

El Gasto Electoral y los Derechos Constitucionales*

CARLOS PEÑA GONZÁLEZ

- El proyecto en actual tramitación sobre financiamiento electoral establece límites a las contribuciones que los particulares puedan efectuar a una candidatura y límites al gasto electoral en que las candidaturas puedan incurrir. Este texto analiza la constitucionalidad de ese proyecto. Los límites al gasto se analizan a la luz del derecho a la libertad de expresión (art. 19, N° 12, CPE). Los límites a las contribuciones se analizan en relación a la libertad de expresión (art. 19, N° 12, CPE), el derecho de propiedad (art. 19, N° 24) y el derecho a un trato igual (art. 19, N° 2, CPE). El texto juzga que los límites al gasto son inconstitucionales.
- El gasto electoral es un acto que se traduce, de manera inmediata, en comunicación política y está cubierto por la libertad de expresión. Si bien la Constitución permite —en momentos electorales, como lo ha declarado el Tribunal Constitucional— regulaciones tendientes a favorecer la igualdad de oportunidades (art. 1) y fortalecer un sistema electoral igualitario y público (art. 18) no autoriza, sin embargo, de manera directa, el establecimiento de *límites* si hay otras alternativas que, favoreciendo el mismo objetivo, resultan menos lesivas. El legislador debe, entonces, efectuar una estricta ponderación de bienes al tiempo de decidir el establecimiento de límites al gasto. El legislador está obligado a buscar una regla adecuada en cumplimiento del mandato del artículo 19, número 26 de la Constitución: una regla que mejorando la competencia electoral, deje incólumes, o lesione menos, los derechos constitucionales en juego.
- En el caso en análisis, el límite al gasto disminuye la comunicación política en perjuicio de los electores. El texto sostiene que es superior una regla que establece subsidios, *por ejemplo a la publicidad en medios de comunicación local, con un tope*. Los subsidios —a diferencia de los límites al gasto— no lesionan la comunicación política y, en cambio, favorecen la entrada de nuevos actores al sistema. Un sistema de subsidios bien orientado fomenta el ideal deliberativo de la democracia, cuestión que el establecimiento de límites no hace.
- El establecimiento de límites supone definir lo que ha de entenderse por gasto electoral, mediante una fórmula abierta, como lo hace el proyecto. Esa fórmula abierta obliga a instituir a una autoridad encargada de controlar el contenido de los actos de comunicación, lo que ha de estimarse especialmente lesivo de la libertad de expresión, que exige neutralidad del Estado respecto del contenido de los mensajes.
- No puede estimarse, en principio, que los límites a las contribuciones de dinero lesionen la libertad de expresión política. El aporte de dinero, si bien revela preferencias de los electores, no constituye un acto de comunicación política directa. Un límite razonable a esas contribuciones puede estimarse ajustado al artículo 19, N° 24 que consagra el derecho de propiedad. Distinto es el caso de bienes avaluables en dinero que son directamente expresivos como la capacidad intelectual, las habilidades artísticas. El límite a la contribución de este tipo de recursos posee problemas de inconstitucionalidad a la luz del artículo 19, N° 12.

Carlos Peña González. Abogado, estudios de postgrado en Sociología (PUC) y de Doctorado en Filosofía (UCH). Profesor de Derecho, Universidad de Chile. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Ha publicado *Práctica Constitucional y Derechos Fundamentales* (Santiago, 1995), *El rol del Estado y el Mercado en la Justicia* (Santiago, 2000), *Seguridad Jurídica e Inversión* (PNUD, 1999).

* El autor agradece a Axel Buchheister, Jorge Claissac y Carlos Frontaura por sus comentarios a una versión previa de este trabajo. También agradece a los participantes en el seminario organizado por el Centro de Estudios Públicos el 7 de enero de 2002, en el que esa versión fue discutida.

Puntos de Referencia es editado por el Centro de Estudios Públicos. Director responsable: Arturo Fontaine Talavera. Dirección: Monseñor Sótero Sanz 175, Providencia, Santiago de Chile. Fono 231 5324 - Fax 233 5253.

Cada artículo es responsabilidad de su autor y no refleja necesariamente la opinión del CEP. Esta institución es una fundación de derecho privado, sin fines de lucro, cuyo objetivo es el análisis y difusión de los valores, principios e instituciones que sirven de base a una sociedad libre.

I

La regulación del gasto electoral es uno de los aspectos más delicados del sistema político. En general, este tipo de regulaciones se inspiran en la necesidad de separar el proceso político del proceso económico –para impedir que las desigualdades económicas alteren la igual ciudadanía– y están animadas por el propósito de contribuir a que la democracia no constituya simplemente un mecanismo para sumar las preferencias de los ciudadanos, sino que se asemeje, también, al ideal regulativo de un diálogo público entre iguales. Como todos los diseños institucionales, este tipo de regulaciones deben tener en cuenta las restricciones del entorno. Esas restricciones incluyen, entre otras, la racionalidad de los actores políticos y los derechos constitucionales. La racionalidad de los actores exige que una regulación de esta índole establezca incentivos correctos y cuente con un muy eficiente sistema de fiscalización¹. La regulación no debe, además, infringir derechos constitucionales, que son los valores últimos que la comunidad política ha declarado para sí.

Las líneas que siguen exploran la relación entre la regulación del gasto electoral –tal como se le concibe en el proyecto iniciado con el mensaje 81-344– y algunos de los derechos constitucionales. Para efectos del análisis, el texto distingue entre los límites *a las contribuciones* que un particular puede hacer a una campaña electoral y los límites *al gasto* de cada candidatura. En el primer caso se analizan separadamente la libertad de expresión, el derecho de propiedad, y el principio de igualdad. En el segundo caso, el análisis se detiene en la libertad de expresión.

