

LA REGULACIÓN DE LA COMPETICIÓN ELECTORAL EN CANADÁ: UN MODELO IGUALITARIO(1)

ÓSCAR SÁNCHEZ MUÑOZ

Universidad de Valladolid

I. INTRODUCCIÓN.—II. EL DIÁLOGO ENTRE EL PODER LEGISLATIVO Y EL JUDICIAL COMO MÉTODO.—III. EL CUESTIONAMIENTO DEL MODELO ANTE LOS TRIBUNALES: LOS GRANDES DEBATES: a) *El debate sobre la prohibición de los gastos de terceros.* b) *El debate sobre la regulación de la campaña en los medios audiovisuales.* c) *El debate sobre las reglas de acceso a la financiación pública.*—IV. ALGUNAS CUESTIONES ABIERTAS: a) *El cuestionamiento de la financiación pública ordinaria.* b) *El debate no planteado sobre la constitucionalidad de la prohibición a las personas jurídicas de hacer donaciones a los partidos y candidatos.*—V. REFLEXIONES FINALES.—VI. REFERENCIAS DE LAS SENTENCIAS CITADAS.

RESUMEN

El modelo canadiense de regulación de la competición electoral es, probablemente, uno de los más interesantes del mundo, al colocar la preocupación por la equidad —o la igualdad de oportunidades entre los competidores— en el centro del debate. En su primera parte, este artículo ofrece un resumen de la construcción del modelo, prestando atención al papel que ha tenido en este proceso el diálogo entre el poder legislativo y el poder judicial. La segunda parte trata sobre los debates judiciales más relevantes en relación con cuestiones como los gastos de terceros, las normas sobre radiodifusión en los períodos electorales y los requisitos para el acceso a la financiación pública, mostrando que estos debates, en realidad, trataban sobre una cuestión ideológica más amplia: si en Canadá debía prevalecer un modelo

(1) El presente artículo ha sido elaborado durante una estancia de investigación en la Universidad de Toronto, en el verano de 2012, financiada por el *International Council of Canadian Studies (Faculty Research Program)*.

igualitario o libertario de regulación electoral. En la parte final del artículo, podemos encontrar algunas de las cuestiones que permanecen abiertas para el debate, como el cuestionamiento de la financiación pública a través de la reciente reforma legislativa.

Palabras clave: Canadá; elecciones; partidos políticos; financiación de los partidos.

ABSTRACT

The Canadian model of the electoral competition regulation is, probably, one of the most interesting in the world, as it places the concern about equity –or equality of chances between the electoral competitors– in the center of the debate. In its first part, this article offers an overview of the model’s construction, paying attention to the role of the dialogue between the legislature and the judiciary in that process. The second part deals with the most relevant judicial debates about questions like third party expenditures, electoral broadcasting regulation and thresholds to qualify for public financing, showing that these debates were really about a larger ideological question: namely, whether an egalitarian or libertarian model of election regulation would prevail in Canada. In the final part of the article, we can find some of the questions that remain open for debate, like the challenge of the public funding in the recent legislative reform.

Key words: Canada; elections; political parties; party finance.

I. INTRODUCCIÓN

El Tribunal Supremo de Canadá ha descrito la actual regulación de la competición electoral en dicho país como un «modelo igualitario»⁽²⁾. Esta calificación pone de relieve la importancia que tiene dentro de dicho modelo el principio de equidad (*fairness*) en la competición electoral. En otras palabras, en la dialéctica entre libertad (de campaña/de expresión/de gasto) e igualdad (de oportunidades entre los competidores electorales/de influencia de los ciudadanos en el proceso político) en la que se debaten las democracias contemporáneas, la legislación y la jurisprudencia canadienses han tomado claramente partido por la igualdad, entendiéndose que, al fin y al cabo, la democracia significa primordialmente igualdad en el ejercicio del poder. Bajo esa premisa, se admiten limitaciones a libertad de los sujetos que par-

(2) *Harper v. Canada* (2004), párrafo 62. Sobre la concepción del «modelo igualitario» en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, véase FEASBY, Colin, «The Supreme Court of Canada’s Political Theory and the Constitutionality of the Political Finance Regime», en K.D. Ewing y Samuel Issacharoff (eds.), *Party funding and Campaign Financing in International Perspective*, Portland (OR), Hart Publishing, 2006, pp. 243-267.

ticipan en el proceso electoral para evitar que pueden ejercer una influencia abusiva sobre el electorado, principalmente a través del dinero, con el fin de garantizar la posición igual de todos los ciudadanos a la hora de emitir su voto y a la hora de aspirar a los mandatos electivos. En palabras de Rawls, la igualdad que define el valor equitativo de las libertades políticas es la garantía de que los ciudadanos, con talentos y motivaciones similares, tengan una oportunidad igual de ejercer influencia en el gobierno y de acceder a posiciones de autoridad, independientemente de su clase social o económica(3).

El valor que se concede a la equidad en el proceso electoral y, consiguientemente, a la igualdad de oportunidades entre los competidores electorales, supone una nota diferencial del modelo canadiense que le aproxima a la concepción europea, e incluso continental, del proceso electoral, y le distancia del modelo estadounidense. Esta diferencia quedaba puesta en evidencia en la exposición de Pierre LORTIE ante la Cámara de los Comunes sobre las conclusiones de la *Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing* en 1992:

«Los canadienses no aceptan la visión según la cual el proceso electoral es similar al mercado económico. Rechazan el modelo de competición electoral propio de los Estados Unidos, en el que la riqueza personal, o el acceso a la riqueza, es una precondition para el acceso a los mandatos electivos y para la realización de campañas efectivas por parte de los candidatos y los partidos.»(4)

Los términos en los que se suele plantear el debate entre la visión igualitaria (*egalitarian*) y la visión que podríamos denominar, quizás impropriamente, libertaria (*libertarian*)(5) de la competición electoral, son de sobra conocidos. En el modelo igualitario, los ciudadanos deben tener una posibilidad igual de participar en el debate electoral y de influir así en la toma de decisiones políticas y, siendo la influencia del dinero la principal amenaza para que ello sea así, dicha influencia debe ser contrarrestada a través de diferentes medidas que garanticen un campo de juego equilibrado (*a level playing field*) entre los contendientes electorales. No debe, pues, permitirse a

(3) Cfr. John RAWLS, «The Basic Liberties and Their Priority», en McMurrin, Sterling M. (ed.), *The Tanner Lectures on Human Values III*, Salt Lake City, University of Utah Press; Cambridge, Cambridge University Press, 1982, p. 73.

(4) LORTIE, Pierre, «The Principles of the Electoral Reform», *Canadian Parliamentary Review*, spring 1993, p. 5.

(5) En Europa hablaríamos más bien de modelo «liberal». Véase la utilización de los términos *egalitarian* y *libertarian* por el propio Tribunal Supremo en *Harper v. Canada* (2004), párrafo 62.

aquellos que gocen de una ventaja fáctica en el plano financiero trasladar dicha ventaja a la competición electoral. En el modelo libertario, por el contrario, la existencia de una libertad de expresión sin restricciones en el seno del *mercado de las ideas* (6) garantizaría que el electorado tenga una exposición máxima a todas las ideas políticas en el proceso de formación de su preferencia electoral. Pero la consecuencia de la ausencia de restricciones, desde el punto de vista igualitario, no es la situación ideal en la que las distintas ideas y opiniones se oponen unas a otras en un intercambio equilibrado ante los ojos de los electores, sino que las ideas y las opiniones de los individuos y los grupos que disponen de mayores recursos económicos van a poder tener una visibilidad desproporcionada, a través de la compra de tiempo publicitario o a través de su influencia sobre los medios de comunicación de masas, hasta el punto de poder enterrar completamente, a efectos prácticos, a cualquier otra idea y opinión (7).

En las páginas que siguen prestaremos atención a los principales debates jurisprudenciales que se han planteado en torno al modelo canadiense de regulación de la competición electoral, al cuestionamiento actual del modelo desde el gobierno y a los debates aún abiertos que existen en la doctrina sobre el mismo.

II. EL DIÁLOGO ENTRE EL PODER LEGISLATIVO Y EL JUDICIAL COMO MÉTODO

El proceso de construcción del modelo canadiense de regulación de la competición electoral ha sido visto como un diálogo entre los poderes legislativo y judicial (8). Por ello, el modelo igualitario existente se explica mejor

(6) La analogía entre la libertad de expresión y el libre mercado es una constante en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. El primero en emplear la expresión *free trade of ideas* fue el Juez Oliver W. Holmes Jr. en su opinión disidente a *Abrams v. US*, 250 U.S. 616, 630 (1919), con el sentido original de defensa de la titularidad privada de los medios de comunicación. Más tarde, el Juez William J. Brennan Jr. Utilizó la expresión *marketplace of ideas* en su opinión concurrente a *Lamont v. Postmaster Gen.*, 381 U.S. 301, 308 (1965).

(7) Una amplia exposición de este debate, con referencias al contraste entre la visión canadiense y la estadounidense, la encontramos en los diversos trabajos englobados en Griner, Steven y Zovatto, Daniel (eds.), *The Delicate Balance between Political Equity and Freedom of Expression: Political Party and Campaign Financing in Canada and the United States*, Washington D.C., Organization of the American States, International IDEA, 2005.

(8) Sobre esta idea de diálogo, aunque referida principalmente al campo del Derecho penal, HOGG, P. y BUSHELL, A., «The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing After All)», *Osgoode Hall Law Journal*, núm. 35, 1997, p. 75. Para otros autores, la metáfora del diálogo no expresa bien la

acudiendo a la teoría de la evolución que a la del diseño inteligente. En diferentes momentos, Parlamentos de distinto signo político han ido introduciendo medidas, expandiendo progresivamente el alcance de la legislación, hasta llegar a abarcar a todos los participantes en el proceso electoral (candidatos, partidos, aspirantes a la nominación como candidatos, aspirantes al liderazgo de los partidos políticos, contribuyentes privados, terceros que intervienen en el debate público, medios de comunicación), dando una respuesta adaptativa a las situaciones que se han ido planteando en la realidad y no siguiendo un esquema teórico predefinido. Cuando dichas medidas han sido impugnadas ante los tribunales, éstos, ponderando los derechos e intereses en juego, han ido, por lo general, validando las previsiones del legislador, entendiendo que eran necesarias en una sociedad democrática, a pesar de afectar a los derechos constitucionalmente reconocidos. Sólo en supuestos excepcionales, cuando los tribunales han creído que se estaban violentando injustificadamente los derechos de participación de los ciudadanos o a la libertad de expresión, las medidas legislativas han sido matizadas o incluso invalidadas. Los tribunales han sido, ciertamente, deferentes con el legislador democrático, pero el legislador, por su parte, ha sido muy sensible a los «mensajes» enviados desde los tribunales y ha ido adaptando la regulación existente a los criterios jurisprudenciales.

Un tercer elemento a tener en cuenta es el papel de la doctrina, un papel, sin duda, significativo a la hora de detectar los problemas y de proponer soluciones (9). Una característica reseñable del modelo canadiense es que las reformas legislativas más importantes siempre han estado precedidas de amplios y profundos estudios doctrinales. En este sentido, tanto los estudios doctrinales que acompañaron a las conclusiones del Comité Barbeau en 1966 (10), como los que se hicieron por encargo de la *Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing*, cuyas conclusiones fueron publicadas en 1991 (11), pueden considerarse, justamente, como piezas esenciales para cualquier estudio sobre esta materia en Canadá.

extensión y la profundidad del desacuerdo teórico existente entre los tribunales a propósito de la concepción sobre el proceso democrático: SMITH, J. y BAKVIS, H., «Judicial Review and Electoral Law», en Mellon, H. y Westmacott, M. (eds.), *Political Dispute and Judicial Review: Assessing the Work of the Supreme Court of Canada*, Toronto, Nelson, 2000, p. 64.

(9) Así lo señala BEANGE, Pauline, «20 Years after the Lortie Commission and 45 Years after the Barbeau Committee: A Review of Canadian Scholarship on Party Finance», Paper presentado en la conferencia anual de la *Canadian Political Science Association (CPSA)*, Wilfrid Laurier University, Waterloo (mayo de 2011), p. 3.

(10) BARBEAU, Alphonse et al., *Report of the Committee on Election Expenses*, Ottawa, Queen's Printer, 1966.

(11) Las conclusiones comprenden un informe final de cuatro volúmenes con más de 500 recomendaciones (*Reforming Electoral Democracy: Final Report*, Ottawa, 1991) y 23

También debe ser destacado el papel jugado en este proceso evolutivo por *Elections Canada*, la autoridad independiente encargada de la organización y supervisión de los procesos electorales, y por su cabeza, el *Chief Electoral Officer*. Como veremos más adelante, en diferentes momentos, los informes y las recomendaciones emanadas de esta autoridad han constituido el punto de partida de las ulteriores reformas legislativas.

El diálogo entre parlamento y tribunales se ha hecho posible, con especial intensidad, a partir de la Carta de Derechos y Libertades de 1982 (la Carta), cuya entrada en vigor ha supuesto, como reconoce la doctrina⁽¹²⁾, una notable ampliación de la capacidad de intervención del poder judicial en el proceso electoral, permitiendo a los tribunales llevar a cabo una revisión de la legislación electoral a la luz de algunos de los derechos recogidos en ella, como son la libertad de expresión [Sección 2(b)], la igualdad de trato (Sección 15) o el propio derecho de sufragio (Sección 3).

Resulta interesante señalar que el control de constitucionalidad en el marco de la Carta tiene ciertas similitudes con el test de proporcionalidad que aplica el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, en parte, con el control del Tribunal Supremo de los EEUU en relación con la Primera Enmienda. El Tribunal, cuando se enfrenta a la legislación electoral, realiza una ponderación entre los derechos individuales afectados y los intereses dignos de protección perseguidos por el legislador. En primer lugar, el Tribunal determina si uno de los derechos de la Carta se ve afectado por la medida legislativa, en caso afirmativo, se pasa a analizar a continuación si dicha medida constituye un límite razonable, justificable en una sociedad libre y democrática⁽¹³⁾. La justificación ofrecida por el legislador es entonces sometida a un test que, primeramente, determina si la finalidad perseguida por la ley es «sustancial e imperiosa» y, de considerarse que es así, en segundo lugar, se analiza si hay una «conexión racional» entre la medida

volúmenes de investigación a cargo de especialistas, de los cuales cinco estuvieron específicamente centrados en la materia de la financiación electoral: cuatro estudios colectivos editados por F. Leslie Seidle: *Issues in Party and Election Finance in Canada*; *Comparative Issues in Party and Election Finance*; *Provincial Party and Election Finance in Canada*; y *Interest groups and elections in Canada*; y el estudio de W.T. Stanbury, *Money in Politics: Financing Federal Parties and Candidates in Canada*; todos ellos publicados en Ottawa, por la Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing y Dundurn Press, en 1991.

