

LA DECISIÓN QUE AMENAZA LA DEMOCRACIA

Ronald DWORKIN

I

Por décadas, ninguna decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos ha generado hostilidades tan abiertas entre las tres ramas de nuestro gobierno como la sentencia del caso *Citizens United vs. FEC*, dictada en enero de 2010 con una votación de cinco contra cuatro. Los cinco jueces conservadores, por propia iniciativa, sin instancia de parte, declararon que las corporaciones y los sindicatos tienen un derecho constitucional a gastar tanto como deseen en comerciales televisivos electorales, que específicamente apoyan a candidatos particulares o se dirigen contra ellos. El presidente Obama denunció inmediatamente la decisión como una catástrofe para la democracia americana, y luego, en un acto sumamente inusual, reiteró su denuncia en su discurso sobre el Estado de la Unión, con seis de los *justices* sentados ante él.

“Con el debido respeto a la separación de poderes” —dijo—, “la semana pasada la Suprema Corte revirtió un siglo de derecho que creo abrirá las compuertas para que intereses particulares —incluyendo corporaciones extranjeras— gasten ilimitadamente en nuestras elecciones”. Cuando el presidente hablaba, uno de los jueces conservadores, Samuel Alito, en una obvia falta al decoro, musitó una negativa, y poco tiempo después, el *Chief Justice*, John Roberts, de manera pública criticó severamente al presidente por expresar tal opinión en esa ocasión. El secretario de Prensa de la Casa Blanca, Robert Gibbs, explicó luego las observaciones de Obama: “El Presidente ha estado ampliamente comprometido en reducir la indebida influencia de intereses particulares y de sus cabilderos sobre el gobierno. Por eso se manifestó para condenar la decisión, y está trabajando con el Congreso en

* Traducción de Miguel Carbonell (investigador en el IJ-UNAM) y Rubén Sánchez Gil (doctor en derecho por la UNAM). Publicado originalmente como “The decision that threatens democracy”, *The New York Review of Books*, Nueva York, 13 de mayo de 2010. Se agradece el amable permiso del autor y de los editores de la publicación original para esta versión. Copyright © 2010, NYREV Inc.

una respuesta legislativa”. Efectivamente, los demócratas del Congreso han sido convocados para elaborar una enmienda constitucional que repela la decisión, y varios de ellos, de modo más realista, han propuesto iniciativas de ley para mitigar su daño.

La historia de la decisión de la Corte es tan extraordinaria como su recepción. Al menos desde 1907, cuando el Congreso aprobó la Ley Tillman a petición del presidente Theodore Roosevelt, ha sido aceptado por la nación y la Corte que las corporaciones, que solo son personas ficticias creadas por el derecho, no tienen los mismos derechos consagrados en la primera enmienda para la actividad política que la gente real. En 1990, en *Austin vs. Michigan Chamber of Commerce*,¹ la Corte sostuvo firmemente este principio. En 2002, el Congreso aprobó la Ley de Reforma de Campañas Bipartitas (“LRCB”, Bipartisan Campaign Reform Act) patrocinada por los senadores John McCain y Russell Feingold, que prohibió a las corporaciones emprender actividades televisivas a favor de un candidato o un partido político (*electioneering*), por un periodo de treinta días antes de una primaria para un cargo federal, y sesenta días previos a una elección. En 2003, en *McConnell vs. Federal Election Commission (FEC)* la Corte afirmó la constitucionalidad de esta prohibición.²

En la etapa de las primarias en las elecciones presidenciales de 2008, una pequeña corporación, Citizens United, financiada en menor proporción por contribuciones corporativas, intentó sacar al aire una película infamante para Hillary Clinton. La FEC declaró ilegal esta difusión al amparo de la LRCB. Entonces, Citizens United solicitó a la Suprema Corte declararla exenta de esta ley sobre la base, entre otras, de que se proponía sacar al aire su película únicamente en un canal de “pago por evento”; no se propuso impugnar la constitucionalidad de la ley. Pero los cinco jueces conservadores —el *Chief Justice*, Roberts, y los jueces Samuel Alito, Anthony Kennedy, Antonin Scalia y Clarence Thomas— decidieron por propia iniciativa, luego de una nueva audiencia (*rehearing*) a la que ellos convocaron, que de todas maneras querían declarar inconstitucional la ley.