¹ Sobre ese tema, puede verse Peña, Carlos, 2001, “Dinero y Política: Sobre las formas de financiamiento electoral”, *Estudios Públicos*, 84 (Primavera).

II

Los límites a las contribuciones y los derechos constitucionales

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

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

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

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

Lo que cabe analizar es si acaso una limitación como esa puede estimarse lesiva de algunos derechos constitucionales, entre los que se cuentan el derecho a la libertad de expresión, el derecho de propiedad y el derecho a un trato igual. Usted podría argumentar que el gasto que usted se muestra dispuesto a hacer en la promoción de una candidatura, constituye una forma de comunicación política amparada por el derecho a la libertad de expresión (artículo 19, número 12 de la Constitución) y que, en consecuencia, el establecimiento de límites a esa forma de comu-

nicación, importaría un desconocimiento de ese derecho, una forma de censura. Usted también podría argumentar que su derecho de propiedad sobre sus bienes y su dinero, incluye la posibilidad de destinarlo a cualquier uso y que, por lo mismo, el establecimiento de límites deteriora una facultad inherente a su dominio (artículo 19, número 24, inciso tercero). En fin, usted podría estimar que la regla de igualdad (artículo 19, número 2) no incluye la igualdad en el uso de recursos propios. En ese orden examinaremos cada una de esas probables objeciones.

Los límites a las contribuciones y la libertad de expresión

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

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

Toda forma de ideas subjetivas y opiniones capaces de ser transmitidas a terceros..., de noticias e información, de expresión comercial y de propaganda, de trabajos de arte, etc.; no debería estar limitado a medios de expresión política, cultural o artística².

Desde el punto de vista constitucional cabe preguntarse si acaso –en consonancia con lo expuesto, la contribución o donación a una campaña política– es un acto de expresión amparado por esas reglas. Responder esa pregunta supone distinguir entre el aporte en dinero y el aporte en bienes o servicios estimables en dinero. Si el dinero o los bienes estimables en dinero constituyen un acto de comunicación o expresión política, entonces hay razones para dudar de la constitucionalidad de la regla.

Desde el punto de vista jurídico el dinero es un bien fungible, es decir, uno de aquellos bienes que admiten sustitución perfecta de cara al cumplimiento de las obligaciones. A diferencia de otros bienes –cuya posesión revela características del poseedor y puede estimarse vinculada a su personalidad– el dinero sólo posee valor de cambio. Esta es una característica que suele ponerse de manifiesto en el análisis social. El dinero es un medio de intercambio que exige muy poco gasto comunicativo: usted puede entablar, mediante el dinero, sofisticadas relaciones de intercambio casi sin comunicación alguna. Mediante el dinero, diversas formas de vida, a veces casi inconmensurables entre sí, pueden, no obstante cooperar y eso explica, por ejemplo, la expansión del mercado internacional en un mundo plural. Todo eso abonaría la idea que el dinero no habla, que el dinero no constituye una forma de expresión.

² Caso John Ballantyne y otros contra Canadá (doc. A 48 40, parte II, noviembre de 1993).

Con todo, podría sostenerse que el consumo de dinero (no el dinero en sí mismo, sino su gasto) posee algún valor expresivo en la medida que el dinero revela la intensidad de las preferencias que tenemos. Cuando usted compra un bien –por ejemplo en una subasta– el precio que usted se muestra dispuesto a pagar revela con cuanta intensidad usted desea tener ese bien, puesto que al pagar por él sacrifica otros bienes alternativos. Dada una cierta oferta de bienes, usted revela su preferencia cuando lo compra a cambio de un precio y revela la intensidad de su preferencia por los bienes que se muestra dispuesto a sacrificar para adquirirlo. En particular, entregar dinero a una candidatura es un acto que revela dos preferencias. Por una parte, el deseo de que las ideas y proyectos del candidato donatario sean promovidas; por otra parte, la coincidencia entre las ideas o puntos de vista del donante y los del candidato.

Puede afirmarse, sin embargo, que el valor expresivo del dinero es más bien bajo porque la contribución no es, en rigor, un acto de comunicación política. Es verdad que un observador puede hacer *inferencias* respecto del comportamiento de las personas a partir de sus actos de consumo; pero los actos de consumo carecen de intencionalidad comunicativa del tipo de la que está cubierta por la libertad de expresión. Un acto de apoyo mediante la entrega de dinero revela preferencias, pero no necesariamente las *expresa*. Es verdad que cuando usted consume hamburguesas o comida rápida, un observador podría inferir aspectos muy importantes de lo que usted prefiere en la vida; pero de ahí no se sigue que usted consuma hamburguesas *para* expresar o comunicar esas múltiples dimensiones de su subjetividad. Si alguien le prohibiera comer hamburguesas, sería ridículo que usted alegara que ha sido violado su derecho a la libertad de expresión.

