

Cañardo, Hernando V.

La penumbra de la corrupción: regulación internacional de los lobbies

Forum : Anuario del Centro de Derecho Constitucional N° 6, 2018

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Cañardo, H. V. (2018). La penumbra de la corrupción : regulación internacional de los lobbies [en línea]. *Forum : Anuario del Centro de Derecho Constitucional*, 6. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/greenstone/cgi-bin/library.cgi?a=d&c=Revistas&d=penumbra-corrupcion-regulacion-lobbies> [Fecha de consulta:.....]

LA PENUMBRA DE LA CORRUPCIÓN: REGULACIÓN INTERNACIONAL DE LOS *LOBBIES*

THE SHADOW OF CORRUPTION: INTERNATIONAL REGULATION OF THE LOBBIES

HERNANDO V. CAÑARDO¹

RESUMEN

En el ámbito internacional se han establecido una serie de estándares construidos, en gran parte, por prácticas basadas en legislaciones internas, que han tomado en consideración tres áreas de regulación de los *lobbies*: la transparencia, la integridad y la participación, buscando un consenso y respetando las diferencias entre los Estados. El derecho a expresar las preocupaciones e intereses, y en consecuencia influir en las políticas públicas, es fundamental para un sistema democrático y republicano. Es este un derecho que no solo le corresponde a los ciudadanos, sino a los grupos que representan intereses colectivos. Las empresas, los sindicatos y los grupos de intereses tienen derecho a ejercer sus derechos de petición y de realizar *lobby* en

1. Abogado (UCA), Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA), Profesor Titular Ordinario de Derecho Internacional Público (UCA) y Profesor Titular del Doctorado en Ciencias Jurídicas (UCA). Miembro de la Sociedad Americana de Derecho Internacional, 1984 (*American Society of International Law Member*) (hvcanardo@yahoo.com - Arbitraje: Recepción 6/5/2018 - evaluación 9/5/2018).

aras de sus propios intereses o de aquellos más amplios dentro un marco económico social o ambiental.

No obstante, esto acarrea sus peligros, siendo uno de ellos la crisis de legitimidad que se provoca. Lo que un tiempo fue una conducta de individuos apasionados se ha convertido en una industria gigantesca con recursos que pueden competir con los políticos o los funcionarios públicos.

PALABRAS CLAVE

Función pública - Intereses - Transparencia - Integridad - Participación - *Lobby* - Consejo de Europa - OCDE.

ABSTRACT

International Law has adopted a series of standards based on practices and internal legislation taking into consideration three areas in lobby regulation: transparency, integrity and participation, seeking consensus and respecting contexts and differences between States. The right to express problems and interests and to influence policies and outcomes is basic to a republican and democratic system. This right pertains not only to individual citizens but also to other groups and associations representing individual or collective interests. Corporations, trade unions, and interest groups exercise their rights through lobbies, whether in their own benefit or enhancing those of the communities in economic, social or environmental matters.

In spite of these benefits, there are dangers; and one of them is the crisis of legitimacy. What was at the beginning actions by passionate individuals has become an industry with resources that compete and even surpass those of States, unduly influencing politicians and public officials.

KEY WORDS

Public office - Interests - Transparency - Integrity - Participation - Lobby - European Council - OCDE

I. INTRODUCCIÓN

Un concepto no es solo un centro de nítida claridad, sino que abarca una zona circundante, de significado o alcance más o menos grande, donde la luminosidad se atenúa y debilita. Esto ocurre con las actividades que genéricamente se han denominado *lobbies*. Esta palabra inglesa significa textualmente vestíbulo o antesala y se aplica a quienes esperaban así a los legisladores para abogar por sus asuntos; se ha consolidado y difundido para designar a las personas o entidades que se dedican a la defensa de causas o intereses particulares.

En el ámbito internacional fue establecida una serie de estándares construidos en gran parte por prácticas basadas en legislaciones internas, que han tomado en consideración tres áreas de regulación de los *lobbies*: la transparencia, la integridad y la participación, buscando un consenso y respetando las diferencias entre los Estados.

Muchos de ellos ya han adoptado una legislación específica para el *lobby*², si bien la calidad varía, y la regulación es mayor en los países desarrollados, los criterios son válidos para cualquier Estado, como lo demuestra el aumento del interés en la regulación de estas actividades a través del accionar de instituciones como la OCDE³, la Unión Europea⁴, y organizaciones no gubernamentales como *Transparency International*⁵.

El objetivo de la regulación de los *lobbies* es asegurar la transparencia de la actividad en el proceso de decisión, y la responsabilidad de los

2. Alemania Australia, Austria, Brasil, Canadá, Chile, Francia Estados Unidos, Georgia Hungría Irlanda, Israel, Lituania, Macedonia, Montenegro, Perú, Polonia, Eslovenia, Taiwán, el Reino Unido

3. Ver www.oecd.org/corruption/ethics/Lobbying-Brochure.pdf. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, que funciona desde mediados del Siglo XX, con sede en París.

4. European Parliament Directorate-General for Research Working Paper Lobbying in the European Union Current Rules and Practices. Constitutional Affairs Series AFCO 104 EN 04-2003 www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2003/.

5. Lobbying in Europe: hidden influence, privileged access https://www.transparency.org/whatwedo/publication/lobbying_in_europe

que toman las decisiones en la política y la legislación. La regulación debe procurar un campo de juego nivelado para los actores en el proceso y mecanismos aptos en la prevención de los conflictos de intereses que surgen por los intentos de influencias indebidas. No solo es necesaria la regulación, sino la voluntad de actuar éticamente en la creación de un ambiente justo tanto en las prácticas como en las decisiones.

II. PRINCIPIOS Y GUÍAS

En primer lugar debe entenderse que el *lobby*, en sí mismo, es una actividad legítima y parte importante del proceso político democrático.

Una sociedad democrática se basa en la pluralidad de intereses que deben ser tenidos en cuenta por los políticos y los funcionarios públicos al decidir es función del bien común. En una democracia que se precie de tal, sus representantes deben estar en contacto con el electorado. Por su parte, los ciudadanos y los grupos de interés deben estar en condiciones de comunicar sus aspiraciones a los poderes, organizarse en partidos o asociaciones, elegir representantes y, en general, participar plenamente en los procesos políticos.

En este marco, el *lobby* permite que aquellos que serán afectados por determinadas decisiones hagan oír su voz, proveyendo a la vez su interés y experiencia sobre las cuestiones por debatirse. Bien empleado facilita la transparencia e integridad de esta actividad, así como la diversidad de participantes y su contribución al proceso, ya que todos los puntos de vista deben ser tenidos en cuenta, lo cual conduce a una mejor política favoreciendo el interés público.

Una herramienta necesaria en este proceso es la transparencia, ya que el *lobby* y su impacto en la legislación deben ser conocidos por la población, para que la sociedad entienda quién y cómo son ejercidas las influencias. Los políticos saben que el público los observa, que se evaluarán sus decisiones con más precisión de acuerdo a la conducta de los mismos, y que su conducta será juzgada, sea en procesos penales o administrativos o a través de las elecciones.

Es importante aclarar que la regulación de esta actividad debe realizarse dentro de los parámetros de racionalidad y proporciona-

lidad, sin que se impida el ejercicio de los derechos individuales de reunión, petición y libertad de expresión.

No es el objetivo de un sistema de control o reglamentación impedir la actividad de un segmento de la sociedad con cargas administrativas u obligaciones ni tampoco afectar los derechos políticos de los ciudadanos, sino obtener una visión adecuada del modo en que las decisiones se toman y su impacto en la legislación y en las políticas, sin impedir por ello el acceso de los ciudadanos a los funcionarios públicos.

Cualquier marco regulatorio debe ser definido en forma clara, determinando qué es *lobby*, quiénes son lobistas y los objetivos de la actividad. La definición del lobista y sus objetivos son fundamentales en una regulación: en consecuencia, una definición poco determinada puede causar vacíos legales, como puede ser el caso de si los llamados *in house lobbies* están incluidos, o si el *lobby* puede ocultarse o disimularse bajo la apariencia de una organización no gubernamental⁶.

La OCDE ha recomendado que las definiciones del *lobby* sean amplias y explícitas para prevenir vacíos legales, cubriendo las comunicaciones directas e indirectas con los funcionarios públicos, que se realizan con el fin de influenciar las decisiones⁷.

Las definiciones deben de tener en cuenta las formas más comunes, aquellas donde se entra en contacto directo con un funcionario público, pero también las indirectas, cuando se movilizan organizaciones u otros interesados o se contratan firmas para que hagan el trabajo a su cuenta. También los casos donde el lobista moviliza ciudadanos para que contacten a sus legisladores y representantes o políticos, pero, salvo excepciones específicas, los individuos o ciudadanos no deben ser considerados lobistas, como lo expresa el Principio N° 4 de la OCDE⁸.