(12) Véase, por ejemplo, FEASBY, Colin, «Canadian political finance regulation and jurisprudence», en Ewing, Keith; Rowbottom, Jacob y Tham, Joo-Cheong (eds.), *The funding of political parties: where now?*, London, New York, Routledge, 2012, p. 206.

(13) La base de este test se encuentra en la propia Sección 1 de la Carta que establece que los derechos y libertades enunciados en la misma «solo pueden ser restringidos mediante límites razonables prescritos por la ley, cuya justificación pueda ser demostrada en una sociedad libre y democrática».

limitativa del derecho y la finalidad perseguida y si la ley supone un «perjuicio mínimo» en el derecho en cuestión. En una última fase del test, el tribunal realiza una ponderación de los «efectos beneficiosos y perjudiciales» de la medida para llegar a una conclusión sobre su adecuación a la Constitución(14).

El diálogo o la discrepancia entre legislador y tribunales nos lleva inevitablemente a la cuestión sobre quién debe decidir, en una sociedad democrática, sobre los principios y reglas que se aplican al proceso electoral. La respuesta a dicha pregunta está muy relacionada con el modelo que se adopte(15). Si, partiendo de un modelo liberal, se considera que la preservación de la libertad de los participantes en el proceso electoral debe ser el principio rector que presida toda la regulación electoral, entonces el protagonismo en la toma de decisiones se desplazará del lado de los tribunales, que deberán someter a un estricto escrutinio las decisiones del legislador que supongan alguna limitación para dicha libertad. Si, por el contrario, es el modelo igualitario el que predomina, entonces el protagonismo recaerá en el legislador, que deberá proponer medidas que aseguren las condiciones de un campo de juego equilibrado para los participantes en el proceso, y los tribunales, en principio, tenderán a ser más deferentes con el legislador, considerado como mejor capacitado y más legitimado para llevar a cabo la ponderación entre diferentes valores y fines en juego.

En decisiones trascendentales como *Libman* y *Harper*, el Tribunal Supremo ha respaldado el modelo igualitario de competición electoral, perseguido por el Parlamento, calificándolo como altamente loable(16). En algunos casos, como en las sentencias *Figueroa* y *Reform Party*, los tribunales han invalidado las medidas legislativas cuando han entendido que las limitaciones legales buscaban, al menos en parte, una protección del *statu quo*, favoreciendo a los partidos establecidos. Por tanto, en estos casos, más que ante decisiones contrarias al modelo igualitario, podemos ver en ellas un intento de extensión y de reforzamiento de los principios que presiden el mismo. Sin embargo, también encontramos en la jurisprudencia otras decisiones que han desafiado al modelo igualitario desde una concepción totalmente opuesta, a menudo influenciada por la doctrina norteamericana que equipara la capacidad de gasto ilimitada con el ejercicio de la libertad de expresión(17).

(14) El resumen sobre el test de constitucionalidad que aplica el Tribunal Supremo de Canadá está tomado de FEASBY, Colin, «The Supreme Court...», p. 245.

(15) La conexión entre ambas cuestiones es planteada en estos términos por GEDDIS, Andrew, «Liberté, Égalité, Argent: Third Party Election Spending and the Charter», *Alberta Law Review*, núm. 42, 2004, pp. 437.

(16) *Libman v. Québec* (1997), párrafo 56.

(17) Destacan especialmente *National Citizens' Coalition Inc. v. Canada* (1984) y *Somerville v. Canada* (1996).

Hasta ahora, el modelo igualitario ha sido cuestionado por tribunales inferiores, pero ha encontrado un firme respaldo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sin embargo, es una incógnita si los eventuales cambios en la composición del Tribunal, tras un prolongado periodo del gobierno del Partido Conservador, podrían tener alguna influencia en la doctrina jurisprudencial, como ha sucedido en los Estados Unidos, donde la retirada del Tribunal Supremo de los jueces William Rehnquist y Sandra Day O'Connor y el nombramiento de John Roberts y Samuel Alito ha tenido como consecuencia un escoramiento del Tribunal hacia posiciones más partidarias de la desregulación total de las campañas electorales, tendencia que ha quedado plasmada en *Citizens United v. FEC* (18). Es difícil determinar en qué medida podría suceder algo similar en Canadá, pero la, hasta ahora, firme postura del Tribunal Supremo a favor del modelo igualitario podría resquebrajarse en un contexto en el que, como vamos a ver más adelante, la posición del legislador es más ambigua.

III. EL CUESTIONAMIENTO DEL MODELO ANTE LOS TRIBUNALES: LOS GRANDES DEBATES

a) *El debate sobre la prohibición de los gastos de terceros*

Aunque puede resultar curioso que uno de los principales debates se haya centrado en una cuestión relativamente marginal dentro de la regulación de las campañas electorales (19), sobre todo si tenemos en cuenta la escasa relevancia de este tipo de gastos en las campañas canadienses, en comparación con los EEUU (20) –con la excepción de la campaña de 1988 a la que nos referiremos después–, lo cierto es que el debate sobre esta cuestión ha sido el pretexto para el planteamiento de un debate de gran calado sobre los principios generales que rigen el modelo de regulación de la competición electoral en Canadá (21). Hay que tener en cuenta también que, hasta ahora, a

(18) 558 US 50 (2010).

(19) Una referencia a la historia de la regulación de estos gastos en Canadá la encontramos en Geddis, Andrew, *op. cit.*, pp. 439 y ss.

(20) La escasa importancia de los gastos de terceros en los ciclos electorales de 2004, 2006 y 2008 ha sido destacada por un interesante estudio de CRANDALL, Erin y LAWLOR, Andrea «Understanding third-party advertising: an analysis of the 2004, 2006 and 2008 Canadian elections», *Canadian Public Administration*, vol. 54, núm. 4, 2011, pp. 509 y ss.

(21) En este sentido, FEASBY, Colin, «Freedom of Expression and the Law of the Democratic Process», *Supreme Court Law Review*, núm. 29, 2005, p. 237.

diferencia de los sucedido en los EEUU, en Canadá no se ha puesto nunca en cuestión la constitucionalidad de los límites de gasto de los propios partidos y de los candidatos, pero es posible que si los límites de gasto de los terceros hubieran sido declarados inconstitucionales, ello habría conducido a un cuestionamiento de los demás pilares del modelo igualitario.

El origen del caso está en una reforma legislativa introducida en 1983 por el gobierno liberal de Pierre E. Trudeau, la cual suponía una prohibición total de los gastos realizados por terceros en las campañas electorales, salvo autorización legal expresa. La *National Citizens Coalition*, un grupo de interés conservador, impugnó dicha legislación ante la *Alberta Court of Queen's Bench* (Tribunal Superior de la Provincia de Alberta) por entender que la prohibición vulneraba el derecho a la libertad de expresión reconocido en la Carta. El Abogado General, en defensa de la ley, alegó que la prohibición era necesaria para garantizar el cumplimiento las normas sobre control de gastos de los partidos y los candidatos, evitando que fuesen sorteadas a través de terceras personas, asegurando con ello el cumplimiento del objetivo de dichas normas, que no era otro sino la garantía de la igualdad entre los participantes electorales. En la sentencia *National Citizens' Coalition Inc. v. Canada (Attorney General)*, dictada en 1984, el Tribunal de Alberta dictaminó que la ley limitaba la libertad de expresión y que la justificación ofrecida por el gobierno era insuficiente para superar el test de proporcionalidad. El gobierno no presentó recurso de apelación a esta sentencia y, en consecuencia, a partir de entonces, la prohibición de los gastos de terceros dejó de ser aplicable(22).

Sin normas legales que los limitasen, los gastos realizados por terceros durante las campañas continuaron siendo un asunto polémico en los años sucesivos. En la campaña electoral de 1988, la publicidad pagada por terceros constituyó un factor decisivo en la victoria de conservador Brian Mulroney. En dicha campaña, el debate público se centró de manera muy enconada sobre el Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA), del cual los conservadores eran firmes partidarios, mientras que los liberales y los nuevos demócratas eran detractores. Se calcula que por parte de grupos de interés empresariales se gastaron en la campaña aproximadamente 13 millones de dólares a favor del acuerdo, mientras que desde los grupos contrarios solo gastaron 1 millón (no existen datos exactos precisamente porque la ley no obligaba todavía a declarar estos gastos)(23).

(22) Aunque la decisión, técnicamente, solo era vinculante en Alberta, el *Chief Electoral Officer* decidió la inaplicación de la legislación en todo el territorio nacional para evitar que hubiera diferentes normas en vigor en distintas partes del territorio.

(23) Cfr. MACDONALD, Donald C., «1988 Election Expenditures: A Canadian-American Comparison», en Fleming, Robert J. (ed.), *Canadian Legislatures, 1992: Issues, Structures and Costs*, Toronto, Global Press, 1992, pp. 21 y 22.

Sin duda, el estado de opinión tras los excesos de la campaña de 1988 fue determinante para la creación, un año después, de la *Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing* (Comisión LORTIE). Desde el punto de vista de la comisión, la posibilidad de gastos ilimitados por parte de terceros socava la equidad electoral (*electoral fairness*) en cuatro aspectos: (1) puede conducir al dominio del discurso político por los económicamente poderosos; (2) permite a los partidos y a los candidatos sortear los límites legales de gasto; (3) puede tener un efecto distorsionador en el resultado de la elección, y (4) puede erosionar la confianza del electorado en el proceso electoral, al percibirlo como un proceso dominado por los sectores con más recursos (24).

En 1993, siguiendo las recomendaciones de la Comisión Lortie (publicadas en 1991), se introdujeron de nuevo limitaciones a estos gastos, pero, para evitar incurrir en una prohibición total, que contravendría la doctrina de la sentencia *National Citizens' Coalition v. Canada*, lo que se hace es fijar un límite máximo de \$1.000 por cada persona. Esta regulación fue nuevamente impugnada ante el Tribunal Superior de Alberta por la *National Citizens Coalition*, presidida por David Somerville. En primera instancia, el Tribunal de Alberta volvió a considerar inconstitucionales las previsiones de la ley. Esta vez, la decisión fue recurrida ante el Tribunal de Apelación de Alberta, que la confirmó en 1996, mediante la sentencia *Somerville v. Canada*, sin que se llegase a presentar ulterior recurso ante el Tribunal Supremo por parte del Abogado General. El Tribunal de Apelación basó su decisión en la consideración de que las medidas impugnadas equivalían en la práctica a una completa interdicción de cualquier expresión de posicionamiento político por parte de los terceros no intervinientes en la competición electoral, concluyendo que «el verdadero propósito de esta legislación es que los terceros no puedan ser oídos de manera efectiva y que los partidos políticos gocen de una protección preferencial» (25).

Como ha señalado una parte de la doctrina, en *National Citizens' Coalition* y en *Somerville* prevalece una concepción muy estrecha del proceso democrático, centrada exclusivamente en la ausencia de restricciones a la libertad de expresión, sin tener en cuenta los efectos que un gasto no regulado por parte de los terceros puede tener para la capacidad de los ciudadanos de

(24) *Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing, Reforming electoral democracy: final report*, 1991, pp.15-16. Resumen hecho por el Tribunal Supremo en *Harper v. Canada* (2004), párrafo 79.

(25) *Somerville v. Canada* (1996), párrafo 77.

ejercer una influencia igual en el poder político(26). Partiendo de una óptica liberal clásica, se ve al Estado solo como una amenaza para la libertad y se desecha sistemáticamente su papel como promotor de la igualdad. Las regulaciones de los gastos de terceros son vistas exclusivamente como límites de la libertad de expresión y solo se admite como justificación posible de esos límites la necesidad de prevenir el peligro de la corrupción, sin prestar atención a otras justificaciones posibles como la necesidad de promover un campo de juego equilibrado en la campaña electoral. Como consecuencia de ello, cuando se centra el debate en términos de «libertad de expresión» *versus* «prevención de la corrupción», se fuerza enormemente la necesidad de demostrar el daño que se trata de atajar a través de la medida legislativa, lo que, en último término, lleva a la imposibilidad práctica de justificar la restricción que pretende imponerse.

Probablemente, esta línea jurisprudencial ha estado también muy influenciada por la doctrina del Tribunal Supremo de los EEUU en *Buckley v. Valeo* (1976)(27), que tiende a equiparar de manera simplista libertad de gasto y libertad de expresión, ignorando algo tan elemental como que la inmensa mayoría de los ciudadanos no son iguales en cuanto a su capacidad para adquirir espacios publicitarios en los medios de comunicación. En consecuencia, cuando se achaca a las regulaciones sobre gastos de terceros que provocan la monopolización del debate político por parte de los partidos, impidiendo que determinadas cuestiones políticas sean sometidas a debate por otros individuos o grupos, se está ignorando la realidad de que solo algunos individuos o grupos económicamente poderosos tienen capacidad para poner un asunto en la agenda política, obviando, además, el papel central que los partidos políticos juegan como instrumentos de la participación política de los ciudadanos.

La contrapartida a *Somerville* llegó en 1997, de la mano del Tribunal Supremo, en la sentencia *Libman v. Québec*(28), relativa a la regulación que se hacía de los gastos electorales de terceros en la Ley de referendos de la

(26) En este sentido, HIEBERT, Janet L., «Elections, Democracy and Free Speech: More at Stake than Unfettered Right to Advertise», en Ewing, K.D. y Issacharoff, Samuel (eds.), *op. cit.*, pp. 277 y s. Véase también, sobre la confrontación entre las concepciones liberal e igualitaria en materia de gastos electorales de terceros, GEDDIS, Andrew, *op. cit.*, pp. 434 y ss.; y EWING, Keith D., *Money, Politics, and Law: A Study of Campaign Finance Reform in Canada*, Oxford, Clarendon Press, 1992, pp 26-31.

(27) *Buckley v. Valeo*, 424 US 1 (1976).

(28) Un análisis detallado de esta sentencia lo encontramos en FEASBY, Colin, «*Libman v. Québec (A.G.) and the Administration of the Process of Democracy under the Charter: The Emerging Egalitarian Model*», *McGill Law Journal*, núm. 44, 1995, p. 5.; véase también GEDDIS, Andrew, *op. cit.*, pp. 444 y ss.