Estos dijeron que la LRCB violaba la primera enmienda, que declara que el Congreso no expedirá ninguna ley que infrinja la libertad de expresión. Ellos estuvieron de acuerdo en que su decisión era contraria a los precedentes de Austin y McConnell, por lo que abandonaron el criterio de estos precedentes, e igualmente repelieron un siglo de historia y tradición americana. La decisión de estos jueces amenaza con una avalancha de comerciales políticos negativos, financiados por la riqueza de las grandes corporaciones,

¹ 494 U.S. 652.

² 540 U.S. 93.

que comenzó en las elecciones intermedias de este año (2010). Puede esperarse que estos comerciales beneficien sobre todo a los candidatos republicanos, y dañen a aquellos que no satisfagan a las industrias poderosas. La decisión da a los cabilderos corporativos, ya muy demasiado influyentes en nuestro sistema político, un arma inmensamente poderosa. Es importante estudiar con algún detalle una resolución tan nociva para la democracia.

II

La primera enmienda, como muchas de las más importantes disposiciones de la Constitución, está redactada en el lenguaje abstracto de la moralidad política: garantiza un “derecho” a la libre expresión, pero no especifica las dimensiones de ese derecho —por ejemplo, si incluye el derecho de los fabricantes de cigarrillos para anunciar su producto en televisión; el derecho de un capítulo del Ku Klux Klan a insultar y difamar públicamente a negros o judíos, o el derecho de gobiernos extranjeros a sacar al aire anuncios políticos en las elecciones americanas—. Decidir estos y otros cientos de temas requiere interpretar, y si la interpretación de cualquier juez habrá de no ser arbitraria o puramente partidista, tendrá que estar guiada por un principio —por alguna teoría de por qué el discurso en principio merece estar exento de regulación gubernamental—. De otra manera, el lenguaje de la Constitución se torna en solo un mantra carente de significado, que será recitado (*incanted*) cada vez que un juez pretenda, por alguna razón, proteger a alguna forma de comunicación. El precedente —cómo la Suprema Corte ha interpretado y aplicado la primera enmienda en el pasado— tiene asimismo que respetarse. Pero ya que el significado de decisiones pasadas es también materia de interpretación, aquel también tiene que estar guiado por una explicación por principios (*principled account*) sobre el alcance de la primera enmienda.

Una teoría de la primera enmienda es, por tanto, imprescindible para el juicio responsable de cuestiones de libre expresión. Muchas de tales teorías han sido ofrecidas por jueces, abogados, académicos constitucionalistas y filósofos, y la mayoría de ellos asignan una importancia particular a la protección del discurso político, el que trata de candidatos a cargos públicos, y sobre temas que son o podrían ser tópicos de debate político partidista. Pero ninguna de estas teorías —absolutamente ninguna de ellas— justifica el daño que cinco jueces conservadores han infligido a nuestra política.

La más popular de estas teorías apela a la necesidad de un electorado informado. La libertad del discurso político es una condición esencial para una democracia efectiva, porque asegura que los votantes tienen acceso a la más

amplia y diversa gama de opinión e información política que sea posible. Oliver Wendell Holmes Jr., Learned Hand y otros grandes jueces y académicos sostuvieron que los ciudadanos tendrían más probabilidades de alcanzar buenas decisiones, si ninguna idea (por radical que fuera) estuviera censurada. Pero aun cuando no fuera así, la justificación básica de la democracia mayoritaria —la que da poder a las opiniones informadas y establecidas del más grande número de personas— requiere, desde luego, lo que Holmes llamó un “libre mercado de ideas”.

Kennedy, quien redactó la opinión de la Corte en el caso *Citizens United* por parte de los cinco jueces conservadores, apeló a la teoría del “electorado informado”. Pero él no ofreció ninguna razón para suponer que permitiendo que las corporaciones ricas empantanen con dinero las elecciones en efecto se producirá un público mejor informado —y hay muchas razones para pensar que producirá uno peor informado—. Las corporaciones no tienen ideas propias; sus anuncios promoverán las opiniones de sus directivos (*managers*), quienes podrían publicar o difundir esas opiniones por sí mismos, o junto con otras personas de similar pensamiento a través de comités de acción política (CAP) u otras organizaciones financiadas mediante contribuciones individuales voluntarias. Así que aunque permitirles usar el dinero de sus accionistas y no el suyo incrementará el volumen de anuncios, esto no agregará nada a la diversidad de ideas ofrecidas a los votantes.