Lo anterior explica que la jurisprudencia norteamericana –nada tímida en proteger la libertad de expresión– haya considerado, sin embargo, que limitar la contribución a las campañas electorales no constituye un acto que infrinja la libertad de expresión:

Una limitación sobre el monto con que una persona o grupo podría contribuir a un candidato o a un comité político, importa sólo una restricción marginal en la habilidad del contribuyente para comprometerse en una comunicación libre. Una contribución sirve como expresión general de apoyo al candidato y sus ideas; pero no comunica las bases subyacentes a ese apoyo. La cantidad de comunicación del contribuyente no se incrementa perceptiblemente con el tamaño de su contribución, desde que la expresión en este caso descansa, solamente, en un acto simbólico e indiferenciado de apoyo. Más aún, el tamaño de la contribución provee un muy tosco índice de la intensidad del apoyo del contribuyente a su candidato. Una limitación sobre el monto de dinero que una persona podría dar a un candidato o a una organización de campaña envuelve pequeñas restricciones sobre su comunicación política (...) pero no de una manera que infrinja el derecho del contribuyente de discutir candidatos y temas asociados. Las contribuciones se transforman en debate político, no lo constituyen en sí mismas...³

Lo anterior reposa sobre el hecho –que se ha explicado ya– que el gasto de dinero no es un acto de comunicación política o un acto expresivo cubierto por el derecho a la libertad de expresión. Con todo, el proyecto instituye también límites a las contribuciones que no son dinero, sino

³ US Supreme Court Buckley versus Valeo, 424 US 1 (1976).

avaluables en dinero (art. 8). En este caso surgen problemas de constitucionalidad: hay bienes avaluables en dinero que son directamente expresivos, que constituyen un medio por el cual usted expresa directamente puntos de vista y opiniones. La capacidad intelectual de una persona puesta al servicio de una candidatura, la creatividad de un publicista, las habilidades de una estrella televisiva son avaluables en dinero –a la luz del proyecto constituyen “aporte electoral” sujeto a límites–, pero son formas puras de expresión que no pueden ser limitadas desde el punto de vista constitucional. Quizá usted manifieste su riqueza expresiva poniéndola al servicio de una candidatura en la que cree, en tal caso el establecimiento de límites pone obstáculos a su capacidad directamente expresiva y resulta inconstitucional.

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

El dinero y el derecho de propiedad

La Constitución de 1980 consagra el derecho *de* propiedad y el derecho *a la* propiedad. Protege los bienes de los que usted es actualmente titular y protege, también, su posibilidad y su decisión de incorporar bajo su dominio a los que están actualmente fuera de él (artículo 19, números 23 y 24 de la Constitución). Forma parte del derecho de propiedad no sólo la posibilidad de excluir a otros del uso de los bienes de su dominio, sino también la facultad de disponer del bien sobre que recae el derecho. Se ha entendi-

do, de manera unánime, que la facultad de disposición (si despilfarrar sus bienes u ocuparlos en actividades que la mayoría estima socialmente dignas) es una facultad inherente al derecho de dominio.

El derecho de dominio en la Constitución de 1980 está provisto de múltiples garantías. De una parte, está protegido por el principio de legalidad en lo que respecta a los modos de adquirir el dominio y la forma de ejercitarlo⁴; de otra parte, la propia carta constitucional efectúa una ponderación de bienes *ex ante* cuando se trata de limitar el ejercicio del derecho de dominio⁵; en fin, el derecho de dominio, al igual que el resto de los derechos constitucionales está protegido por la denominada garantía de la esencia que la carta de 1980 tomó de la ley de Bonn de 1948⁶.

⁴ *Sólo la ley* puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social (artículo 19, número 24, inciso segundo, primera parte, el énfasis es mío).

⁵ La función social –en cuya virtud pueden establecerse limitaciones al ejercicio del derecho de dominio– “comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental” (artículo 19, número 24, inciso segundo, segunda parte).

⁶ En conformidad a esa garantía, los “preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio” (artículo 19, número 26). Esta garantía reviste particular importancia en el derecho constitucional –existe de manera explícita en la Ley Fundamental Alemana, en la Carta Española, en la de Portugal y en la Carta chilena– pero se ha incorporado casi sin excepciones a toda la práctica constitucional europea. La regla obliga al legislador a efectuar una ponderación de todos los bienes en juego cuando se trata de regular un derecho fundamental. Suele ocurrir que los derechos constitucionales se encuentren en hipótesis de suma cero: al fortalecer uno, se desmedra otro. El mandato de ponderación obliga al legislador a preferir la regla que protege el derecho en cuestión pero que, al mismo tiempo, deja incólumes otros derechos o los lesiona menos.

Examinar si las contribuciones a una campaña electoral pueden ser limitadas, supone examinar si bajo la ponderación de bienes que la carta efectúa —en el inciso segundo del número 24 del artículo 19— es esta una limitación admisible en el ejercicio del derecho de dominio. En el caso Buckley versus Valeo, ya citado, la Corte argumentó que los límites a las contribuciones a las campañas electorales estaba animada por un “compelling interest”: evitar la corrupción o la apariencia de corrupción. La Corte parece creer que la corrupción o la apariencia de corrupción está vinculada de cerca al monto de las contribuciones. Esto no quiere decir que a mayor monto mayor posibilidad de corrupción. Lo que el argumento quiere señalar es que al haber límites, los contribuyentes tienden a igualar sus montos suprimiendo, así, los motivos del candidato para comprometerse especialmente con algunos de sus contribuyentes. La cláusula de “interés general de la nación” del artículo 19, número 24, ampararía ese límite a la contribución y, en cualquier caso, puede sostenerse que la ponderación general de bienes a que obliga el artículo 19, número 26, conduce al mismo resultado.

Con todo, que una medida —como la limitación a las contribuciones a una campaña electoral— esté amparada por una regla constitucional quiere decir simplemente que puede ser adoptada; pero no quiere decir que sea *obligatorio* adoptarla. Un conjunto de consideraciones fácticas —que la prudencia o la ponderación de bienes debe tener en vista— puede aconsejar desatender una medida que es, sin embargo, constitucionalmente posible. El principio de ponderación de bienes equivale, a fin de cuentas, a la búsqueda de una regla que lleve, en el ideal, a un óptimo paretiano⁷ y ello, por supuesto, exige una atenta consideración de las consecuencias probables de las reglas. En el caso ameri-

cano, los límites a las contribuciones poseyeron un conjunto de efectos indeseados que acaban perjudicando aspectos muy relevantes del sistema político.