Provincia de Quebec. En esta sentencia, el Tribunal Supremo estableció una serie de principios de gran importancia para esta materia, dejando muy claro, además, que sus razonamientos eran aplicables también al contexto de las elecciones y no solo al de los referendos. Las conclusiones a las que el Tribunal de Apelación de Alberta había llegado en *Somerville* son rebatidas por el Tribunal Supremo, rechazando que las normas de la legislación quebequesa tengan como objetivo el silenciar a los terceros, entendiendo, por el contrario, que este tipo de regulaciones lo que pretenden es «posibilitar una cierta igualdad de recursos» entre los competidores y «preservar la confianza del electorado en un proceso democrático no dominado por el poder del dinero», y que esos eran objetivos legislativos válidos y loables. En palabras del propio Tribunal, «el principio de la equidad electoral deriva directamente de uno de los principios consagrados en la Constitución: el de la igualdad política de los ciudadanos» y las leyes que limitan los gastos son necesarias «para preservar la igualdad en los derechos democráticos y asegurar que el ejercicio por una persona de su derecho a gastar no obstaculice las oportunidades para comunicar de los demás» (párrafo 47). No obstante, el Tribunal consideró que los preceptos concretos de la *Québec Referendum Act*, que vedaban en su práctica totalidad los gastos de terceros, tanto los dirigidos a promover u oponerse directamente a un candidato o partido, como los dirigidos a expresar sus puntos de vista en materias de interés público, eran demasiado restrictivos.

La sentencia *Liebman* significó un punto de inflexión de la jurisprudencia en este debate y envió un mensaje muy claro al legislador federal en el sentido de que las medidas que se propusiesen podrían superar sin problemas el test de constitucionalidad, siempre que los límites que se adoptasen fueran razonables y no prohibiesen totalmente la intervención de los terceros en las campañas.

El informe del *Chief Electoral Officer*, Jean-Pierre Kingsley, sobre las elecciones generales de 1997 fue también muy claro, urgiendo al legislador que corrigiera la anomalía que permitía a los terceros un gasto ilimitado, mientras que los partidos y los candidatos se encontraban sometidos a estrictos límites.

Los mensajes fueron oídos y, así, en septiembre de 2000 se aprobó una nueva, ampliamente reformada, *Canada Elections Act* (CEA) bajo los auspicios del gobierno liberal. En la misma, se establecen límites a las gastos de terceros «dirigidos a promover u oponerse a la elección de uno o más candidatos en un determinado distrito electoral», en particular, «citándolos por su nombre», «mostrando su imagen», «identificándoles por su respectiva afiliación política» o «tomando posición en un tema con el que estén vinculados

de manera particular» (CEA, sección 350). El límite de gastos electorales por parte de terceros se elevaba hasta 150.000 dólares en el conjunto de la nación, de los cuales no más de 3.000 podían ser empleados en un determinado distrito, a lo cual se sumaban ciertas obligaciones de registro y publicidad de los terceros. Dichos límites son revisables de acuerdo con la inflación. Estos límites, en realidad, eran cualitativamente más restrictivos que los impuestos anteriormente, debido a la amplitud con la que se consideraban las comunicaciones sujetas a ellos, que van mucho más allá del apoyo o la oposición explícita a un candidato o partido, sin embargo, eran menos restrictivos desde el punto de vista cuantitativo.

De nuevo, la *National Citizens Coalition*, esta vez presidida por Stephen Harper (el actual Primer Ministro), impugnó las previsiones legales ante el Tribunal Superior de Alberta. En la sentencia de primera instancia, dictada en 2001, el Tribunal entendió que tanto la sección 350, que establecía los límites de gastos, como la sección 351, que prohibía las prácticas colusorias que tuvieran como propósito sortear dichos límites, eran inconstitucionales, si bien consideraba ajustadas a la Carta el resto de las normas reguladoras de los gastos de terceros. La decisión fue apelada y el Tribunal de Apelación, en sentencia de 16 de diciembre de 2002, apartándose de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en *Libman*, entendió que todas las previsiones legales relativas a los gastos de terceros eran inconstitucionales, con la única excepción de la sección 358, que prohibía a los terceros usar fondos provenientes de contribuyentes extranjeros con fines de propaganda.

En esta ocasión, la decisión del Tribunal de Alberta sí fue recurrida ante el Tribunal Supremo y éste, en la sentencia *Harper v. Canada*, dictada el 18 de mayo de 2004, consideró que la regulación legal en su conjunto era constitucional (29). La argumentación en *Harper*, considerada por la doctrina el *leading case* en materia de gastos electorales de terceros, deriva directamente de lo que el Tribunal ya había dicho en *Liebman*: el objetivo primordial de las restricciones a los gastos de los terceros es promover la «equidad electoral» (*electoral fairness*) a través de la «igualdad en el discurso político» (*equality in the political discourse*), lo cual se consigue «restringiendo la participación de aquellos que tienen acceso a recursos financieros significativos» (párrafo 91), previniendo, en particular, que las normas sobre límites de gastos de candidatos y partidos puedan sortearse a través de la interposición de terceras personas.

Una de las cuestiones más debatidas en la sentencia fue la de la existencia o no de un peligro real de que los gastos de terceros pudiesen distorsionar

(29) Un comentario detallado de esta sentencia lo encontramos en FEASBY, Colin, «Freedom of Expression...», pp. 237 y ss.; véase también GEDDIS, Andrew, *op. cit.*, pp. 429 y ss.

la competición electoral. Frente a la alegación de la parte recurrente de que no existía una evidencia del daño causado por los gastos de los terceros y que, por tanto, no existía tampoco una necesidad sustancial e imperiosa que justificase la medida impugnada, el Tribunal arguyó que basta «un temor razonado» cuando no existe una evidencia científica incontrovertida sobre la existencia del daño (párrafo 77). Esta argumentación supone un avance indudable respecto a *Somerville*, pero no rompe completamente con el falso debate «libertad de expresión» versus «prevención de la corrupción» y sigue exigiendo que haya una prueba empírica, aunque mínima, que justifique ese «temor razonado».

Aunque la decisión del Tribunal sobre la constitucionalidad global de las disposiciones legales relativas a los gastos de terceros fue unánime, tres jueces, entre los que se encontraba la *Chief Justice* Beverley McLachlin, expresaron su opinión disidente en relación, únicamente, con las secciones 350 (topes de gasto), y 351 (prácticas colusorias), antes citadas. El desacuerdo entre la mayoría y la minoría se centró en si los límites concretos establecidos en la norma satisfacían o no el test de proporcionalidad. Los jueces disidentes señalaron que el peligro que la medida trataba de atajar era «completamente hipotético» y que, en contrapartida, la limitación que se imponía a la libertad de expresión era «draconiana» y suponía, en la práctica, una prohibición de la participación de los ciudadanos en el debate político durante el período electoral, habida cuenta de que hoy en día la única comunicación efectiva es la que se produce a través de los medios de comunicación de masas (párrafos 20, 34, 35 y 39). La mayoría rechazó esa visión, señalando que la regulación legal permitía la realización de campañas de información modestas y que, además, había que tener en cuenta otros dos hechos: el primero, que había un amplio abanico de modalidades de comunicación que, no siendo publicidad de pago, no resultaban afectadas por la regulación (editoriales, noticias, debates y entrevistas, entre otras), y el segundo, que antes del comienzo del período electoral no existía ninguna restricción a las comunicaciones de tipo publicitario realizadas por terceros (párrafos 112 y 115). En definitiva, para la mayoría, la limitación de la libertad de expresión no era tan severa como sugería la minoría y, en cambio, tenía efectos muy saludables para promover la equidad (*fairness*) del proceso electoral e incrementar la confianza de los canadienses en el mismo (párrafo 120).

Una cuestión que queda pendiente tras *Harper* es la del tratamiento del *issue advertising* o *issue advocacy* es decir, de la publicidad que no va dirigida directamente a apoyar a un candidato o a un partido, o a oponerse a ellos, sino que, simplemente, fija su posición sobre un asunto político.

En principio, como hemos señalado antes, la legislación canadiense al establecer los límites a la publicidad de los terceros durante el período electoral, incluye también este tipo de campañas, pues la CEA en la sección 350 se refiere a los gastos de terceros «dirigidos a promover u oponerse a la elección de uno o más candidatos en un determinado distrito electoral», entre otras maneras: «citándolos por su nombre», «mostrando su imagen», «identificándoles por su respectiva afiliación política» o «tomando posición en un tema con el que estén vinculados de manera particular». Aparentemente, esto impide que en Canadá los terceros puedan realizar lo que la doctrina y la jurisprudencia de los EEUU han denominado *sham issue advertising*, es decir, una publicidad que de forma fingida (*sham*) se posiciona en un determinado asunto, buscando en realidad el apoyo o el rechazo para un candidato o partido, pero sin pedir directamente que se le vote o no, es decir, sin utilizar lo que el Tribunal Supremo de los EEUU ha llamado «las palabras mágicas» (30).

En Canadá, el problema se plantea sobre todo como una cuestión de interpretación caso por caso de cuales son los temas que pueden considerarse vinculados a un partido o a un candidato «de manera particular». En *Harper*, el Tribunal Supremo no abordó directamente este problema, aunque sí entendió que la definición legal, aunque amplia en su alcance, no podía ser tachada de inconstitucional por su vaguedad, siendo posible discernir en la práctica cuales son los temas vinculados a un candidato o a un partido durante la campaña, bien a través de los programas electorales que se hacen públicos, bien a través de las intervenciones públicas realizadas por los candidatos o los portavoces del partido en cuestión (31). No obstante, es posible imaginar situaciones en las que la distinción no es tan clara y, en esos casos, las restricciones legales deberían interpretarse de forma estricta, pues la libertad de expresión juega a favor de los terceros que emiten los mensajes (32).

Una de las cuestiones que pueden plantearse es en qué medida puede influir en Canadá el intenso debate jurídico que se está desarrollando en los últimos años en los EEUU, a partir de la aprobación de la *Bipartisan Campaign Reform Act* (BCRA) de 2002 y de las decisiones jurisprudenciales que

(30) Véase, por ejemplo, *McConnell v. FEC*, 540 U.S. 93 (2003). Sobre esta problemática en los EEUU, HASEN, R.L., «The Surprisingly Complex Case for Disclosure of Contributions and Expenditures Funding Sham Issue Advocacy», *UCLA Law Review*, núm. 48, 2000, pp. 265 y ss.

(31) *Harper v. Canada* (2004), párrafos 89 y 90.

(32) En este sentido, FEASBY, Colin, «Issue Advocacy and Third Parties in the United Kingdom and Canada», *McGill Law Journal*, núm. 48, 2003, p. 22.

la han seguido, especialmente la sentencia del Tribunal Supremo *Citizens United v. FEC* (2010)(33), que declara inconstitucional cualquier limitación a los gastos de terceros sobre la base de la Primera Enmienda (libertad de expresión).

Ciertamente, la influencia de los grupos de interés organizados (principalmente sindicatos y grupos empresariales) en las campañas electorales no ha sido nunca en Canadá comparable a la de sus homólogos estadounidenses(34) y, según todos los indicios, los canadienses prefieren que eso siga siendo así. No es una idea muy desencaminada afirmar que entre los motivos de las sucesivas reformas que han impuesto límites a este tipo de gastos en Canadá se encuentra un deseo, confesable, de evitar la «americanización» de sus campañas electorales. Como hemos señalado antes, los excesos de la campaña de 1988 crearon un estado de opinión favorable a las reformas y parece que entre los partidos políticos sigue existiendo un consenso sobre el mantenimiento de estos límites.

Sin embargo, las decisiones jurisprudenciales no parecen reflejar el mismo grado de consenso. Aunque la sentencia *Harper* va claramente en el sentido de afirmar la primacía del objetivo de la equidad electoral sobre la garantía ilimitada de la libertad de expresión, distanciándose por tanto de la doctrina del Tribunal Supremo de los EEUU, tanto las opiniones de los jueces disidentes, como las decisiones anteriores de diversos tribunales inferiores, como acabamos de ver, dejan entrever que en la judicatura canadiense existe una cierta permeabilidad a las doctrinas provenientes del vecino del sur y, en el caso de que se produjeran cambios en la composición del Tribunal Supremo en una dirección ideológica menos partidaria de la intervención del legislador en la regulación de las campañas, algo que es factible si el Partido Conservador se mantiene en el gobierno durante más tiempo, no sería totalmente improbable que se matizara, o incluso se revocara completamente, la doctrina *Harper*.

Si la limitación de los gastos de terceros fuera eliminada, bien a través de un cambio jurisprudencial, bien a través de un cambio legislativo, caben pocas dudas de que todo el modelo igualitario de regulación electoral canadiense estaría en peligro, pues, como se ha alertado desde la doctrina, es altamente improbable que pudiera seguirse manteniendo el objetivo del control del gasto de candidatos y partidos, tanto desde el punto de vista de su aplica-

(33) 558 U.S. 310 (2010).

(34) Un análisis *in extenso* de las diferencias entre los dos países se encuentra en BOATRIGHT, Robert G., *Interest Groups and Campaign Finance Reform in the United States and Canada*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 2011

ción práctica, como desde el punto de vista de su justificación constitucional, en un contexto en el que los gastos de terceros no estuvieran controlados (35).

b) *El debate sobre la regulación de la campaña en los medios audiovisuales*

Antes de 1974, los partidos políticos podían contratar libremente publicidad electoral en la radio y en la televisión y, tradicionalmente, incluso antes de la llegada de la televisión, la *Canadian Broadcasting Corporation* (CBC) repartía, siguiendo una política interna, una serie de tiempos gratuitos para ser utilizados por los partidos durante las campañas tanto en formato publicitario (*spots*) como en otro tipo de formatos. Los criterios de este reparto fueron inicialmente trasladados a la ley por la *Broadcasting Act* de 1958.

La reforma de 1974 impuso la obligación a los operadores de radio y televisión, tanto públicos como privados, durante el período electoral, de ofrecer un tiempo para emisiones gratuitas de los partidos, y de reservar otro tiempo de publicidad comercial, fijado por la ley en 390 minutos, para ser vendido a dichos partidos –en horas de gran audiencia y a la tarifa más baja– (36). La obligación de puesta a disposición de tiempo para ser comprado se aplica a todos los operadores, mientras que la adjudicación de tiempos gratuitos solo se aplica a las grandes cadenas. Por otra parte, las emisiones gratuitas no tienen por que ser en horas de gran audiencia. En ambas modalidades, el reparto de los tiempos debe ser realizado por el Árbitro en materia de Radiodifusión (*Broadcasting Arbitrator*) respetando una serie de criterios fijados por la ley, los cuales tienen en cuenta el número de escaños y de votos que obtuvo cada partido –y, en menor medida, el número de candidatos presentados– en la última elección general, sin que ninguno de los partidos pueda acaparar más del 50% del tiempo total. En cualquier caso, la última palabra la tiene el Árbitro, que tiene la posibilidad de modificar discrecionalmente el reparto resultante de la aplicación de la fórmula legal si entiende que no es equitativo o resulta contrario al interés público.

En la práctica, el Árbitro en materia de radiodifusión (*Broadcasting Arbitrator*) planteó diversas soluciones para evitar situaciones de inequidad respecto a los partidos nuevos o emergentes y, finalmente, la solución que se impuso, con el acuerdo de los partidos, es la de repartir un tercio del tiempo disponible de manera igualitaria entre todos los partidos registrados que

(35) En este sentido, HIEBERT, Janet L., *op. cit.*, pp. 271 y s.