Además, la publicidad corporativa confundirá al público, porque su volumen sugerirá que más personas que las que hay en realidad apoyan las opiniones que expresan los anuncios. Muchos de los accionistas que realmente pagarán por estos, que en muchos casos son miembros de fondos de pensión o sindicales, odiarán las opiniones cuyo anuncio solventan. Obama recolectó un montón de dinero en internet, mayormente de pequeños contribuyentes, para financiar su campaña presidencial, y podemos esperar que los partidos políticos, los candidatos y los CAP obstruyan esa fuente mucho más efectivamente en el futuro. Pero estas contribuciones son hechas voluntariamente por los simpatizantes, no por directivos que usan el dinero de personas que bien podrían oponerse a sus opiniones.

La publicidad corporativa, asimismo, confunde en otro modo; pretende ofrecer opiniones sobre el interés público, pero de hecho los directivos están jurídicamente obligados a gastar los fondos corporativos solo para promover los propios intereses financieros de su corporación, que muy bien podrían ser diferentes.³

³ Véase Joo, Thomas W., “The Modern Corporation and Campaign Finance: Incorporating Corporate Governance Analysis into First Amendment Jurisprudence”, *Washington University Law Quarterly*, San Luis, Missouri, vol. 79, núm. 1, abril de 2001. Algunos directivos

Sin embargo, hay una fisura mucho más importante en el argumento de los jueces conservadores. Si las corporaciones ejercieran el poder que ahora la Corte les ha otorgado, y compraran una porción extremadamente grande de tiempo televisivo que estuviera disponible para anuncios políticos, su acción electoral menoscabaría, antes que mejorar, la educación política pública. Kennedy declaró que el discurso no puede ser restringido solo para igualar a los candidatos en cuanto a sus recursos financieros; pero entendió mal el por qué otras naciones limitan los gastos de campaña. Esto no es solo para ser equitativo (*fair*) con todos los candidatos, como lo es el requerir un mismo punto de partida para todos los participantes de una carrera, sino para crear las mejores condiciones para que el público decida informadamente cuando vote —el primordial propósito de la primera enmienda, de acuerdo con la teoría del mercado—. La Suprema Corte de Canadá entiende la diferencia entre estas diferentes metas: crear “un campo de juego nivelado para aquellos que desean comprometerse en el discurso electoral” —dijo—, “permite a los votantes estar mejor informados; ninguna voz es abrumada por otra”.⁴

Los monopolios, y los que están cerca de ellos, son tan destructivos para el mercado de ideas como lo son para cualquier otro mercado. Un debate público sobre el cambio climático, por ejemplo, no hará mucho para mejorar la comprensión de su audiencia, si el tiempo para hablar fuera subastado de tal manera que las compañías de energía estuvieran en posición de comprar un monto de tiempo mucho más vasto que el de los científicos académicos. La gran masa de votantes ya está más apercibida de los anuncios electorales repetidos constantemente, como los de cerveza, las de series dramáticas o las de grandes transmisiones deportivas, que de las opiniones reportadas principalmente en programas de noticias transmitidos públicamente. La ilimitada publicidad corporativa hará mucho más grande esta distorsión.

La diferencia entre las dos metas que distinguí —apuntar a la equidad electoral por sí misma y reducir la inequidad para proteger así la integridad del debate político— es real e importante. Si una nación pusiera un tope a los gastos electorales permisibles en un nivel muy bajo, alcanzaría su más grande equidad financiera en lo posible; pero dañaría la calidad del debate político al no permitir bastante discusión, e impediría a los postulantes de una opinión nueva o inusual gastar fondos suficientes para atraer la atención pública.⁵ Se necesita un juicio ponderado para determinar cuánta

de corporaciones hacen contribuciones corporativas a museos y a compañías de ópera, pero ello se les permite cuando juzgan que mejorará la reputación y el prestigio de la corporación.

⁴ Harper vs. Canada (Attorney General), 2004, 1 S.C.R. 827, 2004 SCC 33.

⁵ Gran Bretaña una vez limitó los gastos públicos en campañas electorales a cinco libras, lo que privó a un postulante antiaborto de cualquier expresión pública de su punto de

inequidad debe permitirse para asegurar un debate robusto y una población informada; pero permitir a las corporaciones gastar su hacienda corporativa en anuncios televisivos, reprueba conspicuamente este examen. Juzgado desde esta teoría del propósito de la primera enmienda —que apunta a una población mejor informada—, con la decisión de los conservadores todo es pérdida y nada de ganancia.