El uso del dinero y la igualdad

El principio constitucional de igualdad posee varias versiones que resulta útil tener en cuenta aquí. Desde luego, la Constitución proscribe las diferencias arbitrarias (artículo 19, número 2) y parece obvio que las diferencias en la cantidad de dinero que la gente posea no debe estimarse, bajo este respecto inconstitucional (si usted obtuvo su dinero en base a un procedimiento correcto, digamos sin fraude, sus posesiones son también correctas desde el punto de vista constitucional). Las diferencias de ingreso, en abstracto, son constitucionalmente irrelevantes. Sin embargo, podría sostenerse, las diferencias de ingreso y de gasto pueden configurar diferencias arbitrarias cuando alteran procedimientos competitivos en los que se quiere juzgar cualidades o atributos distintos al dinero. Si una universidad pública, por ejemplo, sustituye en la selección de sus estudiantes el mérito por el dinero que el postulante del caso pueda acreditar, no dudaríamos en estimar que se verifica allí una diferencia arbitraria.

⁷ Se verifica un óptimo de Pareto si es el caso que no es posible mejorar ningún miembro de un conjunto sin perjudicar a otro. Existe una mejora en sentido Paretiano, cuando es el caso que es posible mejorar la situación de un miembro de un conjunto, dejando a los demás iguales. Sean n_1, n_2, n_3, \dots reglas del sistema constitucional que establecen derechos. Si no es posible fortalecer ninguno de esos derechos sin lesionar a otro, entonces la situación constitucional es óptima en el sentido de Pareto. Pero si es posible fortalecer una de esas reglas, sin perjudicar a ninguna otra, eso quiere decir que la situación admite mejoras. Como veremos, es este el caso de los subsidios: la mejora procedimental de la competencia democrática es un valor constitucional que puede ser fortalecido sin lesionar otros derechos.

Bajo el procedimiento de selección universitaria en la institución pública del ejemplo, conceder una muy alta influencia al dinero importa transgredir el procedimiento. *A la luz del procedimiento*, la consideración del dinero que usted posea y use no es constitucionalmente irrelevante. Lo mismo ocurriría si hubiera admisión de ventajas en un procedimiento judicial derivadas de la posesión y uso del dinero. A la luz del procedimiento judicial, permitir que influya el uso y posesión del dinero de manera directa, importaría infringir la regla de igualdad constitucional.

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

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

III

¿Habla el dinero?: los límites al gasto electoral y la libertad de expresión

En el apartado precedente he examinado el caso de las *contribuciones* que un particular

efectúa a una campaña electoral. En este apartado haré el intento de examinar cuán lícitas desde el punto de vista constitucional son las limitaciones al *gasto* electoral, las limitaciones al consumo de dinero que un candidato puede hacer en una campaña.

El proyecto en análisis establece límites directos al gasto global en el que puede incurrir una candidatura.

Ninguna candidatura a Senador, Diputado, Alcalde o Concejal podrá sobrepasar, por concepto de gastos electorales, la cantidad que resulte de multiplicar por 0,02 unidades de fomento el número de ciudadanos inscritos en los registros electorales en la circunscripción senatorial, el distrito o la comuna correspondientes.

En el caso de las candidaturas a Presidente de la República, el límite de gastos electorales será equivalente a la cantidad que resulte de multiplicar por 0,02 unidades de fomento el número de ciudadanos inscritos en los registros electorales del país. No obstante, tratándose de la situación prevista en el inciso segundo del artículo 26 de la Constitución Política, dicho límite se calculará considerando como factor multiplicador 0,01 unidades de fomento (artículo 4 del proyecto).

El límite de gastos electorales que podrá efectuar cada partido político, será el equivalente al tercio de la suma total de los gastos electorales permitidos a sus candidatos, incluidos los independientes que vayan en pacto o subpacto con él, según lo establecido en el artículo anterior (artículo 5 del proyecto).

A diferencia de las contribuciones, el gasto electoral incide directamente en el nivel de comunicación política de los candidatos y de los partidos. El gasto electoral es un gasto con una cla-

ra intencionalidad expresiva y, a diferencia de las contribuciones, se encuentra cubierto por la libertad de expresión en su sentido político, de una manera análoga a como está protegida la propaganda comercial. ¿Está conforme, entonces, a la Constitución –en particular al derecho a la libertad de expresión– una regla semejante? ¿Qué argumentos pueden ser esgrimidos a favor de una regla que establezca ese tipo de límites?

La respuesta a esas preguntas depende de la manera en que, desde el punto de vista constitucional, se conciba el derecho a la libertad de expresión.

Dos concepciones de la libertad de expresión. Existen, en general, dos maneras de concebir la libertad de expresión. En primer lugar, es posible concebir la libertad de expresión como un derecho encaminado al ejercicio de la autonomía de los individuos. En segundo lugar, es posible concebir la libertad de expresión como un derecho que se encamina, bajo una de sus dimensiones, a configurar la vida colectiva y la comunidad política de una específica forma. Ambas formas de concebir la libertad de expresión emanan de diversas formas de concebir la democracia. Si usted concibe la democracia como un proceso para sumar preferencias individuales y autónomas, entonces usted debe inclinarse por concebir a la libertad de expresión como una forma de ejercer la autonomía individual. Si, en cambio, usted concibe a la democracia como un esfuerzo de diálogo colectivo, entonces usted debe inclinarse por concebir a la libertad de expresión como un derecho tendiente a hacer posible ese diálogo.