(36) Esta previsión trata de afrontar el problema derivado de la dificultad de prever el momento exacto de las convocatorias electorales, lo que impedía planificar y contratar las campañas publicitarias.

concurran a las elecciones y los dos tercios restantes aplicando los criterios legales. Este es el sistema que se ha venido utilizando en todas las elecciones generales celebradas desde 1993.

TABLA I. *Tiempos de publicidad adjudicados a los Partidos Políticos en las Elecciones Generales de 2011*

	Tiempo adjudicado gratuitamente (Solo en las grandes redes de radiodifusores)			Tiempo puesto a disposición para compra en horas de gran audiencia
	CBC-TV SRC-TV	CBC Radio One SRC 1e chaîne	TVA V Télé	Todos los radiodifusores están obligados
Conservative Party	56:30	32:00	16:30	103:00
Liberal Party	38:00	21:30	11:00	69:30
New Democratic Party	26:00	15:00	8:00	48:00
Bloc Québécois	20:00	11:30	6:00	36:30
Green Party	13:00	7:30	4:00	23:30
Marxist-Leninist Party	5:30	3:00	1:30	9:30
Christian Heritage Party	5:30	3:00	1:30	9:30
Libertarian Party	5:00	3:00	1:30	8:30
Communist Party	5:00	3:00	1:30	8:30
Canadian Action Party	4:30	2:30	1:30	8:00
Animal Alliance Party	4:00	2:00	1:00	7:30
First Peoples National Party	4:00	2:00	1:00	7:30
Marijuana Party	4:00	2:00	1:00	7:30
People's Political Power Party	4:00	2:00	1:00	7:30
Progressive Canadian Party	4:00	2:00	1:00	7:30
Rhinoceros Party	4:00	2:00	1:00	7:30
Western Block Party	4:00	2:00	1:00	7:30
Pirate Party	3:30	2:00	1:00	6:30
United Party	3:30	2:00	1:00	6:30
Total	214:00	120:00	62:00	390:00

Fuente: The Broadcasting Arbitrator, Broadcasting Guidelines, Federal General Election, May 2, 2011.

Por otra parte, la intención inicial del legislador era que el tiempo de publicidad de pago a disposición de los partidos estuviese limitado a los 390 minutos por cada uno de los operadores que fijaba la ley, es decir, que no se pudiese comprar más tiempo adicional en el mercado libre, pero la jurisprudencia vino a cambiar esa interpretación, como veremos a continuación.

Esta regulación plantea diversas dudas jurídicas. La primera es si estas obligaciones pueden ser vistas como una vulneración de los derechos de los radiodifusores de carácter privado. La doctrina entiende que no existe tal

vulneración, pues el espectro de radiofrecuencia está considerado como un bien de dominio público cuya utilización por los radiodifusores está sujeta a licencia. Por tanto, no hay problema alguno en exigirles la reserva de una porción de aquello que les es cedido bajo licencia para cumplir con un objetivo legal como es el promover la equidad del proceso electoral (37). Cabe señalar, además, que los radiodifusores privados no reciben ningún tipo de compensación económica por parte del Estado por el tiempo cedido gratuitamente a los partidos.

Otros dos debates, de mayor enjundia, fueron abordados jurisprudencialmente. El primero tiene que ver con la equidad en el reparto de los tiempos de emisión. El debate sobre esta cuestión se planteó a raíz de la irrupción en la escena política canadiense del *Reform Party*, que emergió a finales de los 80 como un partido de corte populista con fuerte implantación en las provincias occidentales. Con ocasión de las elecciones generales de 1993, este partido impugnó ante el Tribunal Superior de Alberta los preceptos legales que regulaban el reparto de espacios en los medios audiovisuales durante los períodos electorales. A pesar de haber presentado candidatos en todas las circunscripciones de Manitoba, Saskatchewan, Alberta y British Columbia, y de estar llevando a cabo una campaña importante y con una gran dotación de fondos, al ser un partido sin historia electoral y con solo un parlamentario, el tiempo de emisión que se le adjudicaba era muy escaso. Según el partido recurrente, la fórmula del reparto del tiempo establecida por la ley discriminaba a los nuevos partidos emergentes y favorecía a los ya establecidos, al tener en cuenta solo datos del pasado (escaños, votos y candidatos respaldados en las anteriores elecciones).

En el recurso del *Reform Party* se planteaba una segunda cuestión, también de indudable calado constitucional, sobre si la ley puede prohibir a los radiodifusores vender, y a los partidos políticos comprar, tiempo publicitario fuera de los tiempos reservados legalmente.

Resolviendo ambas cuestiones en primera instancia, el Tribunal Superior de Alberta (38), consideró que, en su conjunto, la regulación de la CEA era conforme con la Carta, si bien la fórmula concreta de reparto del tiempo prevista en la ley era inconstitucional porque resultaba discriminatoria para los partidos nuevos o emergentes e infringía su derecho a la libertad de expresión. Presentado recurso de apelación por ambas partes, el Tribunal

(37) En este sentido, FORCESE, Craig y FREEMAN, Aaron, *The Laws of Government: The Legal Foundations of Canadian Democracy*, Toronto, Irwin Law, 2011, p. 117.

(38) *Reform Party of Canada v. Canada (Attorney General)*, *Alberta Court of Queen's Bench*, 1992.

de Apelación de Alberta, en sentencia dictada el 10 de marzo de 1995 (39), adoptó exactamente la decisión contraria, admitiendo la constitucionalidad de la fórmula de reparto del tiempo, pero negándosela a la prohibición de adquirir tiempo de publicidad fuera de los tiempos asignados.

En relación con la fórmula de reparto del tiempo, el Tribunal de Apelación entendió que la libertad de expresión no resultaba comprometida, pues la legislación precisamente lo que hace es facilitar la expresión, no limitarla. En cuanto al principio de igualdad, entendió que no es aplicable al caso, pues los partidos no se encuentran entre los sujetos protegidos por la sección 15 de la Carta, que garantiza este principio. No obstante la decisión adoptada, la mayoría entró a analizar la justificación constitucional de la regulación y asumió los argumentos del Abogado General en el sentido de que el objetivo de evitar que el poder del dinero distorsione la competición política era una necesidad sustancial e imperiosa que justificaba la actuación del legislador. Por otra parte, aunque el Tribunal admitió que las previsiones legales podrían resultar no equitativas para los partidos nuevos o emergentes, entendió que dicho problema quedaba mitigado a través de la discrecionalidad que se le otorgaba al Árbitro para apartarse de la fórmula legal si lo creía necesario con el fin de corregir situaciones de injusticia (párrafo 54).

En cambio, en relación con la prohibición de compra de espacios publicitarios fuera de los tiempos asignados, el Tribunal de Apelación de Alberta consideró que dicha previsión legal atentaba contra la libertad de expresión. El Abogado General alegó que la norma se justificaba por la necesidad de preservar el equilibrio derivado del reparto de tiempo y por el objetivo de controlar los gastos electorales de los partidos (párrafos 83 y 84), argumento que fue contrarrestado por el partido recurrente aduciendo que los gastos electorales ya tenían unos límites máximos establecidos legalmente (párrafo 86). El Tribunal hizo suya esta idea y, entendiendo que la prohibición de compra no era un complemento imprescindible del reparto de tiempo gratuito y a precio reducido (párrafo 90), declaró dicha prohibición inconstitucional (40).

Una minoría del Tribunal, representada por la Juez Conrad entendió que toda la regulación legal, y no solo la prohibición de compra de tiempo fuera del reparto oficial, era contraria a la Carta, pues el objetivo de reservar tiempo y distribuirlo proporcionalmente a favor de los partidos establecidos era

(39) *Reform Party v. Canada (Attorney General)*, Alberta Court of Appeal, 1995.

(40) La línea argumental seguida por el Tribunal de Apelación de Alberta hoy no sería correcta a la luz de la doctrina igualitaria asentada en las sentencias *Harper*, a la que nos hemos referido anteriormente, y en la sentencia *Figueroa*, a la que nos referiremos más adelante. En este sentido, Feasby, Colin, «Canadian political finance...», pp. 263 y ss.

un objetivo inconstitucional en sí mismo (párrafos 136 y ss.). En palabras de la propia Juez, el legislador: «restringe, regula y reparte el uso del medio de comunicación más efectivo. No puede concebirse una interferencia más grosera en uno de los derechos fundamentales consagrados en la Carta» (párrafo 158).

Cabe señalar que, debido a la posibilidad existente de comprar tiempo publicitario libremente fuera de los tiempos adjudicados gratuitamente y a precio reducido, la publicidad en radio y televisión sigue siendo hoy en día el principal capítulo de gasto en las campañas electorales. Por ello, una propuesta tendente a reducir el límite total de gasto de las campañas y, de esta forma, abaratar el coste para los contribuyentes –que son al fin y al cabo los que acaban sufragando la mayor parte del gasto–, además de contribuir a una mayor igualdad de oportunidades –pues con la reducción del límite de gastos se reducirá también la distancia entre lo que pueden gastar los partidos con más recursos y aquellos con un presupuesto más modesto–, sería la de aumentar significativamente el tiempo gratuito concedido a los partidos (41). Además, al existir más tiempo gratuito disponible, ello podría redundar en una mayor visibilidad de los partidos emergentes y mitigar en cierta medida el trato de favor a los partidos establecidos que se deriva del sistema actual.

Es obligado concluir este apartado haciendo una referencia, aunque sucinta, al debate sobre los debates. Desde 1968, es una tradición en Canadá la celebración de debates electorales televisados en las elecciones generales y, del mismo modo, también es tradicional la controversia sobre quienes deben ser los líderes políticos que participen en los debates, lo que ha llevado a la presentación por parte de los excluidos de diversos recursos ante los tribunales que, por el momento, no han tenido éxito en ningún caso.

La organización de los debates se lleva a cabo por el llamado «consorcio de radiodifusión» que engloba a las principales redes de operadores de televisión, incluyendo a la pública *Canadian Broadcasting Corporation* (CBC). Las directrices del organismo regulador –la *Canadian Radio-television and Telecommunications Commission* (CRTC)–, aplicables a los períodos electorales, exigen a los operadores que den a los candidatos y partidos un trato «equitativo», pero esto no significa un trato «igual» (42). En materia de debates, desde 1995 este órgano mantiene el criterio de que no es necesario que los líderes de todos los partidos registrados sean invitados a los debates, en

(41) FORCESE, Craig y FREEMAN, Aaron, *op. cit.*, p. 105.

(42) CRTC, *Federal general election-Guidelines for broadcast licensees*, Bulletin CRTC 2011-218, 29 de marzo de 2011, p. III.

la medida en que los operadores den «pasos razonables» para transmitir las visiones de todos los partidos durante el período electoral (43).

Aunque el Tribunal Supremo no se ha pronunciado sobre esta cuestión, sí existen algunas sentencias de otros tribunales en las que las pretensiones de los partidos pequeños han sido rechazadas (44). En todos los casos los recursos se presentaron contra la CBC, por ser ésta un organismo público, pero los tribunales entendieron que, en este contexto, la CBC no actúa como gobierno y, por tanto, no está sujeta a la Carta. Los tribunales han sostenido que la organización y la cobertura de los debates es una materia de decisión periodística y que a ellos ni les corresponde dictar a los operadores lo que tienen que transmitir, ni, por otra parte, asumir el papel del regulador. Tampoco les corresponde dictar a los líderes de los partidos con quién, cuándo y en qué condiciones tienen que debatir.

Frente a esta visión, que pone la libertad de los medios de comunicación por delante de cualquier otro argumento, se han alzado algunas voces en la doctrina que subrayan la importancia de los debates en el proceso democrático y la debilidad del argumento, esgrimido por los medios y asumido hasta ahora por los tribunales, de que se trata de un asunto exclusivamente periodístico que solo a ellos les compete y en el que el público no tendría, por tanto, nada que decir (45). Aunque las voces a favor de que exista una regulación legal de los debates son minoritarias, la insatisfacción por el modo de funcionamiento actual es bastante generalizada. Algunos, se han mostrado favorables a seguir el modelo estadounidense, encargando la misión de organizar los debates a una comisión independiente (46), obviando la controversia existente en los Estados Unidos sobre el papel que juega la *Commission on Presidential Debates*, la cual, lejos de actuar como una instancia independiente, funciona realmente como un órgano bipartidista en defensa de los intereses exclusivos de los dos grandes partidos (47). En cualquier caso, lo que

(43) *Ibidem*, p. V.

(44) *Green Party Political Association of British Columbia v. Canadian Broadcasting Corporation* (*British Columbia Supreme Court*, 9 de octubre de 1991); *National Party of Canada v. Canadian Broadcasting Corp.*, (*Alberta Queen's Bench*, 23 de septiembre de 1993); *National Party of Canada v. Canadian Broadcasting Corp.*, (*Alberta Court of Appeal*, 1 de octubre de 1993), y *Natural Law Party of Canada v. Canadian Broadcasting Corp.*, (*Federal Court*, 1 de octubre de 1994).

(45) En este sentido, FREEMAN, Aaron «Leader's debates need transparent and accountable rules», *The Hill Times*, 19 de diciembre de 2005.

(46) Es la opinión manifestada, por ejemplo, por Tony Burman, ex redactor jefe de CBC News. Citado por Forcese, Craig y Freeman, Aaron, *op. cit.*, p. 138.

(47) Desde 2004, la *Citizens' Debate Commission*, organización cívica no partidista, está intentado infructuosamente que la organización de los debates vuelva a estar en manos de un órgano independiente y no bajo el control de los dos grandes partidos.

sí parece una exigencia ineludible es que los criterios que siguen las cadenas de televisión para decidir quién asiste a los debates, ya se trate de criterios decididos autónomamente o bien impuestos desde fuera por el legislador o por el organismo regulador, sean criterios transparentes, hechos públicos con anterioridad y susceptibles de ser sometidos a un control (48).

c) *El debate sobre las reglas de acceso a la financiación pública*

La legislación canadiense prevé diversas modalidades de financiación pública de partidos y candidatos, condicionando el acceso a la misma a los partidos y candidatos que superan determinados umbrales de apoyo electoral. La justificación de esta limitación en el acceso a los fondos está en el carácter limitado del erario público y, sobre todo, en que la financiación pública solo debe ser dirigida hacia aquellos participantes electorales que juegan un *papel significativo* en el debate público. El parlamento, cuando adoptó estas reglas tuvo muy en cuenta los casos de partidos políticos satíricos o de empresas comerciales que, camufladas en las siglas de partidos, podrían llegar a aprovecharse de los fondos públicos (49).