6. American Bar Association Today Volume 18, Number 4 March/April 2009 Nonprofits and Lobbying Yes, They Can! By Nayantara Mehta. Disponible en: <https://apps.americanbar.org/buslaw/blt/2009-03-04/mehta.shtml>

7. Ver <http://www.oecd.org/gov/ethics/oecdprinciplesfortransparencyandintegrityinlobbying.htm>

8. "10 Principles for Transparency and Integrity in Lobbying". Disponible en: www.oecd.org/corruption/ethics/Lobbying-Brochure.pdf

Por su parte, la definición de funcionario público debe incluir a cualquier persona con poderes de decisión, a sus asesores elegidos, nombrados, o empleados en las áreas legislativa o ejecutiva del poder en los ámbitos nacional, estadual o supranacional, que cumplan funciones públicas aun en organismos privados o dentro de las organizaciones internacionales con sede u operaciones en el Estado.

Una definición válida de funcionario público es la del art. 2° de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que abarca a los asesores políticos y legales que no siempre son considerados funcionarios públicos⁹.

Los funcionarios del Poder Judicial, jueces y asesores están incluidos en la definición mientras cumplan o tomen decisiones de carácter administrativo. Esto no se extiende a las sentencias o trámites del proceso, pues los intentos de influenciar estas actividades están cubiertos por otras leyes.

9. Art. 2°. Definiciones

A los efectos de la presente Convención:

a) Por “funcionario público” se entenderá: i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; iii) toda otra persona definida como “funcionario público” en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por “funcionario público” toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte.

b) Por “funcionario público extranjero” se entenderá toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un país extranjero, ya sea designado o elegido; y toda persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluso para un organismo público o una empresa pública.

c) Por “funcionario de una organización internacional pública” se entenderá un empleado público internacional o toda persona que tal organización haya autorizado a actuar en su nombre.

Asimismo cada vez más funciones públicas son otorgadas a entidades privadas que ejercen actividades de carácter administrativo, que reciben fondos del erario público, de allí la necesidad también de su regulación.

La existencia o no de una compensación monetaria no es relevante, y la OCDE, en sus Principios, especialmente el 4º, recomienda que se incluya a las entidades sin fines de lucro que buscan influenciar las decisiones públicas, así como los miembros no rentados de directorios de empresas u organizaciones no gubernamentales que buscan influenciar la toma de decisiones¹⁰.

La definición debe incluir a los llamados *in-house lobbyists* que trabajan dentro de determinada compañía u organización defendiendo los intereses de esta. Algunas normas, como las propuestas en el Reino Unido se enfocan solo en los que trabajan en agencias de esa actividad, dejándose fuera a una gran proporción del *lobby*¹¹.

El sector privado no es el único que debe estar sujeto a control. Muchas entidades, empresas públicas y autoridades locales defienden sus intereses frente a legisladores o quienes toman decisiones. Los Estados Parte o terceros Estados pueden intentar influenciar una decisión a ser tomada por la Unión Europea o la OCDE.

Asimismo el control debe ejercerse sobre abogados y asociaciones profesionales, que, en general, tratan de esquivar las regulaciones, amparándose en el privilegio de la relación con el cliente y el abogado. Este solo se aplica al consejo legal y la representación en procesos formales. Cuando un abogado no representa a un cliente y a sus intereses en un caso concreto ante la Justicia o la Administración, sino intereses políticos con relación al cambio de reglas generales o políticas, se debe aplicar la regulación referente al *lobby*.

Otra noción fundamental surge de vincular la actividad con cualquier etapa de la toma de decisiones relacionada con la creación

10. OECD's, "10 Principles for Transparency and Integrity in Lobbying".

11. House of Commons Public Administration Select Committee Lobbying: Access and influence in Whitehall First Report of Session 2008-09, Volume I, disponible en: http://www.parliament.uk/parliamentary_committees/public_administration_select_committee/pasc0809pn6.cfm

o enmienda de la legislación y cualquier otra medida regulatoria; el desarrollo, modificación e implementación de políticas públicas, estrategias o programas; la licitación u otorgamiento de contratos; préstamos, decisiones administrativas y presupuestarias.

La interacción individual del ciudadano con el funcionario público en lo referido a sus asuntos privados no se considera *lobby*, salvo si concerniese a intereses individuales económicos de tal naturaleza e importancia que pudiesen comprometer potencialmente al interés público. En estos casos, es preciso un balance entre la eficacia y los beneficios de la legislación sujeta a modificación y la protección y garantías constitucionales, tanto del individuo como de la comunidad política.

Las excepciones en relación con funcionarios públicos y diplomáticos son comunes en la legislación que regula el *lobby*¹². En Aus-

12. Section 3 (8) (B) Lobbying Disclosure Act of 1995 United States 109 STAT. 694 PUBLIC LAW 104-65-DEC. 192 1995 <https://lobbyingdisclosure.house.gov/lda.html>

La misma establece numerosas excepciones:

(B) Exceptions. The term “lobbying contact” does not include a communication that is:

- (i) made by a public official acting in the public official’s official capacity;
- (ii) made by a representative of a media organization if the purpose of the communication is gathering and disseminating news and information to the public;
- (iii) made in a speech, article, publication or other material that is distributed and made available to the public, or through radio, television, cable television, or other medium of mass communication;
- (iv) made on behalf of a government of a foreign country or a foreign political party and disclosed under the Foreign Agents Registration Act of 1938 (22 U.S.C. 611 et seq.);
- (v) a request for a meeting, a request for the status of an action, or any other similar administrative request, if the request does not include an attempt to influence a covered executive branch official or a covered legislative branch official;
- (vi) made in the course of participation in an advisory committee subject to the Federal Advisory Committee Act;
- (vii) testimony given before a committee, subcommittee, or task force of the Congress, or submitted for inclusion in the public record of a hearing conducted by such committee, subcommittee, or task force;
- (viii) information provided in writing in response to an oral or written request by a covered executive branch official or a covered legislative branch official for specific information;

(ix) required by subpoena, civil investigative demand, or otherwise compelled by statute, regulation, or other action of the Congress or an agency;

(x) made in response to a notice in the Federal Register, Commerce Business Daily, or other similar publication soliciting communications from the public and directed to the agency official specifically designated in the notice to receive such communications;

(xi) not possible to report without disclosing information, the unauthorized disclosure of which is prohibited by law;

(xii) made to an official in an agency with regard to:

(I) a judicial proceeding or a criminal or civil law enforcement inquiry, investigation, or proceeding; or

(II) a filing or proceeding that the Government is specifically required by statute or regulation to maintain or conduct on a confidential basis,

if that agency is charged with responsibility for such proceeding, inquiry, investigation, or filing;

(xiii) made in compliance with written agency procedures regarding an adjudication conducted by the agency under section 554 of title 5, United States Code, or substantially similar provisions;

(xiv) a written comment filed in the course of a public proceeding or any other communication that is made on the record in a public proceeding;

(xv) a petition for agency action made in writing and required to be a matter of public record pursuant to established agency procedures;

(xvi) made on behalf of an individual with regard to that individual's benefits, employment, or other personal matters involving only that individual, except that this clause does not apply to any communication with:

(I) a covered executive branch official, or

(II) a covered legislative branch official (other than the individual's elected Members of Congress or employees who work under such Members' direct supervision), with respect to the formulation, modification, or adoption of private legislation for the relief of that individual;

(xvii) a disclosure by an individual that is protected under the amendments made by the Whistleblower Protection Act of 1989, under the Inspector General Act of 1978, or under another provision of law;

(xviii) made by:

(I) a church, its integrated auxiliary, or a convention or association of churches that is exempt from filing a Federal income tax return under paragraph 2(A)(i) of section 6033(a) of the Internal Revenue Code of 1986, or

(II) a religious order that is exempt from filing a Federal income tax return under paragraph (2)(A)(iii) of such section 6033(a); and (xix) between-

(I) officials of a self-regulatory organization (as defined in section 3(a)(26) of the Securities Exchange Act) that is registered with or established by the Securities

tria¹³ y los Estados Unidos¹⁴, los partidos políticos también están exentos de la legislación, ya que son parte formal del proceso de toma de decisiones y, por ende, están obligados a actuar con transparencia.

III. TRANSPARENCIA

Las interacciones entre los lobistas y los funcionarios públicos deben ser transparentes. Debido al aumento en el análisis y la observación de las operaciones del Gobierno para permitir el control por parte de la ciudadanía, la responsabilidad por la transparencia de estas relaciones compete a ambos. Pero es el funcionario público quien debe dar cuenta de las decisiones por tomar.

La transparencia es el objetivo clave de la mayoría de las legislaciones en la materia, no existen regulaciones que no la incluyan y son uno de los pilares principales de los Principios de la OCDE junto a la integridad¹⁵.

and Exchange Commission as required by that Act or a similar organization that is designated by or registered with the Commodities Future Trading Commission as provided under the Commodity Exchange Act; and

(II) the Securities and Exchange Commission or the Commodities Future Trading Commission, respectively; relating to the regulatory responsibilities of such organization under that Act.

13. Section 1 (3) Law on Lobbying (Austria), disponible en: www.ti-austria.at/.../01/Lobbying-in-Austria.pdf

14. Section 3 (8) (E) Lobbying Disclosure Act of 1995 (United States).

15. Disclosure of lobbying activities should provide sufficient, pertinent information on key aspects of lobbying activities to enable public scrutiny. It should be carefully balanced with considerations of legitimate exemptions, in particular the need to preserve confidential information in the public interest or to protect market-sensitive information when necessary.