Una segunda teoría popular se enfoca en la importancia de la libre expresión no para educar al público a gran escala, sino para proteger el estatus, la dignidad y el desarrollo moral de los ciudadanos en lo individual como iguales en el proceso político. El juez John Paul Stevens resumió esta teoría en el curso de su larga, pero poderosamente irresistible opinión disidente en *Citizens United*. Hablando por él mismo y por los *justices* Stephen Breyer, Ruth Ginsburg y Sonia Sotomayor, dijo que “una preocupación fundamental es «proteger el interés individual en la propia expresión»”. Kennedy intentó apelar a esta comprensión de la primera enmienda para justificar la libre expresión de las corporaciones: “Quitando a alguien el derecho de hablar y dándoselo a otros” —afirmó—, “el Gobierno priva a la persona o clase desfavorecida del derecho de usar el discurso para pugnar por la valía, posición y respeto a la voz del hablante”; pero esto es bizarro. Los intereses que protege la primera enmienda, en esta segunda teoría, son los intereses morales de individuos que sufrirían frustración e indignidad si fueran censurados. Solo los verdaderos seres humanos pueden tener estas emociones o sufrir estos insultos; en cambio, las corporaciones, que solo son invenciones jurídicas artificiales, no pueden. El derecho a votar seguramente es al menos un símbolo tan importante de equidad ciudadana como el derecho a expresarse, pero ni siquiera los jueces conservadores han sugerido que toda corporación deba tener una boleta.

Un tercer propósito de la primera enmienda, ampliamente aceptado, consiste en su contribución a la honestidad y transparencia del gobierno. Si este fuera libre para censurar a sus críticos, o para recortar el derecho a una prensa libre —garantizada en una frase separada de la primera enmienda—, entonces sería difícil para el público descubrir la corrupción oficial. La decisión de la Corte en el caso *Citizens United* no hace nada para servir a ese propósito adicional. Las corporaciones no necesitan transmitir anuncios televisivos en el curso de una elección para buscar votos en contra de candidatos

vista. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró esta limitante como violatoria de la libertad de expresión, y Gran Bretaña respondió elevando el límite a quinientas libras. Véase *Bowman vs. United Kingdom* (1998); para la historia de este caso, y para un completo estudio comparativo del derecho constitucional pertinente, véase Issacharoff, Samuel, “The constitutional logic of campaign finance regulation”, *Pepperdine Law Review*, vol. 36, 2008.

particulares, con objeto de reportar descubrimientos que podrían hacer sobre la deshonestidad oficial, o para defenderse a sí mismas contra cualquier acusación de deshonestidad hecha contra ellas. Por supuesto, las corporaciones tienen el derecho, como cualquiera persona, acceder a los reporteros de medios impresos y televisivos.

Aunque la decisión de la Corte nada hará para desalentar la corrupción en ese sentido, incentivará mucho una forma particularmente peligrosa de ella; por ejemplo, incrementará agudamente la oportunidad de las corporaciones para tentar o intimidar a los congresistas, de cara a campañas de reelección. Obama y la vocera (*speaker*), Nancy Pelosi, tuvieron gran dificultad en persuadir a algunos miembros de la Cámara de Representantes (*House of Representatives*) para votar por una iniciativa de reforma de cuidados a la salud, que finalmente pasó por el voto de una mayoría delgadamente peligrosa, porque varios de sus miembros temían estar arriesgando sus asientos en las próximas elecciones intermedias. Ellos sabían, luego de la decisión de la Corte, que podrían encarar no solo a otro partido y a otro candidato, sino también una oleada de anuncios negativos financiados por las compañías de seguros de salud, con enormes sumas de dinero de sus accionistas para gastar.

Kennedy escribió que no hay riesgo sustancial de tal influencia corruptora, en tanto las corporaciones no “coordinaran” su acción electoral con la campaña formal de algún candidato. Esto parece particularmente ingenuo. Pocos congresistas estarían desapercibidos o serían indiferentes a la probabilidad de una campaña fuertemente financiada, que urgiera a los electores a votar por él si trabajara en interés de una corporación, o contra él si no lo hiciera. Ninguna coordinación, así como ningún papel de algún candidato o de sus agentes en el diseño de los anuncios, sería necesaria.