En el primer caso, usted concibe la libertad de expresión como una inmunidad que el individuo posee frente al Estado, para enajenar sus ideas acerca de los demás y acerca de sí

mismo. El Estado estaría obligado a omitir cualquiera acción que impidiera que el individuo expresara lo que le place. Pesaría sobre el Estado un deber de neutralidad: el estado sería indiferente frente al contenido de la expresión y no podría –haciendo pie en el contenido– limitar esa libertad.

En el segundo caso, usted concibe la libertad de expresión como un valor encaminado a que la vida en común se configure como un diálogo entre iguales. El valor de la libertad de expresión no reposaría –conforme a esta concepción– solamente en el hecho que permite ejercitar la autonomía personal, sino, por sobre todo, en que favorece que la comunidad política se asemeje a un diálogo en el que los ciudadanos deliberan, con igualdad, acerca de sus problemas comunes.

El gasto electoral y las dos concepciones de la libertad de expresión. En el caso de las campañas electorales, usted puede –haciendo pie en la primera interpretación– sostener que las campañas electorales son una forma de desenvolver la autonomía de quienes están comprometidos en ellas y que cualquier injerencia no consentida es una forma de lesionar la libertad de expresión. Si a usted se le impide gastar más allá de cierto monto de dinero en la promoción de las ideas con las que usted está comprometido, usted podría sostener –con arreglo a esta interpretación– que eso equivale a controlar la extensión de su discurso como si el Ministerio de Educación le impidiera escribir una novela de más de doscientas páginas con el argumento de que las páginas restantes son un despilfarro cruel. La autonomía, diría usted, incluye cuántas páginas escribir y la forma del discurso y su extensión. Tomar la decisión de escribir un mamotreto barroco o unas cuantas páginas a la Bor-

ges, es algo –diría usted– que forma parte de su expresión.

Sin embargo, usted también podría argumentar de una forma algo diferente. Usted podría sostener que la limitación en el gasto de las campañas electorales ayuda a mejorar la democracia y la participación. La libertad de expresión –podría usted decir– es un valor que contribuye a que el debate público sea plural y vigoroso. Los límites al gasto tienen por objeto, justamente, maximizar ese valor evitando que la expresión excesiva de algunos acabe silenciando a otros. Un gasto indiscriminado –podría sostener usted– no es un homenaje a la libertad de expresión, puede equivaler a su anulación puesto que una expresión excesiva desplaza e impide otras expresiones. Al Estado, podría usted concluir, no sólo le compete proteger la expresión, inhibiéndose de actos que hagan callar a alguien, sino también distribuirla de manera que la mayor cantidad de personas y de voces puedan ser oídas. El Estado, quizá, se parezca a alguien que conduce un debate. Si usted conduce un debate, no puede impedir que nadie hable; pero como la sesión no puede ser eterna, nada impide que usted diga: ¿Podría ser más breve, por favor? Esa petición no es censura, ni un paternalismo inaceptable, es simplemente una petición intrínseca a la naturaleza misma del debate que supone una participación igual.

Los fundamentos del proyecto. La segunda concepción de la libertad de expresión –pero no la primera– es compatible con el proyecto en análisis. En efecto, en opinión del Mensaje, una campaña electoral debe estar encaminada al logro de un cierto ideal deliberativo.

Se ha estimado indispensable establecer un límite para los gastos electorales, toda vez que

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

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

El argumento del mensaje supone –correctamente– que lo que en un sistema político se entiende por debate es dependiente de una cierta concepción de la democracia. Si un aspecto fundamental de la democracia lo constituye el debate entre sujetos que se estiman iguales y que reivindican su derecho igual a participar en la formación de la voluntad común, de ahí se siguen –prima facie– buenas razones para limitar el gasto electoral. Un argumento como el que contiene el mensaje, en otras palabras, sólo es compatible con una concepción de la libertad de expresión que la vincule al ideal de diálogo. Si la libertad de expresión fuera autoexpresiva –si tuviera por objeto nada más permitir que las personas enajenaran su subjetividad– el argumento del proyecto sería inadmisibles. Pero si la libertad de expresión está encaminada a fortalecer la democracia –concebida como un diálogo

entre iguales— entonces el proyecto cuenta con una poderosa razón para establecer límites al gasto.

¿Cómo concibe el texto constitucional la libertad de expresión? El argumento del proyecto es conceptualmente posible. De lo que se trata, ahora, es de precisar si es admisible desde el punto de vista constitucional. ¿Cómo concibe la libertad de expresión el texto constitucional?

En la práctica constitucional chilena parece haber, por regla general, una concepción de la libertad de expresión que la vincula más intensamente a la autonomía individual que al diálogo en condiciones de pluralidad e igualdad.

Haciendo pie en esa regla general, el Tribunal Constitucional ha sostenido que es contrario a la Constitución limitar la propiedad de los medios de comunicación social; obligar a los medios a transmitir determinadas informaciones; adoptar medidas para asegurar la pluralidad de la información disponible; y obligar a dar noticia de informaciones deliberadamente silenciadas. La argumentación del tribunal posee una doble dimensión: por una parte, el tribunal esgrime el principio de autonomía de los cuerpos intermedios y, por la otra, el tribunal sostiene que no existe, propiamente, un derecho a recibir información de una calidad determinada (recibir la información sería un efecto implícito, conforme a la opinión del tribunal, del ejercicio de los derechos de opinar e informar. Un efecto implícito; pero no un derecho en sentido técnico).