Subject to Principles 2 and 3, core disclosure requirements elicit information on in-house and consultant lobbyists, capture the objective of lobbying activity, identify its beneficiaries, in particular the ordering party, and point to those public offices that are its targets. Any supplementary disclosure requirements should take into consideration the legitimate information needs of key players in the public decision-making process. Supplementary disclosure requirements might shed light on where lobbying pressures and funding come from. Voluntary disclosure may involve social responsibi-

Con relación al registro, este puede ser obligatorio para los que realizan estas actividades sean *in-house* o no, y estas serán reportadas de forma periódica. Los mismos son práctica estándar en las legislaciones nacionales. Las entidades deben hacer declaraciones de quiénes trabajan o las conforman y quiénes son sus clientes. Estos clientes también deben registrarse y declarar a quién contratan para que actúen en su nombre. No obstante, esto puede crear el peligro de que ciudadanos ordinarios, pequeñas empresas o grupos de la sociedad no podrían acceder a los que toman las decisiones, lo cual va claramente en contra de los propósitos del sistema. El registro debe realizarse antes de que se inicien las actividades y se deben emitir informes que permitan el análisis y la intervención de otros actores interesados.

El registro y la información buscan la igualdad entre los diferentes grupos de interés, por eso los Principios de la OCDE establecen que el público debe tener acceso adecuado a las informaciones para permitir la inclusión de diversos puntos de vista de la sociedad y las empresas para tener una información completa del desarrollo y la implementación de las políticas públicas, y las consiguientes decisiones. La frecuencia o periodicidad de los informes permiten que otros grupos de interés o la población en general puedan reaccionar antes que se tomen las decisiones finales.

Los registros deben tener la identidad del lobista, las materias por tratar y los resultados que se buscan obtener; quiénes serán los beneficiarios de las decisiones, la institución que es el objetivo, el tipo y frecuencia de las actividades, los gastos y las fuentes de financiación, si hay contribuciones políticas en dinero o especie, fondos públicos; y si han tenido algún rol anterior en el Gobierno.

El acceso a estos datos debe ser público y vinculado en lo posible a los del Gobierno. Al publicarse esta información de la manera descrita se les permite a los grupos y a la sociedad en general la bús-

lity considerations about a business entity's participation in public policy development and lobbying. To adequately serve the public interest, disclosure on lobbying activities and lobbyists should be stored in a publicly available register and should be updated in a timely manner in order to provide accurate information that allows effective analysis by public officials, citizens and businesses. Disponible en: <http://www.oecd.org/gov/ethics/oecdprinciplesfortransparencyandintegrityinlobbying.htm>

queda y el análisis en forma gratuita, asegurándose, de esta forma, la diseminación y facilidad en el acceso a la información.

En los Estados Unidos, la *United States Senate Lobbying Disclosure Database*¹⁶ permite esa búsqueda, así como en Canadá¹⁷. También existen ONG, como *Open Secrets*, que proveen datos sobre gastos de los lobistas a favor de una empresa, qué intereses se persiguen, y se puede analizar el efecto del *lobby* en una determinada ley¹⁸.

El registro debe ser simple, de preferencia *online*, y debe utilizarse un sistema único de registro, informe y publicación. Siendo una obligación de los funcionarios públicos el respeto al derecho a la información, el *onus* está a cargo de ellos en que sean transparentes, en la naturaleza de esas actividades y el impacto en las decisiones políticas.

Las normas legales referidas al acceso a la información deben garantizarlo plenamente, tanto en las políticas como en la actividad del *lobby*, deben asegurar que los procesos de decisión sean transparentes y accesibles rindiendo cuentas de sus actividades y políticas. Los Principios de la OCDE refieren y recuerdan que las normas sobre la libertad de información son un requisito para la cultura de la transparencia e integridad¹⁹.

16. Ver oprweb.senate.gov/index.cfm?event=selectfield

17. Licence

Open Data Licence Agreement — Office of the Commissioner of Lobbying
Lobbying Registrations

A lobbying registration is required when a paid individual communicates with federal public office holders in respect of certain subject matter, either on behalf of their employer or a client. This dataset contains all lobbying registrations filed to the Office of the Registrar of Lobbyists between the dates January 31, 1996 and June 30, 2008 under the *Lobbyists Registration Act*, and the Office of the Commissioner of Lobbying from July 2, 2008 onward under the *Lobbying Act*. The dataset provides a primary file as well as secondary files in CSV format allowing for one to many relationships for some data elements collected within a registration. Also available is a data dictionary file which provides definitions for all data elements contained within the dataset. Note that any content entered manually within a registration is in the language of choice of the user. www.ocl-cal.gc.ca/eic/site/012.nsf/eng/h_00872.html.

18. Ver www.opensecrets.org/lobby

19. ACCESS INFO EUROPE, “*Lobbying Transparency via Right to Information Laws*” (2013, Updated June 2015)

IV. EXCEPCIONES Y ZONAS GRISES

Estos estándares no cubren, sin embargo, la influencia que otros Estados o aun organizaciones internacionales puedan tener en los procesos de decisión nacionales. Al igual que en el tema de la corrupción, aquí se entra en el campo de la política internacional. No obstante, es interesante observar que tampoco existe una regulación clara del accionar de las organizaciones no gubernamentales sobre los Estados²⁰.

En relación con estas cuestiones, se plantea el tema de las excepciones, que deben estar mencionadas o previstas en las leyes vinculadas a la privacidad, seguridad, materias financieras y a cualquier interés legítimo que pueda ser afectado.

El derecho al acceso a la información no es absoluto, ya que existen intereses nacionales legítimos que pueden verse afectados por la publicación de datos. La Convención del Consejo de Europa, denominado Tratado Internacional sobre el Acceso a Documentos, si bien no está en vigor aún, es considerado un patrón de medida para definir las excepciones a la libertad de información²¹. Estas excepciones deben medirse a través del *test* del daño; o sea que la excepción se aplica si un daño real puede surgir de la publicación o por el *test* del interés público que establece que el daño puede ocurrir, pero hay un interés público que está por encima y, en consecuencia, la información debe publicarse.

La Corte Europea lo confirma al establecer: "If citizens are to be able to exercise their democratic rights, they must be in a position to follow in detail the decision-making process (...) and to have access to all relevant information"²².

20. NELSON, JANE, "The Operation of Non Governmental Organizations in a World of Corporate and Other Codes of Conduct. Corporate Social Responsibility Initiative", *Working Paper*, N° 34, Cambridge Massachusetts John F. Kennedy School of Government Harvard University, 35 pages.

21. *Council of Europe Convention on Access to Official Documents*. Este documento fue adoptado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, el 27 de noviembre de 2008, www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso_informacion

22. EUROPEAN COURT OF JUSTICE, Case T-233/09 (Access Info Europe vs. Council of the European Union), Ruling of 22 March 2011, paragraph 69.

Vinculado al derecho de acceso, las Administraciones Públicas y los funcionarios deben publicar toda la información referida a sus actividades financieras, administrativas, comerciales, informes sobre reuniones con otros gobiernos, expertos y consultas que se realicen. Esto forma parte intrínseca del derecho al acceso a la información, y a la transparencia que debe tener el gobierno. Los parámetros precisos sobre qué información debe hacerse pública, no obstante, aún deben definirse con exactitud. En el caso de los *lobbies*, la información mínima debe ser sobre las reuniones, las agendas, y las notas o minutas o registros de las reuniones entre los lobistas y los órganos de la Administración²³.

Los Principios de la OCDE exhortan a los gobiernos a permitir el análisis por la opinión pública de aquellos que han buscado influenciar los procesos legislativos o de toma de decisiones indicando que lobistas han actuado frente a los órganos gubernamentales²⁴.

En el año 2011, el Parlamento europeo adoptó una propuesta para crear un registro voluntario de los lobistas con los cuales los miembros del Parlamento se reunieron mientras un informe o propuesta de legislación estaba siendo redactada.²⁵

Toda la información no solo debe hacerse pública sin gastos, sino también sin límites para ser utilizada tantas veces como sea necesario, en forma accesible y comprendida para los ciudadanos y los grupos de interés, habiéndose publicado guías al respecto por la Comisión Europea y la OCDE²⁶.

23. Access Info Europe's Lobby Transparency via the Right of Access to Information Laws briefing, disponible en: www.access-info.org/pub-and-toolkits/17237

24. OECD's, "10 Principles for Transparency and Integrity in Lobbying".

25. Ver www.europarl.europa.eu/news/en/news-room/content/20110429FCS18372/12/html/MEPs-back-joint-Parliament-Commission-register-of-lobbyists

Transparency international EU Office, "EU Legislative Footprint. What's the real influence of lobbying?" (2015), disponible en: www.transparencyinternational.eu/wp-content/uploads/2015/03/Transparency-05-small-text-web.pdf

26. Ver ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/commission-notice-guidelines-recommended-standard-licences-datasets-and-charging-re-use; www.oecd.org/internet/ieconomy/40826024.pdf; www.oecd.org/internet/ieconomy/oecdguidelinesfortheseconomyofinformationsystemsandnetworkstowardsacultureofsecurity.htm

V. INTEGRIDAD

Tanto los lobistas como los funcionarios públicos deben estar sujetos a estándares obligatorios de conducta y a un sistema que regule los conflictos de intereses. Si bien la conducta debida o apropiada le corresponde a ambas partes, los funcionarios públicos tienen una responsabilidad mayor como depositarios del poder público que les fuera confiado por la sociedad.