La ingenuidad de Kennedy parece aún más evidente cuando notamos el muy sustancial registro de la indebida influencia corporativa en el Congreso cuando se adoptó la LRCB. Antes de esta ley, las corporaciones y otras organizaciones eran libres para difundir anuncios “temáticos” que no patrocinaban o se oponían explícitamente a algún candidato. El juez de distrito que primeramente conoció del caso *Citizens United* encontró que de acuerdo con el testimonio de cabilderos y consultores políticos, al menos algunos “miembros del Congreso están particularmente agradecidos cuando los anuncios temáticos negativos son pasados por estas organizaciones... que... usan la postulación (*advocacy*) temática como medio para influir sobre varios Miembros del Congreso”. Puede esperarse que esta influencia sea todavía mayor, ahora que la Corte ha permitido el patrocinio y la oposición políticos explícitos. El optimismo de Kennedy fue más allá: negó que el oneroso gasto

corporativo pudiera conducir al público a sospechar sobre esa forma de corrupción. Pero el juez de distrito reportó que

80% de los americanos encuestados son del punto de vista de que las corporaciones y otras organizaciones que se involucran en comunicaciones de acción electoral que benefician a específicos funcionarios electos, reciben especial consideración por parte de éstos cuando surgen asuntos que afectan a dichas corporaciones y organizaciones.

III

De modo que la decisión radical que tomaron cinco jueces conservadores no solamente no encuentra soporte en ninguna teoría plausible sobre la primera enmienda, sino que es contraria a todas ellas. ¿Estuvo basada la sentencia en una buena lectura de decisiones precedentes de la propia Suprema Corte? Eso parece del todo improbable, porque, como dije, el fallo dejó por completo atrás las dos decisiones más pertinentes: Austin y McConell. Nada ha pasado en el país, ni se ha expedido alguna legislación posterior que pusiera en duda ninguna de esas decisiones. El cambio que hizo la diferencia fue simplemente la renuncia en 2006 de Sandra Day O'Connor y el nombramiento hecho por George W. Bush de Alito para reemplazarla.

Dejar atrás esas decisiones es en sí mismo muy llamativo, particularmente para Roberts y Alito, quienes prometieron respetar los precedentes en sus audiencias de confirmación ante el Senado. Una de las razones que Kennedy ofreció para justificar su decisión es alarmante. Él dijo que toda vez que los jueces conservadores que disintieron en casos anteriores y que permanecían en la Corte seguían quejándose de tales decisiones, tales sentencias suponían solamente precedentes débiles. “El simple hecho de que una de nuestras decisiones siga siendo controvertida”, según Kennedy sostuvo, “es, desde luego, insuficiente para dejarla atrás. Pero mina la capacidad del precedente para contribuir a un estable y ordenado desarrollo del derecho”. En otras palabras, si los cuatro jueces más liberales que disintieron en este caso siguieran expresando su insatisfacción con su contenido, serían libres de mudar de criterio si el equilibrio en la Corte cambia de nuevo. Ese novedoso punto de vista supondría el final efectivo de la doctrina del precedente en la Suprema Corte.

El principal argumento de Kennedy para su radical cambio de criterio fue distinto y más complejo. Él dijo que las sentencias de Austin y McConell eran incompatibles con la doctrina anterior, de modo que la Corte se enfrentaba, en el caso *Citizens United*, “con líneas conflictivas de precedentes: una

línea anterior a *Austin* que prohíbe las restricciones para discursos políticos sobre la base de la identidad corporativa del emisor y una línea post-*Austin* que las permite”. De hecho, ninguna decisión anterior a *Austin* sostuvo que el Congreso carecía de la facultad para prohibir que las corporaciones utilicen recursos de fondos corporativos para influir en las elecciones.

Kennedy basa su argumento de los precedentes “en conflicto” en dos decisiones, cuyas razones subyacentes, dijo, tienen esa implicación. La primera es la decisión de la Corte de 1976 en el caso *Buckley vs. Valeo*,⁶ en la que se dijo que si bien el Congreso podía limitar las contribuciones privadas a las campañas políticas, a efecto de abatir la corrupción o la “apariencia” de corrupción, no podía limitar lo que los individuos particulares o las organizaciones podían gastar en publicidad política “independiente”, siempre y cuando no estuviera “coordinada” con ninguna organización electoral de algún candidato. La segunda es la decisión de la Corte de 1978 en el caso *First National Bank of Boston vs. Bellotti*,⁷ en la cual se declaró inconstitucional una ley de Massachusetts que prevenía a la Cámara estatal de Comercio de hacer campaña en contra de un referéndum que creaba un impuesto local progresivo para el ingreso.

Ninguna de esas dos decisiones hizo referencia al poder del gobierno para restringir la participación electoral de las corporaciones. En el caso *Buckley*, los jueces ni siquiera mencionaron el tema. En el caso *Bellotti*, la mayoría dijo expresamente que las elecciones presentaban asuntos distintos a los de los referéndums, y que, por tanto, *no* estaba decidiendo que a las corporaciones no se les podía prohibir que hicieran publicidad electoral. Por ello, el argumento de Kennedy debe suponer, a pesar de la omisión en un caso y de la expresa desautorización en otro, que hay alguna justificación de principio en alguna de las dos decisiones que lleve al asunto de la participación electoral de las corporaciones. Esa es la proposición que debemos ahora analizar.