El umbral de acceso al reembolso de los gastos electorales por parte de los candidatos fue impugnado en 1988 por un candidato del Nuevo Partido Democrático (NDP) de Quebec. En aquel momento el umbral para los candidatos individuales estaba en el 15% de los votos de la circunscripción (posteriormente, en 2003, el umbral sería rebajado al 10%). La impugnación dio lugar al caso *Barrette v. Canada* (1992) ante la *Cour Supérieure du Québec* y, posteriormente (1994) ante el Tribunal de Apelación de esa misma provincia (50). Barrette era el nombre del agente oficial del Sr. Payette, candidato que solo obtuvo el 11,89% de los votos de su circunscripción. En su declaración ante el juez, Payette explicó que, aunque él nunca confió en ganar la

(48) En este sentido, FREEMAN, Aaron, *op. cit.*.

(49) De hecho, los umbrales de apoyo electoral exigidos para acceder al reembolso de los gastos electorales fueron introducidos por primera vez a través de una proposición de ley de reforma de la CEA, aprobada en 1996, en cuya motivación estuvo muy presente la experiencia de las elecciones generales de 1993 en las que el Partido de la Ley Natural consiguió presentar candidatos en más de dos tercios de los distritos, obteniendo 85.000 votos, lo que le reportó una financiación pública de más de \$700.000. Este partido-secta, dirigido por un mago y con un programa electoral que proponía resolver todos los problemas a través del *yogic flying* –técnica de meditación trascendental consistente en la levitación–, hizo que se encendiesen todas las alarmas respecto al posible abuso de las normas sobre financiación pública.

(50) Referencias al final de este trabajo.

elección, concurrió a ella para tener la oportunidad de transmitir las ideas de su partido al electorado. La sentencia de primera instancia aceptó que la expectativa del reembolso había condicionado su presentación como candidato y que podría condicionar a otros candidatos en el futuro. El juez partió de la base de que la finalidad del umbral era impedir la proliferación de candidatos efímeros, marginales, frívolos o insignificantes, sin embargo, también consideró que al ser un umbral tan elevado, también podía desanimar a candidatos serios y que la ley «no debía contribuir a agravar las desigualdades» existentes entre los candidatos. Por ello, consideró que la previsión legal era inconstitucional porque vulneraba el derecho de sufragio al denegar a los candidatos una igual oportunidad para competir (51).

Los argumentos del Tribunal Superior de Quebec en el juicio de primera instancia del caso *Barrette* resultan muy similares a los que posteriormente utilizaría el Tribunal Supremo en las sentencias *Figueroa* y *Harper*, en la línea de afirmación del modelo igualitario. En cambio, el Tribunal de Apelación de Quebec, al enfrentarse con el caso, aun admitiendo que la ley podía desanimar a los candidatos de pequeños partidos a la hora de concurrir a las elecciones, no consideró el umbral inconstitucional, y no lo hizo entendiendo que había que aplicar a este asunto el test genérico relativo al principio de igualdad de la Sección 15 de la Carta (52), ignorando, por tanto, los argumentos relacionados con la igualdad de oportunidades para participar en el proceso político, cuyo encaje estaría en la Sección 3, relativa al derecho de voto (53). El Tribunal consideró que la previsión legal no establecía ninguna diferencia de trato discriminatoria y, consiguientemente, ni siquiera entró a valorar la justificación aportada por el legislador, señalando únicamente que, dada la limitada disponibilidad de recursos, está justificado que el legislador imponga ciertas condiciones para el acceso al reembolso de gastos (54).

Hubo que esperar algunos años para que los principios del modelo igualitario hicieran su aparición en materia de acceso a la financiación pública. Eso sucedió con el que se considera como *leading case* en esta materia –la sentencia del Tribunal Supremo *Figueroa v. Canada*, de 2003 (55)–, a pesar

(51) *Barrette v. Canada* (1992), p. 181.

(52) *Barrette v. Canada* (1994), pp. 627-628.

(53) El Tribunal de Apelación se sitúa así en una línea argumental que, a la luz de la jurisprudencia actual, sería incorrecta. Cfr. FEASBY, Colin, «The Supreme Court...», p. 258.

(54) *Barrette v. Canada* (1994), p. 632.

(55) Sobre esta sentencia, MACIVOR, Heather «The Charter of Rights and Party Politics: The Impact of the Supreme Court Ruling in *Figueroa v. Canada* (Attorney General)», *Choices*, vol. 10, núm. 4, 2004, pp. 1-28; véase también BREDT, Christopher D. y KREMER, Markus F., «Section 3 of the Charter: Democratic Rights at the Supreme Court of Canada», *National Journal of Constitutional Law*, vol. 17, 2004-2005, pp. 41-46.

de que la misma no aborda específicamente los umbrales de apoyo electoral necesarios para acceder a la financiación, sino los requisitos de registro de los partidos.

En 1993, Miguel Figueroa, líder del Partido Comunista Canadiense (CCP), impugnó las nuevas previsiones de la CEA, introducidas mediante una reforma impulsada por el gobierno conservador de Mulroney, que, entre otras medidas que no vienen al caso, exigían que los partidos presentasen al menos 50 candidatos en las elecciones generales para poder ser considerados «partidos registrados», lo cual conllevaba una serie de beneficios, como el derecho a la inclusión de la identificación del partido en las papeletas y el derecho a expedir certificaciones fiscales a los donantes, que podían desgravar fiscalmente sus donaciones, lo cual supone la posibilidad de acceder a una forma de financiación pública indirecta. Figueroa alegaba que el requisito de los 50 candidatos violaba la Sección 3 de la Carta, que garantiza el derecho de voto. En 1999, la Juez Anne Molloy del Tribunal Superior de Ontario, en primera instancia, declaró la inconstitucionalidad de las disposiciones impugnadas (56). El Abogado General apeló contra la parte de la decisión relativa al requisito de los 50 candidatos y en 2000, el Tribunal de Apelación de Ontario decidió que dicho requisito era inconstitucional en lo relativo a la identificación de los partidos en las papeletas electorales, pero mantuvo su constitucionalidad como requisito de acceso a la condición de partido registrado y a la posibilidad de expedir certificaciones fiscales (57).

Presentado recurso ante el Tribunal Supremo, éste dictó su sentencia en 2003 (58). La mayoría del Tribunal, cuya opinión expresó el Juez Iacobucci, basó su decisión en una concepción amplia del derecho de voto como «derecho de cada ciudadano a jugar un papel significativo en el proceso electoral» (párrafo 26). Se rechazaron, pues, las alegaciones que supeditaban el significado del proceso electoral a su finalidad última –escoger un parlamento y un gobierno– y, en consonancia con ellas, entendían justificado que se diese un trato de favor a los partidos con expectativas razonables de estar representados en el parlamento y de aspirar a formar gobierno. En contra de dicha visión, la mayoría entendió que «la participación en el proceso electoral posee un valor intrínseco con independencia de su impacto en el resultado» (párrafo 29). Se reconoce, pues, que el proceso electoral posee también una función expresiva y deliberativa, en cuyo cumplimiento las contribuciones de todos los candidatos y partidos son relevantes.

(56) *Figueroa v. Canada* (1999).

(57) *Figueroa v. Canada* (2000).

(58) *Figueroa v. Canada* (2003).

Cuando se parte del reconocimiento del valor potencial de las contribuciones de todos los participantes en el debate electoral, el establecimiento de barreras de acceso a cualquier beneficio público y, en particular, a la financiación, se vuelve muy problemático (59). Los partidos registrados eran los únicos legalmente habilitados para expedir certificaciones fiscales y, por ello, el acceso dicha condición tenía un efecto potenciador de la capacidad para recaudar donaciones que no se le escapó a la mayoría del Tribunal. Así, en la sentencia se afirma que el requisito de los 50 candidatos exacerba la disparidad de recursos existente *de facto* entre los partidos grandes y pequeños. Se trata, por tanto, de una medida legal que confiere un beneficio a algunos partidos, y no a otros, por lo que debe ser sometida a escrutinio por el Tribunal (párrafo 48). Ninguna de las justificaciones ofrecidas por el Abogado General fue considerada suficiente por la mayoría del Tribunal en el caso concreto, aunque también se dijo expresamente que eso no significaba que no pudiese haber en otros supuestos diferencias de trato justificadas entre los partidos políticos (párrafo 91).

Figuroa, a pesar de ser anterior en el tiempo a *Harper*, supone un paso más en la evolución del modelo igualitario (60), en la medida en que el argumento de la *igualdad en la participación en el debate político* no solo va a servir para justificar limitaciones de gastos, sino también como principio general de la regulación legal de los partidos, imponiéndose al argumento de la *eficacia en el cumplimiento de la función representativa*, utilizado en otros sistemas para justificar las diferencias de trato entre los partidos. Tanto el Tribunal de Apelación de Ontario como el Abogado General, en sus alegaciones ante el Tribunal Supremo, se acogieron a las diferencias existentes entre los partidos en cuanto a su capacidad para representar de manera efectiva a los ciudadanos y para ofrecer alternativas viables de gobierno, todo ello complementado con el carácter deseable de la estabilidad gubernamental y el correlativo carácter no deseable de la fragmentación de la representación. En cambio, el Tribunal Supremo entendió que la calidad del proceso democrático es más importante que su resultado.

A pesar del gran avance que supuso la sentencia *Figuroa*, la jurisprudencia posterior en materia de acceso a la financiación pública no ha llevado los postulados de dicho modelo hasta sus últimas consecuencias, como veremos a continuación.

(59) En este sentido, FEASBY, Colin, «Canadian political finance...», p. 214.

(60) Cfr. FEASBY, Colin, «The Supreme Court...», p. 251.

Animados por la decisión del Tribunal Supremo en el caso *Figueroa*, el Partido de la Marihuana y otros pequeños partidos(61) impugnaron las normas sobre financiación de los gastos electorales y sobre subvenciones ordinarias de los partidos ante el Tribunal Superior de Ontario, señalando que los límites de acceso al reparto de fondos, que exigen a los partidos superar el umbral del 2% del voto en el ámbito nacional o el 5% de voto en los distritos en los que hayan respaldado candidaturas, violaban las secciones 3 y 15 de la Carta (derecho de voto y principio de igualdad, respectivamente).

En primera instancia, el Tribunal Superior de Ontario, en una sentencia dictada en 2006(62) siguió la estela de *Figueroa* y entendió que la regulación de la financiación pública favorecía desproporcionadamente a los grandes partidos, concluyendo que «la calidad y el vigor de la democracia canadiense sufren porque tales umbrales [de votos] desaniman de manera efectiva a la participación en el proceso electoral a los individuos que no apoyan a los grandes partidos» (párrafo 25). Sin embargo, esta sentencia fue revocada en 2007 por el Tribunal de Apelación de Ontario(63), entendiendo que el propósito de los requisitos legales era prevenir el uso incorrecto de los fondos públicos, pero no por el gasto que supone, sino por la pérdida de confianza en el sistema electoral que genera, de manera que el objetivo de preservar la integridad del proceso electoral prevalece sobre el valor de la absoluta igualdad en el tratamiento de todos los partidos políticos en el acceso a la financiación pública(64). El Tribunal tampoco admitió que hubiera una discriminación, sino una diferencia de trato basada en el número de votos obtenidos y que no tenía en consideración las creencias las simpatías políticas de los votantes a uno u otro partido (párrafos 87 a 98).

A pesar de que la sentencia *Longley* entra, al menos aparentemente, en contradicción con la doctrina de *Figueroa* y a pesar de que se trata de una cuestión de indudable interés público(65), el Tribunal Supremo no admitió a

(61) En la demanda, un caso sin precedentes de colaboración entre partidos de ideologías diversas, participaron también los siguientes partidos: *Green Party of Canada*, *Canadian Communist Party*, *Canadian Action Party*, *Marxist-Leninist Party*, *Progressive Canadian Party* y *Christian Heritage Party*.

(62) *Longley v. Canada* (2006).

(63) *Longley v. Canada* (2007).

(64) *Ibidem*, párrafos 9, 10, 49, 50, 57 y 83. El Tribunal menciona como ejemplos los casos del Partido de la Ley Natural, antes citado, y del Partido Rinoceronte, un partido satírico surgido en Quebec.

(65) La admisión de las apelaciones ante el Tribunal Supremo se basa en un test que toma como criterio decisorio el de la «importancia pública» del asunto, lo que equivale, en la práctica, a una decisión discrecional.

trámite la apelación (66). El resultado de esta decisión no significa que el Tribunal Supremo suscriba las tesis de *Longley*, sino, simplemente, que el asunto queda sin decidir por el momento. En palabras de Feasby, el tratamiento diferenciado de los partidos sigue estando vigente en la ley, mientras que la promesa de tratamiento igualitario que se derivaría de la doctrina *Figueroa* no está claro que vaya a realizarse en la práctica (67).

IV. ALGUNAS CUESTIONES ABIERTAS

a) *El cuestionamiento de la financiación pública ordinaria*

En 2008, tras su segunda victoria electoral, el primer ministro Stephen Harper propuso la supresión de la financiación directa para gastos ordinarios de los partidos, lo que provocó la airada reacción conjunta del Partido Liberal, el Nuevo Partido Democrático (NDP, de centro izquierda) y el *Bloc Québécois* (el partido independentista ampliamente representado en el parlamento federal), con el apoyo extraparlamentario del Partido Verde, los cuales llegaron incluso a proponer un gobierno de coalición para reemplazar al gobierno de Harper, entonces minoritario en los Comunes. El voto de censura no se llegó a producir, pero Harper se vio obligado a retirar su propuesta. No obstante, los conservadores convirtieron este tema en uno de los temas centrales de la campaña electoral de 2011 y, tras obtener la mayoría absoluta, la propuesta de supresión parcial y progresiva, que será total en 2016, se ha convertido recientemente en ley a través de la *Keeping Canada's Economy and Jobs Growing Act* (68), aprobada en diciembre de 2011.

La finalidad de la medida declarada por el gobierno es puramente económica: la reducción del gasto público. Pero no parece que los 27 millones de dólares que cuestan al erario público canadiense estas subvenciones sean, por sí solos, el único motivo para adoptar una medida de este calado. Lo cierto es que, como demuestran los datos proporcionados por *Elections Canada* (ver cuadro adjunto) el gubernamental Partido Conservador mantiene una sólida base de financiación a través de donaciones privadas y depende

(66) *Longley v. Canada (Attorney General)*, [2008], *Supreme Court of Canada Applications for Leave to Appeal*, No. 41. Crítico con esta decisión, máxime cuando los argumentos del Tribunal de Apelación pueden resultar contradictorios con la doctrina sentada en el caso *Figueroa*, FEASBY, Colin, «Continuing Questions in Canadian Political Finance Law», *Alberta Law Review*, vol. 47, 2010, p. 1009.

(67) FEASBY, Colin, «Canadian political finance...», p. 216.

(68) *Statutes of Canada* (S.C.), 2011, capítulo 24, s. 181.

mucho menos de la financiación pública que cualquiera de los partidos de la oposición. Por ello, la sospecha de una motivación política no carece de fundamento y así lo han denunciado los portavoces de la oposición (69).