Junto a la transparencia, la integridad es el otro pilar fundamental de la regulación de los *lobbies*; al respecto pueden mencionarse los estándares internacionales contenidos principalmente en el llamado *Model Code of Conduct for Public Officials* del Consejo de Europa, publicado en 2001²⁷.

Los Principios de la OCDE también hacen hincapié en la integridad requiriendo reglas éticas, tanto para los lobistas como para los funcionarios públicos²⁸.

Otro instrumento aplicable relacionado es el *Handbook on Parliamentary Ethics and Conduct, a Guide for Parliamentarians*, de la *Global Organization of Parliamentarians Against Corruption (GOPAC)*²⁹. El Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO) incluye el tema de los *lobbies* cuando se refiere a la integridad, ya que las reglas sobre esta son necesarias para los lobistas y para los parlamentarios, complementándose unas a otras³⁰.

Con respecto a los funcionarios públicos, los mismos deben poseer un grupo de reglas aplicables que establezcan los estándares de conducta. Estas reglas deben incluir, a los principios de transparencia, integridad, imparcialidad, justicia, rendición de cuenta y servicio al interés público. Es deseable llevar un registro de sus acciones, incluidas las reuniones con los grupos de *lobbies*, evitando contactos con

27. Ver www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/corruption/Default_en.asp

28. Main principle III.

29. Ver www.gopacnetwork.org/Docs/PEC_Guide_EN.pdf

30. Ver www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round4/ReportsRound4_en.asp.

quienes no están registrados, e informando las violaciones a las reglas a sus superiores u órganos respectivos.

El deber de confidencialidad está sujeto al régimen del derecho al acceso a la información, así como los mecanismos para la solución de cualquier conflicto de interés real, sean *reales, aparentes o potenciales*, incluyendo las incompatibilidades para ser lobista. Al mismo tiempo, se debe establecer una guía para los regalos u actos de hospitalidad, con un registro en el que conste su aceptación o rechazo. Por último, se encuentra la exigencia de realizar declaraciones de bienes de los funcionarios públicos, sus familias y socios comerciales, si estos existiesen, dependiendo del grado o poder de decisión del funcionario público.

Los Principios de la OCDE³¹ establecen la imparcialidad en la promoción del interés público, y la necesidad de dar a conocer los intereses privados relevantes para evitar los conflictos de interés³². Esto asegura la transparencia en el proceso de toma de decisiones y el posible impacto de las acciones de *lobby*. La Comisión Europea ha adoptado Decisiones que requieren a los Directores Generales, Comisionados, y a sus gabinetes tener un registro público de las reuniones con representantes de los grupos de interés³³.

El principio de la confidencialidad no está diseñado para contrarrestar la libertad de información, sino que se aplica en determinados casos donde las excepciones cubren información sensitiva. Un ejemplo, además de los casos mencionados, se da cuando un funcionario público es empleado por una corporación y debe observar, la confidencialidad de sus conocimientos adquiridos en la función pública³⁴.

31. OECD's, "10 Principles for Transparency and Integrity in Lobbying".

32. OECD's, "10 Principles for Transparency and Integrity in Lobbying Principle 7

33. Ver <http://www.integritywatch.eu/about.html>

Para el análisis de las Reuniones de la Comisión, ver <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/index.cfm?fuseaction=list&cotId=10060&year=2018&withPDF=true>

34. European Parliament, Report on the modification of the interinstitutional agreement on the Transparency Register (2014/2010(ACI)), at D.10, www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2014-0258+0+DOC+X-ML+V0//ENw.ipc.nsw.gov.au/sites/default/files/file_manager/IPC-Code-of-Conduct-July-2014-ACC.pdf

Un informe del año 2014 del Parlamento Europeo, trata la necesidad de reformar el Código de Conducta en relación con los lobistas para prohibir la interferencia en la esfera privada o la vida personal de quienes toman decisiones: por ejemplo, enviar obsequios a la casa del funcionario³⁵.

Respecto a los funcionarios públicos ejecutivos, el Artículo 18 del Código Modelo de Conducta para los Funcionarios Públicos del Consejo de Europa les prohíbe: "Demand or accept gifts, favours, hospitality or any other benefit (...) which may influence or appear to influence the impartiality with which he or she carries out his or her duties or may be or appear to be a reward relating to his or her duties. This does not include conventional hospitality or minor gifts".

Las declaraciones de bienes son relevantes ya que demuestran que los funcionarios públicos pueden tener otro trabajo incompatible con su puesto, o previas posiciones que representan un conflicto de interés con las funciones que debe cumplir, así como su posición financiera y el origen de sus bienes.

Al respecto, la Organización de Estados Americanos ha redactado una Ley Modelo, la "Model law on the declaration of interests, income, assets and liabilities of persons performing public functions", del año 2013³⁶.

La mayoría de los Estados han establecido reglas sobre el conflicto de intereses para sus funcionarios públicos. En la órbita de los funcionarios ejecutivos de la OCDE, se encuentran las *Managing Conflict of Interest in the Public Sector*³⁷. En lo que se refiere a los parlamentarios, existen una serie de documentos, como el de la Unión Interparlamentaria Mundial

35. EUROPEAN PARLIAMENT, *Report on the Modification of the Interinstitutional Agreement on the Transparency Register* (2014/2010(ACI)), at D.10, ver www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2014-0258+0+DOC+XML+V0//EN

36. Ver www.oas.org/juridico/PDFs/model_law_declaration.pdf

37. Ver www.oecd.org/gov/ethics/49107986.pdf

IPU³⁸, el Parlamento Europeo,³⁹ la Organización para la Seguridad y la Cooperación Europea⁴⁰, y la Alianza para la Transparencia en el Lobby y la Regulación Ética en la Unión Europea (ALTER EU) que ha establecido una guía para los parlamentarios, que incluye ejemplos de prácticas correctas e ideas para la interacción con los lobistas⁴¹.

En relación al Poder Judicial, existen estándares relativos a los mecanismos necesarios frente a conflictos de intereses. Algunos ejemplos pertinentes son: la Guía de Implementación y Evaluación del Artículo 11 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción⁴², y el Consejo de Europa⁴³ con la Recomendación sobre la independencia de los jueces⁴⁴.

Con respecto a las restricciones tras la función pública, debería existir un periodo de enfriamiento o moratoria para que los ex empleados públicos puedan realizar *lobby* a las instituciones a las que pertenecieron, y puede ser necesaria la actuación de un órgano de

38. *The Parliamentary Mandate – A Global Comparative Study*, 162 pages, 2000, ver www.ipu.org/PDF/publications/mandate_e.pdf

39. OFFICE FOR PROMOTION OF PARLIAMENTARY DEMOCRACY (OPPD)/European Parliament, *Parliamentary, Ethics – A Question of Trust*, 100 pages, 2011, ver www.europarl.europa.eu/pdf/oppd/Page_8/codes_of_conduct_FINAL-ENforweb.pdf

40. ORGANIZATION FOR SECURITY AND CO-OPERATION IN EUROPE (OSCE)/OFFICE FOR DEMOCRATIC INSTITUTIONS AND HUMAN RIGHTS (ODIHR), *Background Study: Professional and Ethical Standards for Parliamentarians*, 88 pages, 2012, ver www.osce.org/odihhr/98924.

41. Ver www.alter-eu.org/documents/2015/03/navigating-the-lobby-labyrinth

42. *Implementation Guide and Evaluative Framework for Article 11* [of the United Nations Convention against Corruption – UNCAC][www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2014/Implementation_Guide_and_Evaluative_Framework_for_Article_11_English.pdf](https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2014/Implementation_Guide_and_Evaluative_Framework_for_Article_11_English.pdf)

43. Council of Europe’s “Consultative Council of European Judges” (CCJE) Opinion no. 3 of the Consultative Council of European Judges (CCJE) “on the principles and rules governing judges’ professional conduct, in particular ethics, incompatible behaviour and impartiality” (2002), at no. 27-28, wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1046405&Site=COE

44. Recommendation CM/Rec(2010)12 of the Committee of Ministers to member states on judges: independence, efficiency and responsibilities, no. 29, wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1707137

control ético para que se acepte su labor posterior. Los Principios de la OCDE mencionan esta circunstancia así como las restricciones *para cambiar de bando*⁴⁵, y también Canadá⁴⁶ y Taiwán⁴⁷.

Sobre el tema de las restricciones antes de tomar la función, se examinará su función anterior y la posibilidad de que surja un conflicto de interés, y si este existe, se vetará su nombramiento. Este conflicto puede darse si un funcionario público ha trabajado con anterioridad en el sector o esfera privada y su nuevo cargo puede generar un efecto negativo.