La autonomía de los cuerpos intermedios se ha esgrimido por el tribunal, como digo, para impedir que el Estado esté jurídicamente obligado a adoptar medidas para asegurar una presencia efectiva en los medios de comunicación de las diversas corrientes de opinión. Los medios de comunicación, opinó el tribunal, son cuerpos

intermedios cuya autonomía no debe, bajo este respecto, ser lesionada:

...desde el momento en que se impone al Estado la obligación de equilibrar el flujo noticioso a fin de pretender una pluralidad ideológica o cultural, y para así hacerlo ha de imponer obligaciones a los medios de comunicación social, significa una intromisión indebida en las decisiones que pueda adoptar un medio de comunicación, interferencia que no sólo constituye una clara violación a la autonomía de ese medio —que la Constitución reconoce, ampara y garantiza— sino, además, una violación directa a la libertad de emitir opinión y de informar —que reconoce, asegura y protege la Carta Fundamental en su artículo 19, N° 12— sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio. Y es más; afecta dicha disposición requerida del proyecto al “contenido esencial” de esta libertad, puesto que significa imponer condiciones que impiden su libre ejercicio; y es que se afecta su esencia desde el mismo instante en que su ejercicio deja de ser libre. Tan sensible es esta libertad, que su reconocimiento desde antiguo en nuestro régimen republicano se ha expresado con fórmula lapidaria: “sin censura previa”, término cuyo quid conceptual hoy no es otro que “sin interferencias” de nadie⁸.

Este argumento del tribunal parece suponer que la única función de los medios de comunicación social sería expresar o promover ideas o intereses autoexpresivos de los dueños de esos medios de comunicación (el núcleo de esos intereses autoexpresivos estaría conformado por lo que suele denominarse la “línea editorial”, una manera resumida de aludir a la deci-

⁸ Tribunal Constitucional, Rol N° 226.

sión de informar algo y guardar silencio respecto de otra cosa).

El segundo argumento del tribunal en el caso signado con el Rol N° 226 –no existe propiamente un derecho subjetivo a recibir información de cierta calidad– es en principio correcto. Un derecho semejante no existe en la Carta Constitucional. Si bien apareció en los proyectos el derecho a ser informado en forma “veraz, oportuna y objetiva”, ello no se recogió finalmente en la Carta Constitucional. Las razones para que un derecho de esa índole no apareciera son correctas. La única forma de controlar el cumplimiento de una pretensión semejante –que la información que usted reciba sea veraz y oportuna– habría sido acordar al Estado o a alguno de sus órganos un poder epistémico especial, capaz de distinguir las visiones correctas de las incorrectas, la verdad de la mentira. El Estado, es obvio, no puede controlar el contenido de la información sin violar gravemente el principio de neutralidad que en estas materias debe animarlo.

La propaganda política en momentos electorales. Los precedentes argumentos son, por regla general, correctos; pero de allí no se sigue que la regulación del gasto electoral sea, por esos motivos, constitucionalmente ilícita. La argumentación del Tribunal Constitucional que se acaba de citar, es plenamente aplicable a todo tipo de información y propaganda, *salvo a la propaganda política en momentos electorales*.

A diferencia de otro tipo de informaciones, la propaganda política y electoral está encaminada a configurar una decisión común por parte de la ciudadanía que, conforme el ideal democrático, exige un procedimiento de cierta calidad. Un procedimiento animado por un mínimo de igualdad y pluralidad. Esas exigencias del procedimiento democrático no se satisfacen solamente con la

protección de la autonomía individual. El procedimiento democrático y la calidad del sistema electoral, suponen exigencias adicionales a la mera protección de la autonomía expresiva de carácter individual. No se trata ni de controlar el contenido de la expresión política, ni, tampoco, de reivindicar un derecho a ser informado –aspectos que el tribunal en el fallo que se citó, rechaza– sino que se trata de imponer exigencias procedimentales a la elección democrática que el propio texto constitucional contempla. Esas exigencias procedimentales emanan del texto constitucional que establece como un deber del Estado garantizar a los ciudadanos una oportunidad igual para participar en la vida nacional (artículo primero, inciso final) y de las exigencias de igualdad y publicidad del sistema electoral (artículo 18).

El Tribunal Constitucional chileno acepta –excepcionalmente– esa argumentación. En efecto, el Tribunal Constitucional –a propósito de la obligación impuesta a la televisión abierta de transmitir información política– afirmó:

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

Esta interpretación es la que mejor se aviene no con la letra de la Constitución, sino también con su contexto y espíritu, ya que la norma que contempla el derecho a establecer, operar y mantener canales de televisión e implícitamente a imponerles obligaciones justas y razonables,

como es la gratuidad, guarda perfecta armonía con el deber del Estado de asegurar una participación equitativa e igualitaria del pueblo en los plebiscitos y elecciones, el cual, a través de estos procesos, ejerce la soberanía.⁹

Puede ocurrir entonces que existan buenas razones –razones atinentes al tipo de comunidad política que debe ser promovida– para argumentar a favor de que el Estado intervenga con algún criterio distributivo en el ejercicio de la libertad de expresión. Si bien, por regla general, la protección de la libertad de expresión supone inmunizar a los individuos contra toda injerencia no consentida por parte del Estado –como lo sería un límite al gasto en propaganda comercial– ello no ocurre en el caso de la propaganda electoral. En este caso, hay exigencias dimanadas del procedimiento democrático que legitiman al Estado para establecer regulaciones que pueden, bajo condiciones muy excepcionales, llegar al establecimiento de límites al gasto.

En otras palabras, la Constitución chilena –a la luz de la práctica que se ha desarrollado a su amparo– establece una amplia protección de la libertad de expresión concebida como un ejercicio de la autonomía individual y de la propiedad y ello justifica el reconocimiento de una amplia autonomía editorial para los medios y de un derecho irrestricto a la propaganda comercial. Con todo –y de manera excepcional– tratándose de la propaganda electoral, la Constitución establece exigencias procedimentales que legitiman una regulación del gasto sin que ello importe lesionar la libertad de expresión. Regular la libertad de expresión política en momentos electorales, no significa abandonar la neutralidad del Estado

⁹ Sentencia de 9 de agosto de 1988, el paréntesis y el subrayado son míos.

frente al debate público, ni reconocer un derecho a una información veraz, significa, simplemente, asegurar la calidad procedimental del debate democrático.