La decisión de la Corte en el caso *Buckley* fue un asunto complicado, que ha sido objeto de muchas críticas.⁸ Luego de los escándalos por el caso Watergate en 1971, el Congreso adoptó regulaciones que limitaban tanto contribuciones financieras a las campañas para cualquier cargo público na-

⁶ 424 U.S. 1.

⁷ 435 U.S. 765.

⁸ Aunque la decisión de la mayoría no fue firmada, se cree que fue escrita por el juez William Brennan. Algunos años después, en Oxford, los estudiantes le preguntaron a Brennan cuál había sido su peor error, y él dijo de inmediato: “*Buckley*”. He descrito mis objeciones a esta decisión en “Free speech and the dimensions of democracy”, en Rosenkratz, Joshua (ed.), *If Buckley fell: a First Amendment Blueprint for regulating Money in politics*, Century Foundation Press, 1999.

cional como gastos para cualquier candidato a esos mismos cargos. La Corte declaró constitucional el límite a las contribuciones directas, pero inconstitucionales los límites impuestos tanto a los candidatos como a los individuos para hacer publicidad política. La diferencia entre estos dos criterios ha sorprendido a la mayor parte de los comentaristas, quienes han considerado a la decisión más como un compromiso político que como una distinción de principio. Cada parte ha sido denunciada por sus oponentes como inconsistente con la otra. La decisión ha permanecido como un precedente decisivo en materia de financiamiento de campañas, pero es peligroso intentar trazar algún principio general justificatorio a partir de ella.

En todo caso, incluso si restringimos nuestra atención a la idea contenida en el caso *Buckley*, de que el Congreso no puede limitar la publicidad independiente realizada por individuos y asociaciones, el fundamento de *Kennedy* en el caso simplemente ignora el asunto central de *Citizens United*, que es el de si las corporaciones son titulares de una protección de la primera enmienda, la cual tienen los individuos y las asociaciones. Ya hemos señalado una variedad de argumentos en el sentido de que no la tienen. Muy pocos individuos tienen una acumulación de capital como la que tienen las 500 mayores corporaciones según la revista *Fortune*, la menor de las cuales tuvo ingresos por 5 000 millones de dólares (la primera de la lista —Exxon Mobil— tuvo ingresos por 443 000 millones de dólares) en 2008. Los individuos hablan y gastan en su propio nombre, a veces en asociación con otras personas, mientras que las corporaciones hablan por sus intereses comerciales y gastan el dinero de otras personas y no el propio. Los individuos tienen derechos, de los que depende su dignidad, para poder tomar parte en los asuntos del gobierno nacional; en cambio, las corporaciones no. Nadie piensa que las corporaciones deban votar, y sus derechos para hablar como instituciones han sido limitados desde hace más de un siglo. La asunción de *Kennedy* en el sentido de que lo que el caso *Buckley* dijo para los individuos puede ser aplicado a las corporaciones, carece por completo de justificación.

Tampoco puede *Kennedy* basarse en las razones de la sentencia del caso *Ballot*. El juez *Lewis Powell*, hablando en nombre de la mayoría en ese caso, explicó por qué su decisión sobre los referéndums no podía ser aplicable a las elecciones. Existen dos “justificaciones principales para prohibir la expresión de las corporaciones”, según *Powell*:

La primera reside en el interés público de mantener el papel activo del ciudadano en el proceso electoral, evitando así la disminución de la confianza ciudadana en el gobierno. La segunda es el interés de proteger los derechos de los accionistas cuyos puntos de vista puedan diferir de los que exprese la junta

directiva en nombre de la corporación. Cualquiera que sea el peso de tales intereses en el contexto de las elecciones... no están implicados en este caso...

Powell puso énfasis nuevamente en tal distinción, al referirse al peligro de una indebida influencia en la elección de candidatos. “El caso que está ante nosotros presenta un problema no comparable”, según Powell,

y nuestra consideración del derecho de las corporaciones para hablar sobre temas de interés público general implica un derecho no comparable en el muy distinto contexto de la participación en una campaña política para elegir a un servidor público. El Congreso puede demostrar la existencia de un peligro real o aparente de corrupción en el gasto independiente por parte de corporaciones, para influir en la elección de ciertos candidatos.

