desolador: parecería que estamos puestos a elegir inexorablemente entre sanciones ineficaces por un lado y sanciones muy peligrosas por el otro. Sin embargo, existe un punto central que puede darle a estas reglas sobre gastos de campaña una fuerza vinculante tal vez mayor que la de cualquier sanción proveniente de la ley. Decíamos que la sanción debe afectar a lo que los candidatos buscan mediante la violación de la norma: la sanción debe afectar entonces al voto del pueblo, es decir, el pueblo no debe votarlos. Así formulado, esto es una perogrullada, por supuesto. Sin embargo, creemos que en el largo plazo debe poder convencerse a la gente de todos estos motivos que hemos estado exponiendo y que justifican sobradamente, pensamos, las regulaciones estrictas a las campañas electorales. “(M)ás que en otros aspectos de la vida política, la relación dinero/política constituye un desafío cultural antes que legal. Las reglas, en este campo, actúan como meros incentivos para la generación de condiciones más equitativas y transparentes pero no garantizan el logro del objetivo. Mientras un 41,9% de la población piense que cierto grado de corrupción es tolerable, a cambio de un gobierno eficiente y eficaz, las leyes que aspiren a controlar el fenómeno de la corrupción serán sólo parcialmente eficaces”⁶⁰. El control real y efectivo por parte de la sociedad civil parece ser un factor de presión irremplazable para que los candidatos cumplan con los límites a los gastos de campaña. La ONG *Poder Ciudadano*, por ejemplo, realiza hace años controles sobre el origen y destino de los fondos electorales después de cada campaña. La multiplicación y amplia difusión de este tipo de controles puede, sin necesidad de verdaderas sanciones formales, ser un poderosísimo incentivo para que los candidatos cumplan con estas normas, sólo para evitar el descrédito

⁵⁹ ACKERMAN, *op. cit.*, p. 718.

⁶⁰ FERREIRA RUBIO, Delia. *Financiamiento político en el Cono Sur...*, *ob. cit.*, p. 272.

público que les representaría estar violando las normas antes siquiera de comenzar a ejercer funciones.

Difícilmente reformas de esta naturaleza se realicen pacíficamente. Esto no sólo debido a las legítimas divergencias ideológicas y programáticas entre los legisladores, sino que es más bien difícil que los miembros de la corporación política actúen en contra de sus propios intereses de un modo tan directo. Sin embargo, existen momentos históricos en los cuales la sociedad reclama cambios profundos en el sistema político, y en esos momentos es posible lograr este virtual milagro de que los legisladores promuevan la creación de un sistema que, posiblemente, podría dejarlos afuera de una, de otro modo más probable, reelección. Owen Fiss cree que en la historia de los Estados Unidos, el período posterior al *Watergate* fue uno de estos momentos, a cuyo término se aprobó la *Federal Election Campaign Act*. En referencia a ello escribe: “es posible que el esfuerzo por establecer un sistema de financiamiento público y de estrictos límites a los gastos de campaña descansara en fundamentos genuinamente democráticos: relevar a los candidatos de la necesidad de gastar tiempo y energías en conseguir fondos, afirmar la igualdad moral de los ciudadanos implícita en la regla “un hombre, un voto”, asegurar que las voces de los menos adinerados no sean sofocadas y que las carreras electorales se decidan sobre la base del carácter y las ideas más que por la fortuna. (...) La reforma de 1974 bien podría ser uno de esos raros momentos de la historia en el cual los legisladores actuaron sobre la base del principio democrático y cambiaban las reglas de juego para mejor”⁶¹.

⁶¹ Fiss, Owen. *Money and Politics*. Yale University Press disponible en <<http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Money-Politics.pdf>>, pp. 2475/2476.