Los requisitos para la intervención estatal en materia de gasto electoral. Si hay razones para una intervención general por parte del Estado en momentos electorales –una intervención, como hemos visto, encaminada a la calidad del procedimiento democrático– ¿hay razones para una *intervención específica consistente en la limitación del gasto electoral*? Si, como hemos visto, existe un interés fuerte en regular, mediante alguna forma de intervención, la libertad expresiva en las campañas electorales, ¿hay, ahora, alguna razón de prudencia que aconseje esa específica forma de intervención que constituye la imposición de límites al gasto electoral, tal como lo hace el proyecto en análisis?

El análisis –o la reconstrucción más coherente de los fallos del Tribunal Constitucional que han sido citados– muestra que la intervención distributiva del Estado en materia de libertad de expresión es excepcional y restringida. Así se sigue del primer fallo citado. En conformidad a ese fallo, la cláusula general, bajo la regla chilena, es la libertad de expresión como franquía o como autonomía individual.

Si bien nada impide establecer regulaciones al gasto electoral con fines distributivos, ello ha de hacerse –en conformidad al principio de ponderación que recoge el artículo 19, número 26 de la Carta Constitucional– de una manera que no lesione, o lesione en la menor medida posible, la libertad de expresión concebida como autonomía. En otras palabras, el legislador debe maximizar la libertad de expresión entendida como autonomía y, a la vez, debe favorecer la libertad de expresión encaminada a mejorar la

calidad procedimental de la democracia. Hay, entonces, dos principios en juego. Es este un viejo problema de la interpretación constitucional que se ha intentado resolver bajo el principio de adecuación. El principio de adecuación es una regla de Pareto: entre dos reglas legales que favorecen bienes constitucionales distintos, ha de preferirse la regla que mejora a uno de esos bienes dejando al otro igual.

El legislador, entre dos reglas de intervención, debe escoger la que resulte más adecuada: entre la norma N que maximiza la participación igual (la calidad procedimental de la democracia) y lesiona el principio P (la libertad de expresión como autonomía) y la norma N[^] que maximiza la participación igual y no lesiona el principio P, ha de preferirse esta última; entre la norma N que lesiona el principio P y no maximiza la participación igual, y la norma N[^] que no lesiona P y maximiza la participación igual, ha de preferirse –bajo una regla de ponderación– a N[^].

Ahora bien, si se aplica ese sencillo principio de adecuación al análisis, ha de concluirse que la regla que impone límites al gasto se encuentra en el caso de la norma N, puesto que hay otra regla –la regla de subsidios a la publicidad en medios de comunicación local, con un tope– que aumenta la participación igual y deja incólume el poder expresivo y global del dinero al no establecer límites al gasto.

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

El establecimiento de límites al gasto, en

efecto, no mejora necesariamente la calidad del autogobierno y hay una regla superior que sí lo hace. En el límite, podríamos argumentar, el autogobierno se ejerce mejor mientras reproduzca más de cerca condiciones –digamos– del tipo de las contenidas en el principio de discurso: amplia admisión de todos los temas e igualdad de los partícipes. Pero si eso es así, se sigue que de lo que se trata es de remover obstáculos para el ingreso al debate y a la competencia, más que limitar la fuerza expresiva de quienes ya participan de esa misma competencia. El efecto previsible de los límites es el de moderar la fuerza expresiva de quienes compiten –donde A se expresaba en el rango 3 y B en el rango 1, ahora A se expresará en el rango 2 y B en el rango 1– en vez de mejorar la calidad del debate. El resultado es un óptimo de Pareto al revés: usted perjudicó a uno y el otro quedó igual¹⁰. Usted, sin embargo, podría argumentar que el candidato B del ejemplo no quedó igual *porque acertó su distancia en recursos con A*. Eso es verdad; pero eso se hizo a costa del electorado cuya capacidad de autogobierno –de acuerdo a las conclusiones que hemos alcanzado– debemos mejorar.

Quizá entonces la mejora de la capacidad de autogobierno mediante la mejor regulación de las campañas electorales, exija, en vez de poner límites al gasto, otorgar subsidios variables para remover las barreras de entrada a la competencia en interés del electorado (en el ejemplo, si usted subsidia al candidato B y deja igual al candidato A, habrá un rango mayor de igualdad y de información para el electorado que si usted traza, simplemente, límites al gasto). Una regla de

¹⁰ Vid. Redish, M. Money Talks. *Speech, economic power, and the values of democracy*, New York, 2001, pp. 135-136.

subsidios es constitucionalmente más adecuada que una que establece límites: una regla así mejora los niveles de igualdad, lesionando menos otros derechos que otras reglas alternativas. Los subsidios, en fin, realizan mejor una concepción democrática: expresan, desde el punto de vista de los recursos, un momento de comunidad política, un momento en que se pone algo en común para rescatar luego porciones más iguales de participación.

Sin embargo, hay problemas de constitucionalidad todavía más graves.

La regla que establece límites al gasto electoral presenta defectos conceptuales de vaguedad. La regla que establece límites al gasto electoral está obligada a distinguir entre gasto electoral y otras formas de expresión ilimitadas. En el caso del proyecto de ley en análisis, esa distinción –descontada la larga enumeración que contiene– se efectúa de la manera siguiente:

Para los efectos de esta ley, se entenderá por gasto electoral todo desembolso en que se incurra para el financiamiento de los equipos, oficinas y servicios de los partidos políticos y candidatos, con ocasión y a propósito de actos electorales. (...) h) Todo otro gasto en que incurran los partidos políticos y candidatos, con ocasión y a propósito de los actos electorales, según determine el Director del Servicio Electoral en el ejercicio de las atribuciones que la presente ley le encomiende (artículo 2 del proyecto).