Año 2010	Subvenciones públicas directas para gastos ordinarios	Donaciones privadas
Conservative Party	\$10,430,835	\$17,420,371
Liberal Party	\$7,275,227	\$6,601,245
New Democratic Party	\$5,036,707	\$4,358,729
Bloc Québécois	\$2,763,345	\$642,550
Green Party	\$1,877,513	\$1,292,139

Datos de Elections Canada (2010).

Lo cierto es que la medida ha vuelto a reabrir, entre los políticos y también entre los académicos, el viejo debate sobre los pros y los contras de la financiación pública de los partidos, lo cual puede poner en cuestión el modelo igualitario que se ha ido construyendo paso a paso desde 1974.

La experiencia política canadiense desde 2004 hasta la actualidad, y los datos precisos recopilados por *Elections Canada*, que han servido de base a algunos estudios doctrinales, nos sirven para analizar el verdadero impacto de la financiación pública en el sistema político de este país. Podemos preguntarnos, pues, en qué medida este modelo de financiación ha servido realmente para promover la igualdad de oportunidades en la competición electoral, favoreciendo un mayor equilibrio entre los partidos, aislando a dichos partidos de los intereses económicos y, por consiguiente, limitando la influencia del dinero en la competición y proporcionando unas oportunidades equitativas para competir a los partidos grandes y pequeños.

Parece claro que el sistema de financiación pública puesto en marcha en 2004, conjuntamente con la prohibición de las donaciones de corporaciones y sindicatos, en la medida en que ha reducido la dependencia de los partidos respecto de las fuentes de financiación privadas, ha servido para reducir las ventajas *de facto* que se derivan, de una parte, de la mayor facilidad para encontrar donantes que siempre tiene el partido que se encuentre

(69) David Christopherson (portavoz parlamentario del NDP) expresaba con meridiana claridad la acusación de partidismo cuando se preguntaba si «a alguien le resulta realmente sorprendente que el partido más rico del país quiera eliminar la financiación pública» (*Postmedia News*, 6 de junio de 2011). Los liberales también han denunciado el carácter partidista de la medida, cuya verdadera motivación sería, en su opinión, «aniquilar a la oposición» (declaraciones de Wayne Easter, recogidas por *The Hill Times*, 25 de mayo de 2011). El líder liberal Stéphane Dion ha señalado también que si la motivación hubiera sido económica, como dice el gobierno, lo lógico habría sido rebajar también las deducciones fiscales a las donaciones, cosa que no se ha hecho (*Postmedia News*, 6 de junio de 2011).

en el gobierno frente a los demás partidos (70), y, de otra parte, de la distinta disponibilidad de recursos de las personas que apoyan a los diferentes partidos, lo cual ha contribuido, indudablemente, a que el campo de juego sea más equilibrado, aunque no totalmente equilibrado, pues como se ha demostrado en la práctica, el Partido Conservador sigue disponiendo de una enorme superioridad financiera sobre todos sus oponentes.

En cambio, la existencia de restricciones en el acceso a la financiación pública para los partidos muy pequeños y los nuevos partidos (la barrera de entrada es el 2% del voto nacional o el 5% en las circunscripciones en las que se han presentado candidatos) no contribuye a una mayor igualdad de oportunidades entre los competidores, sino más bien a un mantenimiento del *statu quo*, aunque lo cierto es que, una vez superada la barrera de acceso, el reparto de la financiación de manera directamente proporcional a los votos, sin tener en cuenta la representación parlamentaria, es, sin duda, un factor de equilibrio que ha jugado a favor de los partidos pequeños de cierta implantación nacional, como el Partido Verde, o que concentran su apoyo en un territorio determinado, como el *Bloc Québécois*, dos de los grandes beneficiados por el sistema de financiación pública.

En cuanto a la limitación de la influencia del dinero en la competición electoral, el impacto del régimen de financiación pública no puede estudiarse aisladamente, sino que debe hacerse en conexión con las medidas de limitación de las contribuciones y la prohibición total de realizarlas a las corporaciones y los sindicatos.

En una primera lectura, parece claro que estas medidas aíslan a los partidos de las presiones o de la influencia de los donantes, pues favorecen la existencia de muchos pequeños donantes individuales, lo que hace improbable las contraprestaciones directas en forma de decisiones políticas o contratos.

Sin embargo, en una segunda lectura más atenta, hay que destacar que la prohibición de recibir contribuciones de corporaciones y sindicatos no ha

(70) Un interesantísimo estudio realizado antes de que los límites a las contribuciones fueran establecidos mostró que 17 de las 25 empresas que habían recibido mayor número de contratos del gobierno federal, habían efectuado donaciones significativas al Partido Liberal, entonces en el gobierno, lo cual contrastaba con el dato de que solo el 1 o el 2% del conjunto de las empresas canadienses realizaba donaciones a cualquiera de los partidos. El estudio mostraba también que en 2001 los contratistas donaron 6,5 veces más al Partido Liberal que a todos los demás partidos de la oposición juntos. A nivel de las circunscripciones, la proporción era todavía más escandalosa. Además, todos los contratistas que habían donado a los partidos de la oposición, también lo habían hecho al partido liberal. Véase FREEMAN, Aaron «Lobbying and Donations by the Top-25 Federal Government Contractors», *Democracy Watch*, 31 de octubre de 2002 [<http://www.dwatch.ca/camp/RelsOct3102.html#Contractor%20Chart%20-%20Oct%2002>].

afectado por igual a todos los partidos y que, mientras que el Partido Liberal, tradicionalmente mucho más dependiente de las contribuciones de las empresas, ha sufrido una importante reducción de ingresos, sobre todo después de su pérdida del gobierno, el Partido Conservador, en cambio, ha sido capaz de mantener una eficaz red de recaudación de donaciones individuales y de aplicar con éxito las técnicas de recaudación de pequeñas donaciones experimentadas en los EEUU, lo que ha compensado en buena parte la pérdida de las donaciones provenientes de las corporaciones (71). La presentación del Partido Conservador como una opción más ideológica, frente a la indefinición y el pragmatismo de los liberales, también ha favorecido la recaudación de fondos de los primeros, pues, como está comprobado, las personas son más proclives a donar dinero a favor de opciones con las que puedan sentirse comprometidos de forma más firme desde el punto de vista ideológico.

A la vista de los acontecimientos, puede decirse que a partir de 2004 los canadienses han asistido a uno de los periodos con mayor grado de competitividad en su historia política. En un período jalonado por cuatro procesos electorales generales en siete años (2004, 2006, 2008 y 2011) se han vivido una serie de cambios que han alterado sustancialmente el sistema de partidos de este país. De una parte, se ha producido la concentración de las fuerzas políticas del centro-derecha, con la fusión de la Alianza Canadiense (sucesora del Partido de la Reforma) y del Partido Conservador Progresista, para formar el Partido Conservador, el cual logra acceder al gobierno en 2006, rompiendo con la hegemonía liberal que se mantenía desde 1993, y logra mantenerse en él incrementando su apoyo hasta lograr la mayoría absoluta en 2011. De otra parte, en el campo de la oposición, se ha asistido al *sorpasso* del Partido Liberal por parte del Nuevo Partido Democrático, de adscripción socialdemócrata, y a su asentamiento como posible alternativa de gobierno, algo que habría podido parecer impensable escasos años atrás. También merece la pena destacar el afianzamiento en el ámbito parlamentario federal del *Bloc Québécois*, como opción independentista, superando al Partido Liberal como principal fuerza política de Quebec, y a la consolidación, dentro de su carácter minoritario, del Partido Verde.

(71) Como muestran los datos de *Elections Canada*, la Alianza Conservadora Reformista Canadiense (antecesora directa del actual Partido Conservador) recaudó aproximadamente 19,6 millones de dólares de fondos privados en el año 2000, cuando aún se permitían las donaciones de corporaciones, en 2004, la prohibición hizo caer los ingresos privados del Partido Conservador a 10,9 millones, pero una vez superado ese impacto, en 2006 dicho partido fue capaz de recaudar 18,6 millones y, en 2008, casi 21,2 millones. El Partido Liberal, en cambio, pasa de 20 millones en 2000 a 4,7 millones en 2004 y, a pesar de una cierta recuperación en 2006 (9 millones), en 2008 se queda en tan solo 5,8 millones.

¿Cuántos de estos acontecimientos se han visto propiciados o favorecidos por las nuevas normas sobre financiación electoral? Es difícil saberlo a ciencia cierta. No obstante, hay algunos hechos comprobados, como que el acceso a una financiación pública estable ha favorecido la capacidad de competir del Nuevo Partido Democrático, históricamente débil en cuanto a recaudación de donaciones individuales, aunque, también hay que señalar que, en contrapartida, este partido se ha visto perjudicado por la prohibición de las contribuciones de los sindicatos. Es también un hecho que la financiación pública ha beneficiado al *Bloc Québécois*, un partido que tampoco había demostrado anteriormente una gran capacidad de recaudación de fondos privados. Y, Precisamente, el éxito de estos dos partidos es correlativo con el declive del Partido Liberal, que se ha visto económicamente asfixiado por la pérdida de su tradicional fuente de financiación empresarial. No es menos evidente, por último, que la relativa consolidación del Partido Verde ha tenido mucho que ver con una financiación pública repartida en función de los votos y no de los escaños obtenidos (72).

En este contexto, la reforma impulsada por el Partido Conservador en el poder puede ser interpretada como un intento de establecer un modelo de financiación a su medida, buscando a la vez el debilitamiento y la fragmentación de la oposición. La reforma se plantea además, sin ni siquiera buscar protocolariamente el acuerdo con las demás fuerzas políticas, algo que rompe definitivamente con la tradición de la materia de la financiación política como materia consensuada. Aunque es cierto que esa tradición de consenso se había empezado a resquebrajar ya con las reformas de 2003 y de 2006 (73), esta última reforma supone un desprecio total de la misma, pues los conservadores la han planteado desde el gobierno sin consultar con ninguno de los partidos de la oposición.

¿Qué consecuencias podría tener para el modelo igualitario la eliminación de la financiación pública ordinaria de los partidos? No es fácil saberlo, aunque diversas opiniones han alertado sobre el peligro que ello podría acarrear para el conjunto de la regulación de la competición electoral.

(72) Sobre el impacto de la financiación pública en el Partido Verde, véase LAMBERT, Lisa A. y JANSEN, Harold J., «Party Building by a State Dependent Party: The Case of the Green Party of Canada», *Paper*, presentado en el Encuentro anual de la *Canadian Political Science Association* (Saskatoon, Saskatchewan, May 30-June 1, 2007).

(73) La reforma de 2003, impulsada por el Partido Liberal, no contó con el apoyo de la Alianza Canadiense, ni del Partido Conservador Progresista, aunque sí del NDP. Tampoco la reforma de 2006, auspiciada por los conservadores, se hizo con el acuerdo de todas las demás fuerzas, pues, aunque la ley que prohibió totalmente las donaciones de corporaciones y sindicatos y rebajó el límite de las donaciones individuales a \$1.000 contó con el apoyo del BQ y del NDP, sin embargo, no contó con el apoyo de los liberales, que se abstuvieron.

Por una parte, a la vista de los datos actuales sobre ingresos públicos y privados de los partidos, es indudable que la reforma puede afectar seriamente a la capacidad de los partidos de la oposición para mantener su actividad política ordinaria. Solo el Partido Conservador ha demostrado tener suficiente capacidad recaudatoria para poder financiar su actividad ordinaria sin ayuda del Estado. Algunas voces han alertado del efecto negativo que esta situación puede acarrear para la salud de la democracia, señalando que «partidos empobrecidos llevan a un debate político empobrecido» (74). Otros autores han señalado que la eventual reducción de la financiación pública deberá ir de la mano con un incremento del límite máximo de las donaciones individuales (75), pero, de ser así, ello podría redundar en una mayor desigualdad de oportunidades, dada la disparidad entre las formaciones políticas en cuanto a capacidad recaudatoria. Un efecto colateral de la medida va a ser también, sin duda, que los partidos y los candidatos van a tener que dedicar una parte mayor de sus esfuerzos a la actividad de recaudación, en detrimento de la actividad política propiamente dicha, tal y como sucede en los EEUU. Otros ven inevitable, a medio plazo, la vuelta a las donaciones de las empresas, lo que supondría claramente una marcha atrás en el afianzamiento del modelo igualitario (76).

Al mismo tiempo, también se ha advertido por parte de un sector de la doctrina de la necesidad de evitar que los partidos dependan casi exclusivamente de la financiación pública y de promover su conexión con la sociedad y su responsabilidad ante los ciudadanos a los que pretenden representar (77). En este sentido, se ha propuesto, como situación óptima, que la financiación pública no supere el 60% del total de los ingresos de cada partido (sin contar el reembolso de gastos electorales). Otra alternativa dirigida hacia el mismo fin sería ligar la financiación pública a alguna forma de demostración específica de voluntariedad de parte de los ciudadanos, por ejemplo a través de una casilla en la declaración de la renta en la que indiquen a qué partido quieren

(74) JANSEN, Harold, J. y YOUNG, Lisa, *Money, Politics and Democracy...*, p. 202.

(75) FLANAGAN, Tom y COLETTI, David, «Replacing Allowances for Canada's Political Parties?», *University of Calgary School of Public Policy Briefing Papers*, vol. 3 (1), pp. 14-28. En el mismo sentido, JANSEN, Harold J. y YOUNG, Lisa, *Money, Politics and Democracy...*, p. 201.

(76) Es la opinión, por ejemplo, del antiguo *Chief Electoral Officer* Jean-Pierre Kingsley (*The Hill Times*, 11 de abril de 2011).

(77) JANSEN, Harold J. y YOUNG, Lisa, *Money, Politics and Democracy...*, pp. 202 y 203. En el mismo sentido, SEIDLE, F. Leslie, «Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs», 19 de septiembre de 2006. En contra de esta visión, Kathleen KROSS considera que la tesis de la pérdida de conexión con la sociedad no se sustenta, pues ello llevaría a la pérdida de votos, «Party subsidy is democracy in action», *Times Colonist*, 16 de abril de 2011.

que vaya un determinado porcentaje de sus impuestos, aunque algunas experiencias similares en los EEUU sugieren que no es seguro que este sistema proporcione suficientes ingresos a los partidos (78).

Asociar la financiación pública a la captación de donaciones privadas conlleva, además, otro problema: los donantes no suelen ser representativos del conjunto de la población, sino que pertenecen, normalmente, a las clases más acomodadas. Esto puede cambiar algo gracias al auge actual de las micro-donaciones a través de Internet, pero aún así, las personas más proclives a donar serán, siempre, las que más recursos tienen. Un estudio de los donantes en la campaña presidencial de los EEUU en 2004 mostró que los donantes que dieron más de 200 dólares se caracterizaban por ser, en promedio, más ricos, más mayores y estar mejor educados que la mayoría de los ciudadanos. Es cierto que ese mismo estudio mostró que los micro-donantes, aquellos que donaban menos de 200 dólares, no eran tan ricos, ni tenían tanto nivel educativo como los mayores donantes, y también que entre ellos había significativamente más jóvenes, pero aún así, el estudio mostraba que seguía habiendo diferencias significativas en estos aspectos entre los micro-donantes y el conjunto de la población (79).