Eso es exactamente lo que el Congreso demostró en las audiencias que produjeron la BCRA. Kennedy puede pensar que la opinión de Powell exageró la diferencia entre las propuestas sometidas a referéndum y las elecciones de representantes. Pero desde luego que Kennedy no puede basarse en esa decisión para fundamentar su tesis, y además no ofreció ningún argumento para hacerlo.

De modo que la Corte no encaraba ninguna línea de precedente opuesta que requiriera abandonar los criterios de Austin y McConnell, por ser inconsistentes con alguna tradición anterior. El reclamo de Kennedy sobre alguna posible inconsistencia es una invención. Kennedy ofreció un argumento adicional, que era muy diferente. Él dijo que si la primera enmienda fue construida para permitir al Congreso que prohibiera a las corporaciones participar electoralmente, entonces también habría permitido al Congreso prohibir los apoyos explícitos (*endorsements*) por parte de periódicos y otros medios que son propiedad de corporaciones. Pero el lenguaje de la primera enmienda expresamente distingue entre libertad de prensa y libertad de expresión en general, y la Suprema Corte siempre ha aceptado que una prensa libre (el llamado “cuarto poder”, según el dicho popular) es indispensable para un buen gobierno. Algunas grandes corporaciones noticiosas tienen mucho poder e influencia. Pero el público mira a la prensa, y no a otras organizaciones comerciales, para encontrar información y opiniones. Incluso, los conglomerados de noticias más poderosos deben estar protegidos frente al control del gobierno, no porque cada corporación tenga los mismos derechos que para los ciudadanos establece la primera enmienda, sino porque la democracia necesita que sean independientes.

IV

Dos demócratas —el senador de Nueva York, Charles Schumer, y el representante de Maryland, Chris Van Hollen— han anunciado iniciativas de ley para proteger al país de la decisión de la Corte. La Corte podría rechazar algunas de sus propuestas —prohibiendo la publicidad corporativa para los beneficiarios de TARP que no hayan devuelto préstamos del gobierno, por ejemplo— por considerarlos intentos inconstitucionales de prohibir cierta expresión tomando como criterio la identidad del emisor de esta. Kennedy dejó abierta la posibilidad de que el Congreso acepte, de forma constitucional, algunas otras de sus propuestas; por ejemplo, prohibiendo la publicidad electoral de corporaciones controladas por extranjeros.⁹

Kennedy expresamente reconoció la constitucionalidad de otra de las propuestas Demócratas: dijo que el Congreso puede requerir que se hagan públicos los gastos electorales de las corporaciones (el juez Clarence Thomas no estuvo de acuerdo con esta parte de la decisión de Kennedy). El Congreso puede requerir que se haga pública con rapidez esa información a través de internet, de modo que esté disponible oportunamente para los votantes. Sería incluso más importante que el Congreso ordenara una amplia publicidad a través de un anuncio televisivo. La publicidad sobre los gastos electorales de las corporaciones debe identificar no solamente a las organizaciones que dan la cara, como Citizens United, sino también al menos a los principales donadores para tales organizaciones. El Congreso debe también requerir que cualquier organización que desee participar en las elecciones por medio de publicidad obtenga un permiso de sus accionistas, al menos una vez, al año y que se apruebe un presupuesto para tal efecto, y además que se dé a conocer por medio de un anuncio el porcentaje de accionistas que no estuvieron de acuerdo en prestar su consentimiento para esa participación electoral.¹⁰ Finalmente, el Congreso debe requerir que el director general (CEO) de la corporación que más contribuya a algún anuncio aparezca para sostener que considera que ese anuncio está en línea con los propios intereses financieros de su corporación.

⁹ Para una discusión sobre los temas constitucionales que suscita esta iniciativa, así como para algunas recomendaciones y discusiones sobre otras iniciativas, véase Tribe, Laurence, “Citizens United v. Federal Election Commission: how Congress should respond”, comparecencia en House of Representatives Committee on the Judiciary, “Audiencia sobre la Primera Enmienda y la Reforma del Financiamiento Electoral luego de Citizens United”.

¹⁰ Schumer y Van Hollen aparentemente han decidido no recomendar que se requiera el consentimiento de los accionistas. Véase Lichtblau, Eric, “Democrats push to require campaign disclosure”, *The New York Times*, 12 de abril de 2010.