Una regla como esa debe estimarse lesiva para la libertad de expresión. En el límite, entrega a la autoridad administrativa la decisión de trazar la frontera entre lo que es expresión política irrestricta y la que está sujeta a límites. El nivel de discrecionalidad que otorga no aparece

autorizado en el artículo 19, número 12, de la Carta Constitucional y, por supuesto, repugna al principio de participación igual. En cualquier caso es, además, imprudente, puesto que –como expresó el fallo Buckley versus Valeo que aquí merece ser citado– una regla semejante “falla para delimitar claramente la frontera entre la expresión permitida y la que no (...) Una distinción tal –dijo la Corte citando un precedente¹¹– no ofrece seguridades para la libre discusión...”. Lo que ocurre es que la fiscalización del establecimiento de límites no parece poder salvar un obstáculo constitucional de importancia para la libertad de expresión: la proscripción de la censura. Como es sabido, la proscripción de la censura es una manifestación del principio de neutralidad que el Estado ha de mantener frente a las expresiones. El Estado puede regular la cantidad de expresión –a veces eso es inevitable como ocurre con los monopolios–, pero no puede limitarla en atención al contenido de la expresión. Esto pone a la regla de límites frente a un obstáculo insalvable: obliga a efectuar una calificación ex ante del contenido del discurso para luego bloquearlo. La distinción entre el discurso irrestricto y el discurso político electoral, obliga a abandonar de una manera especialmente grave y riesgosa el principio de neutralidad. Por supuesto no toda vez que usted distingue tipos de discurso por consideración a su contenido, está violando el principio de neutralidad (así, por ejemplo, cuando usted distingue entre la promoción de un detergente y la promoción de un candidato); pero ocurre que en el discurso político la línea es más difusa y su trazado más peligroso. Esta es la razón –como lo muestra la experiencia norteamer-

¹¹ Thomas versus Collins, 323 US 516 (1945).

ricana— de por qué si hay límites, y al mismo tiempo una conciencia clara de su excepcionalidad (como la que exige la regla chilena), hay que resignarse a la “abogacía de temas específicos” que hace la regla inútil e incluso disfuncional para el sistema político¹² (al trasladar las lealtades del ciudadano hacia las corporaciones de intereses y otras formas asociativas, y no hacia los partidos).¹³

¹² La evolución electoral norteamericana, luego del caso *Buckley versus Valeo*, muestra, hasta cierto punto, de qué forma los diseños constitucionales pueden alentar conductas que acaben desmintiendo los propósitos originales. La decisión del caso *Buckley versus Valeo*, como dijimos ya, dejó incólumes la obligación de transparencia o escrutinio de fondos y el límite a las contribuciones. La evolución histórica muestra, sin embargo, que esos límites han sido progresivamente sobrepasados mediante un conjunto de conductas alentadas por la propia regulación. Los límites se han eludido básicamente mediante tres estrategias: los PACs, la promoción de temas específicos y el dinero blando (*Political Action Committee*; *issue advocacy*; *soft money*). Se agregan todavía las organizaciones no gubernamentales.

Como un efecto de los límites a las contribuciones electorales, las lealtades y las contribuciones fueron transferidas, inicialmente, desde los partidos o los candidatos, a los PACs, los comités de acción política, organizaciones creadas en 1943 por trabajadores y otros grupos de presión para esconder u ocultar a grandes financistas (*fat cats*). Los PACs permiten eludir los límites a las contribuciones al multiplicar artificialmente la cantidad de donantes. En el período 1974-1984 se multiplicaron de 608 a 4009 y su contribución a los candidatos al Congreso creció desde 22.6 millones de dólares el año 1976, hasta 111.5 millones el año 1984.

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

Además de lo anterior, se encuentra el *soft money*, el dinero blando. El concepto de dinero blando reposa sobre la distinción entre procesos federales y procesos nacionales. El dinero blando es dinero que se canaliza en los procesos de cada Estado que no poseen significación

directa desde el punto de vista federal; aunque sí poseen una gigantesca influencia desde el punto de vista del proceso político. Este tipo de dinero —asociado a procesos electorales federales por la vía, por ejemplo, de invertirse en objetivos nacionales que interesan al candidato federal— no posee límite alguno desde el punto de vista de su contribución.

En fin, en el sistema electoral ha sido posible observar todavía el surgimiento de múltiples organizaciones sin fines de lucro que captan recursos y promueven ideas bajo el amparo de la primera enmienda, y que al no estar constituidos como PACs, escapan al control de la FECA. Cfr. Sorauf, F. *What Buckley Wrought*, en: *If Buckley Fell*, op. cit.

Se ha sostenido también que la regulación a las campañas electorales en los Estados Unidos —luego del caso *Buckley versus Valeo*— al desconocer el efecto que el dinero posee sobre el sistema político, han exacerbado los problemas que pretendían resolver y creado nuevos problemas. Se ha observado, por ejemplo, que los límites a la contribución electoral ha privilegiado la entrada de candidatos con fortuna personal; ha favorecido a las élites que disponen de atributos que no son equivalentes al dinero, pero que tampoco son —en desmedro de los actores políticos explícitos, en suma, la regulación habría perjudicado al pueblo común y corriente que era, paradójicamente, uno de los objetivos a ser protegidos. Sobre esto, vid. Smith, B. *Unfree Speech. The folly of Campaign Finance Reform*, Princeton, 2001.

¹³ Sobre eso puede verse Peña, Carlos, 2001, op.cit.