Existen, por último, otras propuestas para reformar el sistema de financiación pública en direcciones distintas a la de su supresión. Una de ellas tendría como objetivo la defensa del principio federal, exigiendo que el apoyo electoral se manifieste en más de una provincia, lo que podría dejar fuera de la financiación pública al *Bloc Québécois* (80). Desde otro punto de vista, también se ha propuesto la introducción de primas para promover el acceso a los mandatos representativos de las mujeres y de otros grupos subrepresentados, como los pueblos indígenas. Esta cuestión ya fue objeto de estudio en su día por la Comisión Lortie, que en sus conclusiones propuso una prima para los partidos que obtuviesen más del 20% de mujeres electas, consistente en un incremento de su financiación pública igual al porcentaje de mujeres parlamentarias hasta un máximo del 50%. Esta medida se proponía con carácter temporal, debiendo desaparecer una vez que el porcentaje total de mujeres en la Cámara de los Comunes llegase al 40%. Propuestas de corte similar se han debatido en Quebec y en New Brunswick, aunque sin llegar a buen puerto (81).

(78) FLANAGAN, Tom y COLETTA, David, *op. cit.*, pp. 14-28.

(79) Institute for Politics Democracy and The Internet, *Small Donors and Online Giving: A Study of Donors to the 2004 Presidential Campaigns*, 2006: www.ipdi.org.

(80) STARK, Andrew, «Knock a Chip Off the Old Bloc», *The Globe and Mail*, 5 de agosto de 2009.

(81) Véase SEIDLE, F. Leslie, «Public Funding of Political Parties: The Case for Further Reform», en JANSEN, Harold J. y YOUNG, Lisa, *Money, Politics and Democracy...*, p. 51.

b) *El debate no planteado sobre la constitucionalidad de la prohibición a las personas jurídicas de hacer donaciones a los partidos y candidatos*

En Canadá, la influencia de los grupos de interés organizados (principalmente sindicatos y grupos empresariales) en las campañas electorales no ha sido nunca comparable a la de sus homólogos de los EEUU (82). A pesar de ello o quizás por ello, entre los motivos de la reforma canadiense de 2003, que prohibió las contribuciones políticas de corporaciones y sindicatos, puede encontrarse un deseo, confesable, de evitar la «americanización» de las campañas electorales canadienses, manteniendo al *big money* alejado de las arcas de los partidos. Ciertamente también, no se puede ignorar que la reforma canadiense es casi coetánea a la aprobación en los EEUU de la *Bipartisan Campaign Reform Act* (BCRA) de 2002 y que, por lo tanto, no es descabellado pensar que, aunque el contenido de ambas leyes sea diferente, el debate suscitado en EEUU pudo haber influido de alguna manera en sus vecinos del norte, aunque los factores políticos internos (*sponsorship scandal*) tuvieron un peso decisivo en dicha reforma.

También en contraste con lo sucedido en los EEUU, en Canadá no se ha suscitado en la jurisprudencia ningún debate sobre la constitucionalidad de la prohibición de las contribuciones de las corporaciones y de los sindicatos, aunque los argumentos de dicho debate sí se han manifestado con ocasión de otras cuestiones.

Ciertamente, las contribuciones políticas tienen una clara naturaleza expresiva, al igual que la tienen los gastos directamente efectuados por terceros no participantes en la competición electoral, por lo que los términos del debate no diferirían mucho de los expuestos en la sentencia *Harper*. Las limitaciones a las contribuciones –tanto los límites máximos a las contribuciones individuales, como la prohibición de las contribuciones de las personas jurídicas– suponen *prima facie* una limitación clara de la libertad de expresión [sección 2(b) de la Carta] y de la libertad de asociación [sección 2(d) de la Carta]. La cuestión sobre la constitucionalidad de

(82) En Canadá, los grupos de interés han estado siempre mucho menos interesados en la política electoral que sus homólogos estadounidenses y el marco institucional canadiense, con un sistema parlamentario dominado por el ejecutivo y centrado más en los partidos que en los parlamentarios individuales, con una fuerte disciplina interna en los partidos, comparada con los EEUU, no es propicio para ese compromiso directo. En este sentido, BOATRIGHT, Robert G. «Lessons from the American Campaign Finance Reform Experience», en JANSEN, Harold J. y YOUNG, Lisa (eds.), *Money, Politics and Democracy...*, pp. 173 y ss. Un análisis *in extenso* de las diferencias entre los dos países se encuentra en BOATRIGHT, Robert G., *op. cit.* en nota 67.

estas medidas reside en si están justificadas o no. Su justificación sería la garantía de la equidad (*fairness*) y, en concreto, la necesidad de limitar la influencia del dinero en la competición electoral. Este tipo de medidas son muy efectivas para conseguir este fin porque la posible influencia del dinero se atomiza en pequeñas contribuciones individuales. Igualmente podría alegarse que estas medidas contribuyen también a combatir la corrupción, evitando la compra de favores, porque cuanto menor es la cantidad de dinero que puede donarse, menor es la hipotética contrapartida que puede esperarse. A todo ello habría que añadir, específicamente en relación con la prohibición de las contribuciones de corporaciones y sindicatos, otras razones justificativas tomadas de la jurisprudencia de los EEUU, como evitar la influencia indebida de sindicatos y corporaciones sobre los partidos y los candidatos, reforzar el papel de los individuos en el proceso electoral, conectando el derecho a contribuir con el derecho de sufragio, y evitar que los miembros de los sindicatos o los accionistas de las corporaciones vean que su dinero se utiliza para apoyar a un partido o a un candidato al que ellos no desean apoyar (83).

Por todo lo expuesto, muy posiblemente el establecimiento de limitaciones a las contribuciones podría ser visto por la jurisprudencia como un objetivo sustancial e imperioso para el legislador, compatible con la Constitución, por lo que estas medidas superarían sin problemas la primera fase del test de proporcionalidad.

Por el contrario, sí podrían suscitarse más dudas respecto a la superación por estas medidas de la segunda parte del test de constitucionalidad derivado de la Carta, es decir, la proporcionalidad en sentido estricto. Ello dependería del tipo de escrutinio que se adoptase. Es probable que el Tribunal Supremo canadiense adoptase una visión próxima a la del TS de los EEUU, en el sentido de conceder a las contribuciones un menor valor expresivo en comparación con los gastos y, en consecuencia, aplicase a las medidas que las limitan un escrutinio menos estricto que el que se aplica a otros límites a la libertad de expresión (84). En Canadá, en materia electoral, la tendencia de los Tribu-

(83) En *FEC v. National Right to Work Committee*, 459 U.S., 197, 208 (1982), el Tribunal Supremo de los EEUU ha afirmado que los poderes públicos deben proteger los intereses de los accionistas o de los miembros de los sindicatos que no desean que su dinero se destine a apoyar a una determinada opción política.

(84) Se aplicaría el llamado «*closely drawn*» *scrutiny* en lugar del *strict scrutiny*, por lo que el grado de exigencia respecto de la justificación de la medida limitativa sería menor. Este criterio es el que se utilizó, por ejemplo, en *Federal Election Commission v. Beaumont*, 539 U.S. 162 (2003) y en *McConnell v. Federal Election Commission*, 540 U.S. 93 (2003). En cambio, en el *strict scrutiny* la justificación de la medida es analizada de forma muy intensa, exigiéndose que sirva a un interés público imperioso (*compelling*), este criterio jurisprudencial es el que se ha aplicado recientemente en *Federal Election Commission v. Wisconsin*

nales ha sido, por lo general la concesión al legislador de un amplio margen de apreciación a la hora de traducir los fines constitucionalmente justificados en medidas concretas.

Sin embargo, el órgano juzgador también podría aplicar un escrutinio más estricto, justificándolo en la existencia de un posible efecto distorsionador de la competición para proteger a los titulares en los cargos (*incumbent protection*) (85). En la doctrina canadiense, Feasby se ha mostrado favorable a una aplicación más estricta del test de proporcionalidad en cuestiones que afecten al proceso político, donde las previsiones legislativas puedan tener un sesgo partidista o un efecto de conservación del *statu quo* (86).

Un argumento complementario que se podría poner sobre la mesa es que los límites de las contribuciones, cuando son demasiado bajos, impiden a los partidos recaudar fondos suficientes para poder participar de forma significativa en el debate público, lo cual se asemeja al argumento utilizado por el Tribunal Supremo en la sentencia *Libman* para invalidar los límites de gastos de los terceros, considerados demasiado bajos, aun aceptando en principio su justificación. Es cierto que si se consideran conjuntamente las normas sobre limitación de las contribuciones y las normas sobre financiación pública, este argumento pierde bastante fuerza, pero en un contexto como el actual en el que una parte de la financiación pública está en vías de desaparición, el argumento podría ganar en solidez.

La prohibición de las contribuciones de los sindicatos plantea una problemática algo distinta, dada la naturaleza cuasi-política de estas organizaciones. Los sindicatos tienen una larga tradición de implicación política y el propio Tribunal Supremo ha hecho comentarios favorables sobre dicha implicación. En una sentencia de 1991, *Lavigne v. Ontario Public Service Em-*

Right to Life, Inc., 551 U.S. 449, 457, 464 (2007) y en *Citizens United v. Federal Election Commission*, 130 S.Ct. 876, 898 (2010).

(85) La doctrina norteamericana, que se ha preocupado mucho por estas cuestiones, ha llegado a la conclusión de que las limitaciones de contribuciones privadas tienen un efecto favorable a los candidatos que están en el poder y, en general, favorable al mantenimiento del *statu quo*. Véase STRATMANN, T., «Do Low Contribution Limits Insulate Incumbents from Competition?», *Election Law Journal*, vol. 9, 2010, p. 125. Véase también STRATMANN, T. y APARICIO CASTILLO, F.J., «Competition policy for elections: Do campaign contributions matter?», *Public Choice*, núm. 127, 2006, p. 17.

(86) FEASBY, Colin, «Canadian political finance...», p. 219. Los datos que ofrece Feasby en su estudio muestran que la regulación vigente ha creado una ventaja persistente para el Partido Conservador, lo cual podría ser una evidencia útil para demostrar que existe un sesgo partidista, si no fuera por el hecho de que los límites de ingresos fueron introducidos en la legislación por iniciativa de un gobierno liberal en 2003. Ciertamente, el gobierno conservador endureció aun más la legislación en 2006, pero los datos demuestran que la mayor ventaja para el Partido Conservador se produce a partir de 2003.

ployees Union, dictada en un contexto no electoral, el Tribunal Supremo ha afirmado que los sindicatos son organizaciones inherentemente políticas cuyos objetivos legítimos no se quedan en la negociación colectiva, de manera que su actividad política está vinculada al logro de sus objetivos sindicales, y no puede ser separada de ellos (párrafo 270). Este tipo de razonamientos abogarían por establecer un régimen diferenciado para los sindicatos (87), pero de hacerse así, es posible que otras personas jurídicas de tipo asociativo, sin ánimo de lucro, quisieran acogerse a ese mismo régimen, con lo que la eficacia de la prohibición podría quedar en entredicho. Hay que tener en cuenta también que la hipotética limitación de la capacidad expresiva de los sindicatos como organizaciones puede verse compensada por la posibilidad de los miembros de los sindicatos de apoyar económicamente y como voluntarios a la opción política de su elección. Y tampoco hay que olvidar que nada impide a los sindicatos manifestar su opinión en los medios de comunicación mediante fórmulas no publicitarias, a través de ruedas de prensa o de entrevistas, o incluso también mediante campañas de publicidad, ilimitadamente antes del período electoral y sometidos a los límites legales de los gastos de terceros durante dicho período. La experiencia de los últimos años nos ha mostrado que los sindicatos han realizado campañas de comunicación fuera de los periodos electorales y han optado por fórmulas de comunicación directa con sus miembros durante dichos periodos (88).

Una vez analizados todos los posibles argumentos que podrían estar presentes en un debate que, repito, aún no se ha planteado, cabe cerrar este apartado recordando que existe una muy buena razón para limitar las donaciones de las personas jurídicas: no son votantes. Si el derecho a contribuir económicamente para apoyar a una determinada opción política se considerase como un derecho de participación democrática y no como una vertiente de la libertad de expresión, entonces la restricción de su titularidad a aquellos que son titulares del derecho de sufragio podría aparecer como una consecuencia lógica indiscutible.

(87) Cabe señalar que nadie, hasta el momento, ha reclamado este régimen diferenciado. La prohibición fue apoyada, en el momento de su adopción, por los principales sindicatos del país y por el Nuevo Partido Democrático, principal beneficiario de las donaciones sindicales hasta ese momento. Las razones de este apoyo residen, seguramente, en que este partido esperaba verse beneficiado por la prohibición de las donaciones de las corporaciones y por la limitación de las contribuciones individuales. Sobre las tradicionales relaciones entre los sindicatos y el NDP y como se ven afectadas por la prohibición de las contribuciones, JANSEN Harold J. y YOUNG, Lisa, «Solidarity Forever? The NDP, Organized Labour and the Changing Face of Party Finance in Canada», *Canadian Journal of Political Science*, vol. 42, issue 3, 2009, pp. 657

(88) *Ibidem*, pp. 657-678.

V. REFLEXIONES FINALES

La principal fortaleza del modelo igualitario canadiense es su carácter extensivo. Como hemos visto a lo largo de este trabajo, los diferentes mecanismos regulatorios afectan a todos los sujetos que participan en el proceso electoral (candidatos, partidos, terceros, medios de comunicación, aspirantes a la nominación como candidatos y aspirantes al liderazgo de los partidos) e imponen restricciones tanto a los ingresos, como a los gastos, en relación con las actividades electorales.

Desde el punto de vista de la garantía de la equidad electoral (*electoral fairness*) –concepto que nosotros podríamos aproximar al de igualdad de oportunidades–, el modelo destaca por el equilibrio logrado entre los diferentes mecanismos y la complementariedad entre ellos.

Los límites de gastos impuestos a los partidos y a los candidatos sirven para controlar la tendencia a la expansión del gasto y para impedir que alguno o algunos de los competidores pueda abusar de su superioridad financiera para dominar el espacio del debate público –sobre todo en los medios audiovisuales– reduciendo las posibilidades de visibilidad de las demás opciones ante el electorado.

Los límites de gastos de candidatos y partidos se complementan con el establecimiento de límites a los gastos de terceros, lo cual impide que se puedan sortear los primeros mediante personas interpuestas que lleven a cabo campañas paralelas. La limitación de gastos de candidatos y partidos sería insostenible en un contexto en el que los terceros tuvieran una capacidad ilimitada de gasto.