Los jueces conservadores pueden objetar que tales requerimientos de transparencia podrían limitar en exceso la libertad de expresión de las corporaciones e identificar indebidamente a un tipo de hablante como sujeto de una restricción especial; asimismo, pueden decir, para usar uno de los términos favoritos de Kennedy, que tales requerimientos “inhiben” la libertad de expresión corporativa. Pero debemos distinguir entre las medidas que están dirigidas a inhibir la expresión, de aquellas otras dirigidas a protegernos en contra de la decepción.

La transparencia dentro de los anuncios que acabo de describir no toma más tiempo de emisión que la regla de “Stand By My Ad”, que ya funciona actualmente y que exige que un candidato declare en sus anuncios de campaña que los aprueba. Si varias corporaciones financian conjuntamente un anuncio, mucha de la información requerida —el número de los accionistas que se opusieron a su transmisión, por ejemplo— puede ser transparentada por medio de una gráfica anexa. Si estos requerimientos desincentivan los anuncios de una corporación no por lo que cuestan, sino por la razón diferente de que los directivos no quieren dar a conocer la oposición de algunos de sus accionistas, o para mantener su deber de confianza para actuar solamente en beneficio de los intereses económicos de su propia empresa, entonces sus temores solamente demostrarían la pertinencia del reclamo del propio Kennedy, en el sentido de que la “democracia de los accionistas” es el remedio correcto para protegerlos cuando se oponen a la política de su corporación.

Tales requerimientos de transparencia son una parte importante de cualquier respuesta que el Congreso dé a Citizens United. Pero hay una iniciativa del Congreso completamente distinta, que la sentencia debería propiciar: una urgente expansión del financiamiento público para las elecciones estadounidenses. Un grupo bipartidista de congresistas han presentado un proyecto llamada “Fair Elections Now”, que en caso de aprobarse establecería un fondo sustancial para financiar a candidatos al Senado y a la Cámara de Representantes, quienes recibirían un número determinado de pequeñas contribuciones —limitadas a un máximo de cien dólares—. El proyecto señala que los recursos necesarios serían obtenidos, en el caso de las elecciones del Senado, por un pequeño impuesto a los contratistas gubernamentales, y en el caso de la Cámara de Representantes, por el 10% de los ingresos por la venta del espectro electromagnético que no se utiliza.¹¹ Ese financiamiento público está hoy en día disponible para las elecciones primarias y las elec-

¹¹ La Fair Elections Now Act (S. 752 y H.R. 1826) fue presentada en el Senado por los senadores Richard Durbin (demócrata-Illinois) y Arlen Specter (demócrata-Pensilvania), y en la Cámara de Representantes, por John Larson (demócrata-Connecticut) y Walter Jones

ciones generales del presidente. Obama declinó esa modalidad de financiamiento para tener libertad de recolectar y gastar más de lo que sus condiciones permitían, y algunos candidatos al Congreso podrían también declinar para evitar los límites que les impondría el esquema de la Fair Elections Now. Pero muy pocos candidatos estarían en la posición para hacerlo.

No puede haber ninguna objeción constitucional a las disposiciones del proyecto que buscan proteger a la democracia estadounidense de las evidentes distorsiones del dinero, que han existido por décadas y que amenazan actualmente con rebasarla. Sería una pena si los responsables en el Congreso fallan en apoyar esta propuesta —o alguna otra medida para incrementar el financiamiento público para nuestras elecciones— solamente para protegerse de los competidores, que tendrían entonces suficiente financiamiento público para competir, frente a la usual ventaja que tienen quienes ya son representantes al momento de reunir fondos.

V

La falange conservadora de la Suprema Corte ha demostrado una vez más su poder y su deseo de evitar el avance de los Estados Unidos hacia una mayor igualdad y una más genuina democracia. Esta falange anuncia un retorno paso a paso hacia una era constitucional de piedra, con una ideología de derecha. Una vez más se ofrecen justificaciones que son inatendibles tanto para la teoría constitucional como para los precedentes legales existentes. La importante opinión disidente del juez Stevens demuestra lo mucho que perderemos con su retiro. Debemos esperar a que Obama nomine a un reemplazo progresista que no solo sea suficientemente joven para aguantar los días malos que están por venir, sino que además tenga la energía intelectual para ayudar a construir una visión que rivalice y sea más atractiva de lo que nuestra Constitución realmente significa.¹²

15 de abril de 2010

Jr. (republicano-North Carolina). Para una descripción de sus disposiciones, véase en *www.publiccampaign.org*

¹² N. de los T.: el juez John Paul Stevens fue reemplazado por Sonia Sotomayor, propuesta por el presidente Barack Obama y aprobada por el Senado el 6 de agosto de 2009, con una votación de 68 contra 31.