Un código de conducta obligatorio para los lobistas debe tener en cuenta los intereses de todos los protagonistas, con estándares de conducta claramente definidos en particular relacionados con la honestidad y el peligro de ejercer influencias indebidas.

La obligación de actuar con honestidad es un parámetro fundamental en la confección de cualquier código de conducta, informando a las autoridades desde el inicio su actividad y para quién trabaja. Debe estar prohibido presentar datos falsos o manipulados al público para reforzar su causa, así como presionar a los funcionarios públicos a que ejerzan una influencia indebida a través de obsequios a cambio de decisiones favorables, ocultar quiénes son los clientes, dar falsas informaciones u otorgar contribuciones financieras a cambio de presentarse a hablar ante las cámaras o cuerpos legislativos.

La autoregulación a través de medidas suplementarias es útil y debe ser voluntaria, se deben utilizar controles internos, integrada en el concepto más amplio de la responsabilidad social corporativa y estrategias de gobernanza. Esto se refleja en el Principio 9 de la OCDE

45. OECD's, "10 Principles for Transparency and Integrity in Lobbying".

46. Section 10.11 Lobbying Act (Canadá): "No individual shall, during a period of five years after the day on which the individual ceases to be a designated public office holder carry on" lobbying activities; ver www.ocl-cal.gc.ca/eic/site/012.nsf/eng/h_00008.html

47. Article 10 Lobbying Act (Taiwán): Public officials "shall not lobby (...) on behalf of legal persons or organizations in three years after leaving office", ver www.tychakka.gov.tw/hakka2012/intro/sheet/upt.asp?pageno=1&uid=&con=&cid=&year=&month=&day=&key=&p0=19

referido a las estrategias y prácticas para lograr el cumplimiento⁴⁸ Los lobistas, en muchos países, deben adoptar sus códigos de conducta internos, como es el caso de Austria, y publicarlos⁴⁹.

Finalmente en la esfera internacional merece mencionarse el Global Compact de las Naciones Unidas “*Towards Responsible Lobbying*”⁵⁰ un Informe de gran importancia y profundidad⁵¹.

VI. ACCESO Y PARTICIPACIÓN

Tanto los grupos de presión como el público deben tener un acceso libre e igualitario a las decisiones de política para lograr mejores resultados y, en última instancia, una democracia más representativa y confiable. El derecho a participar incluye a todos los grupos y a la

48. “Countries should involve key actors in implementing a coherent spectrum of strategies and practices to achieve compliance”.

49. Section 7 Law on Lobbying (Austria).

50. UN Global Compact, *Towards Responsible Lobbying*, 2005, ver www.unglobalcompact.org/docs/news_events/8.1/rl_final.pdf

51. UN Global Compact, *Towards Responsible Lobbying*, 2005, page 9, “Policy making and business interests have always been intimately connected, and at times contentiously. Lobbying on behalf of the private sector, openly or surreptitiously, may arguably be the second-oldest profession on the planet. However, the process of globalization has drastically altered the scope and impact of lobbying over the last decades. And while corporations have broadened their reach and influence, calls for responsible business practices and more transparency have intensified. Fortunately, a growing number of businesses around the world have come to embrace the concept of corporate citizenship. The Global Compact alone, as the world’s largest voluntary corporate citizenship initiative, has grown to over 2100 participating businesses from more than 80 countries.

Corporate leaders everywhere have realized that the long-term value drivers of their business, better governance and improved environmental and social performance, all reinforce each other.

Regrettably, this thinking does not seem to have spread through all areas of corporate operations. We still see a widespread disconnect between businesses’ aspirations towards responsible corporate citizenship and their own lobbying efforts. It is precisely this lack of consistency that can undermine the credibility of corporate responsibility and diminish its benefits. For the Global Compact, corporate lobbying is thus naturally a key issue”.

población en general en la toma de decisiones en cuestiones de legislación y política, cualquiera sea el nivel del gobierno.

El derecho a participar es un fundamento de la democracia y la ciudadanía no debe solo votar, sino también formar parte en los procesos de toma de decisiones. Este derecho de participación está consagrado dentro de la Unión Europea en el Tratado de Lisboa que afirma: Cada ciudadano tendrá el derecho de participar en la vida democrática de la Unión. Las decisiones serán tomadas de forma abierta y lo más cercana posible al ciudadano⁵².

Esto se realiza dentro de un proceso de consulta pública, un marco legal donde hay participación en la sanción de una ley o grupo de leyes a través de la formulación, implementación y evaluación con mecanismos de información, audiencias e instrumentos para que se conozca la opinión pública en relación a determinadas políticas.

Es en estos marcos legales donde se deben explicitar los derechos de participación y cómo se ejercen ante el Gobierno. Los órganos de la Administración Pública deben esforzarse para promover estas consultas a través de diferentes canales. Estos incluyen no solo los boletines o diarios oficiales, sino medios de prensa *online* y redes sociales, para llegar a la mayor audiencia posible en relación al progreso de determinadas propuestas legislativas.

Si bien puede haber circunstancias en que la participación pública no es posible por razones de la materia o de tiempo, estos casos deben ser la excepción y no la norma. Cualquier derogación del derecho a la participación debe ser definida con anterioridad y aplicada estrictamente.

52. Article 10

1. The functioning of the Union shall be founded on representative democracy.
2. Citizens are directly represented at Union level in the European Parliament.

Member States are represented in the European Council by their Heads of State or Government and in the Council by their governments, themselves democratically accountable either to their national Parliaments, or to their citizens.

3. Every citizen shall have the right to participate in the democratic life of the Union. Decisions shall be taken as openly and as closely as possible to the citizen.

4. Political parties at European level contribute to forming European political awareness and to expressing the will of citizens of the Union.

También existe una obligación de las autoridades públicas de proveer igualdad de oportunidades para la participación a los grupos de interés y al público en general. Esta obligación se complementa proveyendo un periodo de consulta para la revisión de la materia por discutirse, fomentando la discusión mientras la decisión aún está abierta.

La participación en la toma de decisiones y la transparencia en la redacción del proyecto es esencial desde el comienzo, no solo en el transcurso de la discusión parlamentaria. Un ejemplo negativo es la práctica de publicar el proyecto de ley una vez que ha sido sometido al Parlamento o Congreso⁵³. En el Reino Unido, la *UK Cabinet Office* ha recomendado que para las consultas públicas el periodo sea de 12 semanas antes, siendo un instrumento las llamadas NPAs *Notice of Proposed Amendment*⁵⁴, y la Comisión Europea establece una ventana de 12 semanas para consultas públicas.

Estos resultados de las conversaciones o consultas deben publicarse mostrando cómo se han recibido y analizado los puntos de vista de los participantes. La transparencia y explicación de cómo las decisiones se toman y la acción de los sectores es vital, así como la explicación de cuáles puntos de vista no fueron tomados en cuenta. Así se puede observar e identificar si ha habido alguna influencia desproporcional en el proceso decisorio.

Las autoridades del Gobierno o la Administración deben otorgar una justificación por escrito de la negativa al derecho de participación, y aquellos a quienes se les ha negado tienen el derecho a contestar o apelar por medio de un procedimiento sumario que permita la participación si es autorizada por la instancia revisora.

53. TILMAN HOPPE, *Anti-Corruption Assessment of Laws ("Corruption Proofing")*, RCC/RAI publishing 2015, Chapter 2.1.2, pages 33 following, www.stt.lt/documents/soc_tyrimai/Comparative_Study-Methodology_on_Anti-corruption_Assessment_of_Laws_14_11_17.pdf

54. Ver <https://www.gov.uk/government/policies/government-transparency-and-accountability>

<https://www.gov.uk/government/publications/notice-of-proposed-amendments-npa-2014-documents>

La negativa a participar debe estar motivada y proporcionada. En relación a las guías sobre buenas prácticas en las consultas públicas, la OCDE entiende al llamado *Code of Practice on Consultation* en el Reino Unido como un ejemplo válido. Este contiene siete Principios⁵⁵

1. Con respecto al tiempo, la consulta formal debe tener lugar en un estadio donde aún exista posibilidad de influenciar el resultado de la política o decisión.
2. En relación a la duración, las consultas deben durar por lo menos doce semanas, pero si la situación lo requiere ese plazo puede extenderse.
3. Los documentos relacionados con la consulta deben ser claros sobre el proceso que se propone, el ámbito de influencia y el costo y beneficio de esas propuestas.
4. Las consultas deben ser accesibles y tener como objetivo aquellos individuos o grupos a los que se dirige.
5. Simplificar el proceso de consulta.
6. Las respuestas a las consultas deben ser analizadas cuidadosamente y dar respuestas e información a los participantes tras las consultas.
7. Los funcionarios deben buscar guía en relación con la efectividad de las campañas de consulta.

La Comisión Europea emite, en 2001, el *White Paper* sobre la Gobernanza Europea para reforzar la cultura de la consulta y el diálogo al nivel de la Unión e incrementar la legitimidad de las decisiones. En este se enfatiza la importancia de proveer claros documentos de consulta, conversar con los grupos relevantes, permitir la participación, publicar los resultados, y dar información posterior sobre estos⁵⁶.