El control por la vía del gasto, combinado con la previsión de un sistema de financiación pública, tiene además la virtud de reducir la presión en los partidos y en los candidatos para conseguir fondos privados. En contraste con la realidad de los EEUU, los partidos y los candidatos canadienses dedican mucho menos tiempo y esfuerzo a conseguir dinero para competir y eso, además de proporcionar un campo de juego más equilibrado a los competidores, tiene el saludable efecto de reducir la dependencia de los políticos respecto de sus donantes, con todo lo que ello puede implicar en términos de corrupción, en el sentido más amplio del término.

Ese mismo objetivo de mantener al *big money* apartado de la política, es el que inspira las restricciones tanto de las fuentes (prohibición de aportaciones de corporaciones y de sindicatos), como de las cantidades de las donaciones privadas.

El resultado de la combinación de estas medidas es una financiación compuesta, casi a partes iguales, por pequeñas donaciones privadas, incenti-

vadas por las deducciones fiscales degresivas (*tax credit*), y por fondos públicos repartidos en función de los votos obtenidos y sin excesivas barreras de acceso, lo cual ha tenido un importante efecto equilibrador entre los grandes y los pequeños partidos, incluso en el marco un sistema electoral de tipo mayoritario. Todo ello sin convertir a los partidos en excesivamente dependientes de los fondos públicos, conjurando el riesgo de debilitamiento de su función de intermediación entre Estado y sociedad.

Por su parte, la reserva de espacios publicitarios pagados a precio reducido y el reparto de espacios gratuitos en los medios de comunicación audiovisuales contribuyen a equilibrar las oportunidades de los competidores en un ámbito en el que, de no existir ninguna regulación, la superioridad financiera podría hacerse valer de manera implacable. El sistema aplicado por el Árbitro en materia de radiodifusión, con el consenso de los partidos, consistente en reservar una tercera parte del tiempo para repartirla de forma igualitaria entre todos los partidos, contribuye a equilibrar las oportunidades de los pequeños partidos, ya que la aplicación estricta de los criterios legales favorecería excesivamente a los grandes partidos, reduciendo la competitividad del sistema.

Todos estos mecanismos se complementan con unas obligaciones de transparencia que se sitúan entre las más completas del mundo y con la existencia de autoridades independientes a las que se encomienda el desarrollo, la implementación y el control del cumplimiento de estas regulaciones.

Por supuesto, el modelo tiene también sus puntos débiles:

En relación con los límites de gastos, se pueden señalar como elementos de crítica que la definición legal de lo que ha de entenderse como gasto electoral no garantiza una total estanqueidad de los límites y que dichos límites solo se aplican durante el corto período de tiempo que va desde la convocatoria de las elecciones hasta el día de la votación (89).

Respecto de los gastos de terceros, es criticable, aunque comprensible, la falta de claridad en la distinción entre apoyo expreso (*express advocacy*) y apoyo indirecto (*issue advocacy*).

(89) En los últimos procesos electorales se ha puesto en evidencia la estrategia de los partidos, especialmente del Partido Conservador, financieramente más fuerte, para aprovechar su superioridad económica fuera de los periodos electorales y mantener un clima de competición electoral permanente, gracias a campañas de publicidad, principalmente en televisión. Este fenómeno nuevo plantea la cuestión de si deben regularse límites de gastos, tanto de partidos y candidatos, como de terceros, también fuera de los períodos electorales, al igual que lo hacen otras legislaciones, como por ejemplo la británica, que fija como período relevante para la regulación de los gastos electorales los 365 días previos al día de la elección.

En materia de financiación pública, el desajuste entre el reembolso de los gastos de los candidatos y de los partidos podría evitar algunos de los problemas que se están detectando en relación con los trasvases de fondos entre las estructuras centrales y locales de los partidos (90).

En relación con la publicidad en los medios audiovisuales, la no existencia de una prohibición total de este tipo de publicidad en televisión, permitiéndose la compra de la misma fuera de los tiempos reservados, no contribuye, desde luego, ni al objetivo de limitación del gasto, ni a la igualdad de oportunidades, aunque, por otro lado, hay que tener también en cuenta que una prohibición total puede llegar a ser perjudicial para los pequeños partidos emergentes y que, en todo caso, la aplicación del límite global de gastos contribuye a mitigar las consecuencias de la ausencia de dicha prohibición.

La falta de regulación de los criterios para la participación en los debates, sean estos establecidos autónomamente por los medios que organizan los debates o sean impuestos por la ley o por los organismos reguladores, también es un elemento que debería corregirse con el fin de garantizar una mayor claridad y equidad al proceso.

También es necesaria una mayor reflexión sobre la regulación de las campañas electorales en Internet (91). La regulación actual diferencia entre la publicidad pagada, a la que se aplican los mismos límites de gastos y las obligaciones de transparencia que al resto de los gastos electorales, y la transmisión de otros mensajes, que permanece libre y desregulada. Hasta

(90) Si un partido imputa gastos de su campaña nacional a la campaña de un candidato que no vaya a superar el límite de gastos en su circunscripción, obtiene con ello un doble rédito: por un lado, consigue gastar por encima del límite fijado a nivel nacional y, por otro lado, obtiene una financiación pública superior, pues el reembolso de los gastos electorales de los candidatos en sus circunscripciones es del 60%, mientras que el de los gastos de los partidos en las campañas nacionales es solo del 50%. Esta práctica, que de forma más o menos desorganizada ha sido frecuente en diversas campañas, se aplicó como método organizado —el llamado método *in-and-out*— en las elecciones del 2000 por parte del *Bloc Québécois* y se reprodujo, con ciertas variaciones, con ocasión de las elecciones generales de 2006, esta vez de la mano del Partido Conservador, con una intención clara de sortear el límite máximo de gastos. Como consecuencia de ello, el *Chief Electoral Officer* denegó el reembolso de \$780.000 dólares al Partido Conservador y éste demandó a *Elections Canada* ante los tribunales. El Tribunal Federal le dio la razón inicialmente al Partido Conservador, pero la sentencia fue revocada en apelación. El Partido Conservador acudió al Tribunal Supremo, que admitió a trámite la apelación en octubre de 2011, pero finalmente, en marzo de 2012, desistió de su apelación y aceptó someter nuevos informes a *Elections Canada* acordes con las exigencias de la agencia y reembolsar el dinero solicitado.

(91) Sobre la problemática planteada por la regulación de las campañas en Internet en Canadá, véase SMALL, Tamara A., «Regulating Canadian Elections in the Digital Age: Approaches and Concerns», *Election Law Journal*, vol. 8, núm. 3, 2009, pp. 189 y ss.

ahora, el modelo igualitario solo se ha preocupado por el gasto, pero quizás existen otros motivos de preocupación que deberían ser tenidos en cuenta y que pueden distorsionar la competición electoral. Por ello, las regulaciones deberían tener más en cuenta las obligaciones de transparencia, con el fin de asegurar que los destinatarios de los mensajes tengan información suficiente sobre el origen de los mismos, aunque también es cierto que las dificultades técnicas para destapar el velo del anonimato pueden llegar a ser insuperables (92). La experiencia norteamericana muestra que existen problemas que deben ser abordados, como el tratamiento de los blogs (93).

En materia de transparencia, como únicas notas críticas se pueden destacar la insuficiente información sobre los préstamos obtenidos (94) y el retraso, quizás excesivo, en la publicación de los datos. La situación ideal es, naturalmente, aquella en la que los electores pueden disponer de la información sobre los ingresos y gastos de candidatos, partidos y terceros participantes en la campaña antes de la emisión del voto. Con los medios técnicos disponibles hoy en día, esta situación ideal es realizable en una amplia medida, tal y como lo demuestra la experiencia de los EEUU.

En términos más generales, se puede achacar al modelo igualitario canadiense que, hasta ahora, se ha distinguido casi exclusivamente por la preocupación relativa a la influencia del poder del dinero en las campañas electorales, obviando las distorsiones en la competitividad del proceso provenientes

(92) Hay opiniones, en cambio, que ven en el anonimato un elemento democrático a preservar en Internet y que consideran que forzar a las personas a desvelar su identidad a la hora de expresar opiniones políticas podría ser incluso contrario a los derechos constitucionales de estas personas (intimidad, libertad ideológica). Así, el valor del discurso político anónimo ha sido destacado en la jurisprudencia de los EEUU, Véase *McIntyre v. Ohio Elections Commission*, 514 U.S. 334 (1995).

(93) La equiparación de los blogs con el periodismo fue tratada por el Tribunal Supremo de los EEUU en *Shays v. FEC*, 340 F.Supp.2d 39, (2004).

(94) El problema es que muchos de los préstamos al final no son devueltos, por lo que *de facto* equivalen a donaciones. Desde 2007, a raíz de un informe presentado ante la Cámara de los Comunes por el *Chief Electoral Officer (Recommendations of the Chief Electoral Officer to the House of Commons Standing Committee on Procedure and House Affairs Respecting Specific Issues of Political Financing)*, se ha discutido un proyecto de regulación que, entre otras medidas, exige una información más completa sobre los préstamos, incluyendo tipos de interés, plazos de pago y la publicidad de quien realiza el préstamo y de las personas que prestan garantía o aval. Después de una tramitación parlamentaria tortuosa, con diversos proyectos que han caducado debido a las disoluciones, parece que la iniciativa rebautizada como *Bill C-21, An Act to Amend the Canada Elections Act (accountability with respect to loans)*, podría llegar a buen término, pues ha superado recientemente la segunda lectura en los Comunes recibiendo el apoyo de todos los grupos.

del propio ejercicio del poder ejecutivo o de las posibilidades que tienen los titulares en el cargo de favorecer su reelección (95).

Una concepción más amplia de la equidad electoral conllevaría la necesidad de garantizar un campo de juego equilibrado no solo entre ricos y pobres, sino también entre los titulares en los cargos y los aspirantes a ellos y, en este sentido, el control judicial de las normas electorales debería tener en cuenta también esta dimensión. Una posición excesivamente deferencial que no sea consciente de la existencia de un eventual conflicto de intereses en la legislación electoral, derivado del simple hecho de que el legislador no es otro que el conjunto de los partidos representados en el Parlamento (96), estará obviando la realidad de que las normas sobre financiación electoral pueden convertirse en el vehículo de un nuevo tipo de *gerrymandering*, ya sea para favorecer a un solo competidor frente a los demás o, más probablemente, para favorecer el mantenimiento del *statu quo*. En consonancia con esta visión, se han alzado voces a favor de un escrutinio judicial más estricto de las regulaciones electorales, justificado sobre argumentos funcionales y no sustantivos (como sucede en la visión liberal que prioriza la garantía de la libertad de expresión), en la finalidad de garantizar un proceso político abierto y competitivo (97).

VI. REFERENCIAS DE LAS SENTENCIAS CITADAS

Barrete v. Canada (Attorney General) [1992], 14 *Canadian Rights Reporter* (2d) 166, *Québec Superior Court*.

Barrete v. Canada (Attorney General) [1994], 113 *Dominion Law Reports* (4th) 623, *Québec Court of Appeal*.

(95) En este sentido, FEASBY, Colin, «Canadian political finance...», pp. 266-267.

(96) En este sentido FEASBY, Colin, «Constitutional Questions...», p. 543.

(97) En este sentido se expresan autores tributarios de la teoría del proceso político, tal y como ha sido formulada por Ely. John H., Véase la opinión de dicho autor en *Democracy and Distrust*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1980, pp. 102-03. Véase también ISSACHAROFF, Samuel y PILDES, Richard H., «Politics as Markets: Partisan Lockups of the Democratic Process», *Stanford Law Review*, núm. 50, 1998, p. 643; y PILDES, Richard H., «The Theory of Political Competition» (1999) *Virginia Law Review*, núm. 85, 1999, p. 1605. En Canadá, es Feasby quien quizás ha expresado mejor estas ideas, abogando por una deferencia judicial en cuanto a los fines, pues el Parlamento es el sujeto más legitimado para expresar cual es el modelo de democracia que quiere para el país, pero defendiendo un escrutinio más estricto en cuanto a los medios para alcanzar esos fines, aplicando de forma estricta el test de proporcionalidad. Según Feasby esta es la aproximación que siguió el Tribunal Supremo en *Libman*, pero no la que siguió en *Harper*, donde fue excesivamente deferente con el legislador, «Constitutional Questions...», p. 544.

- Bucley v. Valeo* [1976], 424 US 1 (1976), *US Supreme Court*.
- Citizens United v. FEC* [2010], 558 U.S. 310 (2010) *US Supreme Court*.
- FEC v. National Right to Work Committee* [1982], 459 U.S., 197, 208 (1982), *US Supreme Court*.
- Figueroa v. Canada (Attorney General)* [1999], 43 *Ontario Reports* (3rd) 728 (*Ontario Court, General Division*).
- Figueroa v. Canada (Attorney General)* [2000], 50 *Ontario Reports* (3rd) 161 (*Ontario Court of Appeal*).
- Figueroa v. Canada (Attorney General)* [2003], 1 *Supreme Court Reports* 912.
- Green Party Political Association of British Columbia v. Canadian Broadcasting Corporation* [1991], *British Columbia Supreme Court*, 9 de octubre de 1991.
- Harper v. Canada (Attorney General)* [2004], 1 *Supreme Court Reports* 827.
- Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union* [1991], 2 *Supreme Court Reports* 211.
- Libman v. Québec (Attorney General)* [1997], 3 *Supreme Court Reports* 569.
- Longley v. Canada (Attorney General)* [2006], 82 *Ontario Reports* (3rd) 481 (*Ontario Superior Court*).
- Longley v. Canada (Attorney General)* [2007], *Ontario Court of Appeal* 852.
- Longley v. Canada (Attorney General)* [2008], *Supreme Court of Canada Applications for Leave to Appeal*, No. 41.
- McConnell v. FEC* [2003], 540 U.S. 93 (2003), *US Supreme Court*.
- National Citizens' Coalition Inc. v. Canada (Attorney General)* [1984], 11 *Dominion Law Reports* (Serie 4^a) 481 (*Alberta Court of Queen's Bench*).
- National Party of Canada v. Canadian Broadcasting Corp.* [1993], *Alberta Queen's Bench*, 23 de septiembre de 1993.
- National Party of Canada v. Canadian Broadcasting Corp.* [1993], *Alberta Court of Appeal*, 1 de octubre de 1993.
- Natural Law Party of Canada v. Canadian Broadcasting Corp.* [1994], *Federal Court*, 1 de octubre de 1994.
- Reform Party of Canada et al. v. Canada (Attorney General)* [1995], 165 *Alberta Reports* 161 (*Alberta Court of Appeal*).
- Shays v. FEC* [2004], 340 F. Supp.2d 39, (2004), *US Supreme Court*.
- Somerville v. Canada (Attorney General)* [1996], 184 *Alberta Reports* 241 (*Alberta Court of Appeal*).