55. Ver www.gov.uk/government/publications/consultation-principles-guidance. OECD's, "Better Regulation in Europe Project", ver www.oecd.org/gov/regulatory-policy/betterregulationineurope-theeu15project.htm

56. European Centre for Not-for-Profit Law, "Comparative Overview of European Standards and Practices in Regulating Public Participation", 2010, ver www.icnl.org/research/resources/ngogovcoop/. The European Institute of Public Participa-

Otro estándar sobre la participación pública es el de la organización no gubernamental *European Institute of Public Participation* (EIPP)⁵⁷.

Los llamados Comités de Expertos o de Consulta deben tener una composición balanceada que represente la diversidad de intereses y puntos de vista; existe una obligación legal por parte de la Administración Pública en lo referente a su composición. La información de expertos es esencial en la toma de decisiones públicas, ya que en muchos casos se relacionan con cuestiones de gran complejidad técnica, como la regulación de los mercados financieros o la contaminación ambiental, por citar solo dos. Los órganos de la Administración están obligados a hacer transparentes esos parámetros así como los documentos que son analizados por los grupos de expertos⁵⁸.

En la actividad parlamentaria, los expertos son presentados por los diferentes partidos y su nominación no es tan clara, ya que son realizadas informalmente y *ad hoc*.

No obstante, en algunos casos, el procedimiento para la elección o selección de expertos externos es establecido sobre la base de parámetros de gran formalidad. El Comité Económico y Social Europeo, órgano consultivo de la Unión Europea⁵⁹, y la Organización Mundial de la Salud establecen reglas en forma explícita sobre los grupos de consulta y su composición⁶⁰.

tion (EIPP), "Public Participation in Europe - An International Perspective", 2009, ver www.partizipation.at/fileadmin/media_data/Downloads/Zukunftsdiskurse-Studien/pp_in_e_report_03_06.pdf

57. Ver <http://www.citizensforeurope.eu/organisation/european-institute-for-public-participation>

58. Ver www.fda.gov/AdvisoryCommittees, which publishes the following information: "About Advisory Committees: How to become a member of an advisory committee, common questions, and the laws, regulations, and guidances that govern the committees; Committees & Meeting Materials: Committee information, charter, meeting materials, committee roster, etc; Advisory Committee Calendar: Confirmed and Tentatively Scheduled Meetings; Recently Updated Advisory Committee Materials: Meeting announcements, briefing materials, requests for nominations, and other important informatio".

59. Ver <https://www.esc.europa.eu/en>

60. WHO, Regulations for Expert Advisory Panels and Committees, Resolution WHA35.10, apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/regu-for-expert-en.pdf; European

Los grupos de expertos y de consulta están obligados a declarar y revelar cuáles son sus intereses y a qué grupos pertenecen antes de cualquier labor o ejercicio de función.

Un ejemplo de revelación de documentos de grupos de interés es el estándar de la Unión Europea a través de la decisión de la Comisión que establece un grupo de expertos⁶¹. El Artículo 4.8 establece que los nombres de los individuos que representen un interés serán publicados en un Registro y el interés será revelado. El Artículo 11, a su vez, establece que al inicio de cada reunión cualquier experto cuya participación en el grupo pudiera generar un conflicto de interés debe informar al Presidente.

Algunos Estados otorgan incentivos o privilegios a los lobistas, como acceso preferencial a reuniones o invitaciones o consultas públicas, con respecto a los temas en los cuales ha registrado un interés⁶². Estas disposiciones, si existen, plantean temas de carácter constitucional referidos al principio de igualdad, porque los ciudadanos tienen los mismos derechos y deben ser participados a consultas públicas en referencia a materias de su interés.

VII. SUPERVISIÓN, CONTROL Y SANCIONES

Es necesario que exista una supervisión adecuada y una regulación efectiva de las operaciones de *lobby* así como un sistema de sanciones eficientes en caso de violación de las disposiciones. El control y las sanciones forman parte de cualquier sistema que pretenda la integridad. En consecuencia, la OCDE, en sus Principios, exhorta a que

Union Register of Expert Groups and Other Similar Entities, ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=faq.faq&aide=2

61. SEC(2010) 1360 final, Annex II, ec.europa.eu/transparency/regexpert/PDF/SEC_2010_EN.pdf

62. European Parliament Transparency of lobbying in Member States Comparative analysis EPRS | European Parliamentary Research Service Transparency Unit April 2016. www.europarl.europa.eu/EPRS/Transparency_of_lobbying_in

las regulaciones de esta actividad provean mecanismos para la efectiva implementación, cumplimiento y revisión⁶³.

Se deben crear órganos independientes con mandatos claros, autonomía de recursos, con la misión de manejar el registro de lobistas, relevar conflictos de interés que puedan surgir, publicar informaciones, monitorear el cumplimiento e investigar quejas o reclamos. Lo más importante en relación con este órgano es su independencia frente a los funcionarios o Poderes que debe controlar, de allí la necesidad de su autonomía financiera y la claridad en el proceso de nombramiento, para que ejerzan con eficiencia las labores de vigilancia.

Estos cuerpos ofrecen asesoramiento y entrenamiento a lobistas y funcionarios públicos en la aplicación de las leyes, y en los informes, transmitiendo al público los desarrollos y promoviendo la buena práctica en la actividad, siendo uno de los ejemplos la ley de Irlanda. Es necesaria la estructuración de mecanismos que permita reportar las violaciones, sea en forma pública, confidencial o aun anónima, e informar sobre los resultados de la investigación.

En relación con las sanciones, tanto lobistas como funcionarios públicos deben estar sujetos a sanciones efectivas, proporcionadas y disuasivas por violación de las reglas. Estas deben tener una graduación que incluya la posibilidad de acciones penales, retiro del registro en forma temporaria o definitiva y procesos administrativos contra los funcionarios públicos. Con respecto a los contratos realizados en violación a disposiciones esenciales, estos deben ser considerados nulos, con responsabilidad civil y penal conjunta de funcionarios y lobistas. Es el supuesto de la legislación norteamericana que impone sanciones penales de hasta cinco años de prisión⁶⁴.

63. Principle IV. OECD', "10 Principles for Transparency and Integrity in Lobbying" ..

64. 2 U.S.C. 1606 (b): "Whoever knowingly and corruptly fails to comply with any provision of this Act shall be imprisoned for not more than 5 years or fined under title 18, United States Code, or both", ver www.senate.gov/legislative/Lobbying/Lobby_Disclosure_Act/7_Penalties.htm

VIII. MARCO REGULATORIO

La regulación del *lobby* debe tener en cuenta el contexto local. Los Principios de la OCDE exhortan a los Estados a que tomen en cuenta el marco regulatorio y político para apoyar una cultura de la transparencia y la integridad. “Esto incluye la consulta y la participación, el derecho a peticionar al Gobierno, la libertad de información legislativa, las reglas sobre partidos políticos y campañas electorales, los códigos de conducta de los funcionarios públicos y lobistas, mecanismos de regulación y supervisión y disposiciones efectivas contra la influencia ilícita”⁶⁵.

Es importante tener en cuenta el contexto local para evitar marcos regulatorios esquemáticos copiados de diferentes realidades, que no tengan en cuenta las particularidades de cada Estado. Esto significa saber quiénes son los lobistas, qué información deben dar al registrarse, cómo legislar estas situaciones y determinar si la participación actual cumple con los estándares éticos y de transparencia que deben tener la normas⁶⁶.

Esta regulación debe realizarse dentro de un marco más amplio, de lo contrario, puede ser fútil o ineficiente. Ese marco se refiere especialmente a las leyes y políticas relacionadas con: a) tráfico de influencias, sobornos y otras prácticas corruptas; b) límites y transparencia en la financiación de campañas y partidos políticos; c) supervisión de mecanismos y procesos de licitaciones públicas y beneficios del Estado; d) independencia de los medios periodísticos; e) negociaciones colectivas laborales; f) protección a informantes; g) procesos legislativos y revisión de actos administrativos y sentencias judiciales; h) derecho a la libertad de expresión, reunión y petición ante las autoridades.

El soborno es la forma más directa de un *lobby ilícito*, ya que el acto busca influenciar a un funcionario público, y las normas internacionales lo prohíben sin excepción⁶⁷.

65. OECD's, “10 Principles for Transparency and Integrity in Lobbying”.

66. Ver www.oecd.org/publications/lobbyists-governments-and-public-trust-volume-1-9789264073371-en.htm

67. OECD, Corruption – A Glossary of International Standards in Criminal Law, 2008, chapter 3, ver www.oecd.org/daf/anti-bribery/corruptionglossaryofinternationalcriminalstandards.htm

El tráfico de influencias se da cuando una persona tiene influencia en forma real o aparente sobre los procesos de decisión de funcionarios públicos, e intercambia esa influencia por dinero u otras ventajas. El delito se enfoca en aquellos que están en las vecindades del poder y que influenciando tratan de obtener ventajas, pero no en quien toma las decisiones⁶⁸. Si bien las Convenciones Internacionales lo penan, es opcional para los Estados adoptar este delito⁶⁹.

El registro de lobistas así puede facilitar que se descubra en qué caso el *lobby* encierra corrupción, como se ejemplificó en el caso de Jack Abramoff en los Estados Unidos⁷⁰.

Las normas relativas a la financiación de los partidos políticos deben ser claras y cumplidas con determinación para evitar que determinadas donaciones resulten, en el caso en que este llegue a la victoria electoral, a otorgar un tratamiento especial a aquellos que aportaron para esa victoria.

Sin olvidar las legislaciones de los Estados, en el ámbito internacional, existen una serie de parámetros en este contexto: como la Comisión de Venecia del Consejo de Europa, las Guías de Regulación de

68. OECD, Corruption – A Glossary of International Standards in Criminal Law, 2008, chapter 3, ver www.oecd.org/daf/anti-bribery/corruptionglossaryofinternationalstandards.htm.

69. Artículo 18. Tráfico de influencias. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público o a cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido que redunde en provecho del instigador original del acto o de cualquier otra persona.

b) La solicitud o aceptación por un funcionario público o cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su provecho o el de otra persona con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido.

Ver www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/.

70. The Fast Rise and Steep Fall of Jack Abramoff By Susan Schmidt and James V. Grimaldi Washington Post Staff Writers Thursday, December 29, 2005, ver <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2005/12/28/AR2005122801588.html>

los Partidos Políticos de la OSCE Organización para la Seguridad y Cooperación Europea ODIRH⁷¹ y las *Common Rules against Corruption in the Funding of Political Parties and Electoral Campaigns*⁷².

La influencia indebida a través del *lobby* es un riesgo importante cuando hay intereses económicos o financieros en juego, especialmente si se relaciona con los préstamos a los gobiernos las licitaciones públicas, compras del Estado y otros beneficios que este otorga, o sea, los denominados derechos prestacionales, créditos o subsidios. Tanto la OCDE como la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Comercial Internacional han establecido guías al respecto⁷³.

Estas actividades pueden asumir la forma de influencias a través de los medios de difusión que buscan con sus agendas *dirigir* a los funcionarios públicos y a la opinión pública en general⁷⁴, pero mientras lo hagan en forma libre e independiente no es técnicamente *lobby*. No obstante, en la práctica, muchos medios son propiedad de grupos que tienen determinados intereses y buscan influenciar personas y decisiones a través del contenido editorial. De allí que se intente evitar que estos medios pierdan la independencia por presiones financieras, existiendo al respecto estándares generales⁷⁵.

El Consejo de Europa en su Resolución Parlamentaria 1636 de 2008, exhorta a los periodistas a revelar a sus lectores los intereses

71. Organization for Security and Cooperation in Europe. Office for Democratic Institutions and Human Rights, ver <https://www.osce.org/odihr>

OSCE/ODIHR and Venice Commission, Guidelines on political party regulation, 25 October 2010, Study no. 595/2010, CDLAD(2010)024, ver www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD%282010%29024-e

72. Of 8 April 2003 (Committee of Ministers Recommendation Rec(2003)4), wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=2183

73. Ver www.oecd.org/gov/ethics/oecdlegalinstrumentsoncorruptionprevention.htm. UNCITRAL Model Law on Public Procurement (2011)

Ver www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2011Model.html

74. Si bien demasiado reciente, es válido el análisis de las acciones de Cambridge Analytica en relación a diversos procesos electorales.

Ver <https://www.theguardian.com/uk-news/2018/mar/24/brexit-whistleblower-shahmir-sanni-interview-vote-leave-cambridge-analytica>

75. Ver ec.europa.eu/digital-agenda/en/media-freedom-pluralism

políticos y financieros que tengan y a los medios de difusión a actuar con independencia respecto de sus dueños⁷⁶.

Los sindicatos son grupos de interés muy poderosos, y no deben quedar exentos de las regulaciones de los *lobbies*. El registro de la actividad no afecta el derecho constitucional de negociación colectiva sino que solo lo hace más transparente⁷⁷.

La protección a los informantes es esencial si quienes están dentro de los estamentos corporativos o grupos de interés están en condiciones de reportar situaciones de inconducta. El reporte de violaciones a las disposiciones que regulan las actividades debe estar explícitamente incluidos en la protección a informantes (*whistleblowers*). Al respecto el Consejo de Europa adoptó, en el año 2013, una regla estándar sobre la materia⁷⁸.

IX. LA SITUACIÓN EN LA ARGENTINA

En nuestra organización institucional, han existido muchos proyectos, varios en trámite.

La reforma constitucional de 1994 planteó en el art. 36 una dura prevención contra el enriquecimiento a costa del erario público y la necesidad de dictar una ley de ética pública, lo que implicó introducir los conceptos de transparencia y responsabilidad. Esta ley 25.188 de 1999 establece un conjunto de deberes, prohibiciones e incompatibilidades a quienes se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías, en forma permanente o transitoria, por elección popular, designación directa, por concurso o por cualquier otro medio legal; su aplicación se extiende a todos los magistrados, funcionarios y empleados del Estado. La complementan normas penales, así como varios decretos reglamentarios (de la referida ley dec. 164/99),

76. Ver www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/Whistleblowers/protecting_whistleblowers_en.as

77. JAMES FULCHER, *Labor Movements, Employers and the State. Conflict and Co-operation in Britain and Sweden*, Oxford: Clarendon Press, 1991, 367 págs.

78. Ver www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/Whistleblowers/protecting_whistleblowers_en.asp

de la oficina de Ética Pública (decs. 152 y 879/97), del Código de Ética para la Función Pública (dec. 41/99), del régimen de obsequios a funcionarios (dec. 1179/16) y rigen distintos regímenes de declaraciones juradas.

Asimismo rigen tratados internacionales suscriptos, comenzando por la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por la ley 24.579, de 1997, que junto con la reciente ley 27.401 de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, dan cuerpo a un marco, si bien impreciso. Es notorio que empresas, sindicatos y pretendidas asociaciones de bien público gestionan y presionan sin regulación ni transparencia, invocando muchas veces intereses generales, pero realmente defendiendo causas y privilegios particulares, y en muchas situaciones en perjuicio de otros intereses de igual relevancia, resultando, en definitiva, una afectación ineludible del bien común.

Por tanto, dentro de la medida propuesta por la convención para impedir el soborno de funcionarios y estimular la participación de la sociedad civil, una regulación de los *lobbies* es una instancia imprescindible que no debiera demorarse más.

X. CONCLUSIONES

El derecho a expresar las preocupaciones e intereses, y en consecuencia influir en las políticas públicas, es fundamental para un sistema democrático y republicano. Es este un derecho que no solo corresponde a los ciudadanos sino a los grupos que representan intereses colectivos. Las empresas, los sindicatos, las asociaciones, los Colegios profesionales, universidades y academias, la Iglesia y las distintas confesiones tienen derecho a ejercer sus derechos de petición y de realizar *lobby*, sea en aras de sus propios intereses o de aquellos más amplios en un marco económico social o ambiental.

El problema, a pesar de la existencia de las normas analizadas, dista aún de ser resuelto, pues abundan los ejemplos de entidades y empresas locales o multinacionales que ostentan o declaman estos principios y aparecen, luego, en conductas contradictorias a través de prácticas de *lobby* en los umbrales de la corrupción. Si las empresas –y

esto también se extiende a las organizaciones no gubernamentales—, quieren continuar manteniendo la confianza de las sociedades y retener su derecho a influenciar conductas deben ser coherentes entre lo dicho y lo hecho.

Lo mismo se puede afirmar de los otros actores en la sociedad, como los sindicatos y las ONG, o los colegios profesionales. Si bien hay un derecho a petionar, que redunde, sin duda, en un consiguiente derecho a que esa petición sea oída, con la posibilidad legítima de alcanzar la finalidad de influenciar en decisiones de legislación o gobierno, deben ser acatadas las reglas básicas de leal transparencia y responsabilidad en su ejercicio. Sean las voluntarias como los códigos de ética o los regímenes de auditoría y control interno, y también las que se legislen para el contralor externo.

Aún así hay riesgos. En particular, la pérdida de legitimidad. Lo que un tiempo fue una conducta de individuos apasionados se ha convertido en una industria gigantesca con recursos que pueden competir con los políticos o los funcionarios públicos. Es que muchas veces la ley no se cumple, o solo parcialmente, y demasiada influencia queda en manos de individuos o corporaciones con intereses *exclusivos* de carácter comercial o nacional, relacionados con una visión determinada de cómo la sociedad debe cambiar. El enorme potencial del *lobbying* y su influencia en el mundo de la política, en consecuencia, debe ser regulado en forma efectiva, y asumido por el conjunto de la sociedad.

Aunque las relaciones entre los Gobiernos y los actores no estatales, como las corporaciones o sindicatos, son diferentes en el ámbito local, nacional e internacional, de allí que deban ser entendidas y analizadas en su contexto, las instancias de participación en los procesos legislativos deben ser abiertas y transparentes desde sus primeras etapas para permitir el escrutinio o análisis del público. Aun la posibilidad de mecanismos acelerados de aprobación de leyes no debe ser óbice para reducir la participación popular. Con respecto a las decisiones de los poderes judiciales y administrativos, deben existir instancias de apelación y revisión imparciales que ejerzan control sobre prácticas indebidas dentro de un marco normativo general.

Es útil como colofón recordar las palabras al respecto de James Madison en El Federalista N° 10, pues son una clara lección de polí-

tica y mantienen toda su vigencia, demostrando lo perenne de ciertas cuestiones⁷⁹.

79. De El Correo de Nueva York, viernes 23 de noviembre de 1787.

El Federalista X. Madison. Al Pueblo del Estado de Nueva York: Entre las numerosas ventajas que ofrece una Unión bien estructurada, ninguna merece ser desarrollada con más precisión que su tendencia a suavizar y dominar la violencia del espíritu de partido. Nada produce al amigo de los gobiernos populares más inquietud acerca de su carácter y su destino que observar su propensión a este peligroso vicio. No dejará, por lo tanto, de prestar el debido valor a cualquier plan que, sin violar los principios que profesa, proporcione un remedio apropiado para ese defecto. La falta de fijeza, la injusticia y la confusión a que abre la puerta en las asambleas públicas, han sido realmente las enfermedades mortales que han hecho perecer a todo gobierno popular; y hoy siguen siendo los tópicos predilectos y fecundos de los que los adversarios de la libertad obtienen sus más plausibles declamaciones.

Nunca admiraremos bastante el valioso adelanto que representan las constituciones americanas sobre los modelos de gobierno popular, tanto antiguos como modernos; pero sería de una imperdonable parcialidad sostener que, a este respecto, han apartado el peligro de modo tan efectivo como se deseaba y esperaba. Los ciudadanos más prudentes y virtuosos, tan amigos de la buena fe pública y privada como de la libertad pública y personal, se quejan de que nuestros gobiernos son demasiado inestables, de que el bien público se descuida en el conflicto de los partidos rivales y de que con harta frecuencia se aprueban medidas no conformes con las normas de la justicia y los derechos del partido más débil, impuestas por la fuerza superior de una mayoría interesada y dominadora.

Aunque desearíamos vivamente que esas quejas no tuvieran fundamento, la evidencia de hechos bien conocidos no nos permite negar que son hasta cierto grado verdaderas. Es muy cierto que si nuestra situación se revisa sin prejuicios, se encontrará que algunas de las calamidades que nos abruman se consideran erróneamente como obra de nuestros gobiernos; pero se descubrirá al mismo tiempo que las demás causas son insuficientes para explicar, por sí solas, muchos de nuestros más graves infortunios y, especialmente, la actual desconfianza, cada vez más intensa, hacia los compromisos públicos, y la alarma respecto a los derechos privados, que resuenan de un extremo a otro del continente. Estos efectos se deben achacar, principalmente si no en su totalidad, a la inconstancia y la injusticia con que un espíritu faccioso ha corrompido nuestra administración pública.

Por facción entiendo cierto número de ciudadanos, estén en mayoría o en minoría, que actúan movidos por el impulso de una pasión común, o por un interés adverso a los derechos de los demás ciudadanos o a los intereses permanentes de la comunidad considerada en conjunto.

Hay dos maneras de evitar los males del espíritu de partido: una consiste en suprimir sus causas, la otra, en reprimir sus efectos.

Hay también dos métodos para hacer desaparecer las causas del espíritu de partido: destruir la libertad esencial a su existencia, o dar a cada ciudadano las mismas opiniones, las mismas pasiones y los mismos intereses.

Del primer remedio puede decirse con verdad que es peor que el mal perseguido. La libertad es al espíritu faccioso lo que el aire al fuego, un alimento sin el cual extingue. Pero no sería menor locura suprimir la libertad, que es esencial para la vida política, porque nutre a las acciones, que el desear la desaparición del aire, indispensable a la vida animal, porque comunica al fuego su energía destructora.

El segundo medio es tan impracticable como absurdo el primero. Mientras la razón humana no sea infalible y tengamos libertad para ejercerla, habrá distintas opiniones.

Mientras exista una relación entre la razón y el amor de sí mismo, las pasiones y las opiniones influirán unas sobre otras y las últimas se adherirán a las primeras. La diversidad en las facultades del hombre, donde se origina el derecho de propiedad, es un obstáculo insuperable a la unanimidad de los intereses. El primer objeto del gobierno es la protección de esas facultades. La protección de facultades diferentes y desiguales para adquirir propiedad, produce inmediatamente la existencia de diferencias en cuanto a la naturaleza y extensión de la misma; y la influencia de estas sobre los sentimientos y opiniones de los respectivos propietarios, determina la división de la sociedad en diferentes intereses y partidos.

Como se demuestra, las causas latentes de la división en facciones tienen su origen en la naturaleza del hombre; y las vemos por todas partes que alcanzan distintos grados de actividad según las circunstancias de la sociedad civil. El celo por diferentes opiniones respecto al gobierno, la religión y muchos otros puntos, tanto teóricos como prácticos; el apego a distintos caudillos en lucha ambiciosa por la supremacía y el poder, o a personas de otra clase cuyo destino ha interesado a las pasiones humanas, han dividido los hombres en bandos, los han inflamado de mutua animosidad y han hecho que estén mucho más dispuestos a molestar y oprimirse unos a otros que a cooperar para el bien común. Es tan fuerte la propensión de la humanidad a caer en animadversiones mutuas, que cuando le faltan verdaderos motivos, los más frívolos e imaginarios pretextos han bastado para encender su enemistad y suscitar los más violentos conflictos. Sin embargo, la fuente de discordia más común y persistente es la desigualdad en la distribución de las propiedades.

Los propietarios y los que carecen de bienes han formado siempre distintos bandos sociales. Entre acreedores y deudores existe una diferencia semejante. Un interés de los propietarios raíces, otro de los fabricantes, otro de los comerciantes, uno más de los grupos adinerados y otros intereses menores, surgen por necesidad en las naciones civilizadas y las dividen en distintas clases, a las que mueven diferentes sentimientos y puntos de vista. La ordenación de tan variados y opuestos intereses constituye la tarea primordial de la legislación moderna, pero hace intervenir al espíritu de partido y de bandería en las operaciones necesarias y ordinarias del gobierno.

Ningún hombre puede ser juez en su propia causa, porque su interés es seguro que privaría de imparcialidad a su decisión y es probable que también corrompería su integridad. Por el mismo motivo, más aún, por mayor razón, un conjunto de hombres no puede ser juez y parte a un tiempo; y, sin embargo, ¿qué son los actos más importantes de la legislatura sino otras tantas decisiones judiciales, que ciertamente no se refieren a los derechos de una sola persona, pero interesan a los dos grandes conjuntos de ciudadanos? ¿Y qué son las diferentes clases de legislaturas, sino abogados y partes en las causas que resuelven? ¿Se propone una ley con relación a las deudas privadas? Es una controversia en que de un lado son parte los acreedores y de otro los deudores. La justicia debería mantener un equilibrio entre ambas. Pero los jueces lo son los partidos mismos y deben serlo; y hay que contar con que el partido más numeroso o, dicho en otras palabras, el bando más fuerte, prevalezca. ¿Las industrias domésticas deben ser estimuladas, y si es así, en qué grado, imponiendo restricciones a las manufacturas extranjeras? He aquí asuntos que las clases propietarias decidirán de modo diferente que las fabriles, y en que probablemente ninguna de las dos se atendería únicamente a la justicia ni al bien público. La fijación de los impuestos que han de recaer sobre las distintas clases de propiedades parece requerir la imparcialidad más absoluta; sin embargo, tal vez no existe un acto legislativo que ofrezca al partido dominante mayor oportunidad ni más tentaciones para pisotear las reglas de la justicia.

Cada chelín con que sobrecarga a la minoría es un chelín que ahorra en sus propios bolsillos.

Es inútil afirmar que estadistas ilustrados conseguirán coordinar estos opuestos intereses, haciendo que todos ellos se plieguen al bien público. No siempre llevarán el timón estos estadistas. Ni en muchos casos puede efectuarse semejante coordinación sin tener en cuenta remotas e indirectas consideraciones, que rara vez prevalecerán sobre el interés inmediato de un partido en hacer caso omiso de los derechos de otro o del bien de todos.

La conclusión a la que debemos llegar es que las causas del espíritu de facción no pueden suprimirse y que el mal solo puede evitarse teniendo a raya sus efectos.

Si un bando no tiene la mayoría, el remedio lo proporciona el principio republicano que permite a esta última frustrar los siniestros proyectos de aquél mediante una votación regular. Una facción podrá entorpecer la administración, trastornar a la sociedad; pero no podrá poner en práctica su violencia ni enmascararla bajo las formas de la Constitución. En cambio, cuando un bando abarca la mayoría, la forma del gobierno popular le permite sacrificar a su pasión dominante y a su interés, tanto el bien público como los derechos de los demás ciudadanos. Poner el bien público y los derechos privados a salvo del peligro de una facción semejante y preservar a la vez el espíritu y la forma del gobierno popular es en tal caso el magno término de nuestras investigaciones. Permítaseme añadir que es el gran desiderátum que rescatará a esta

forma de gobierno del oprobio que tanto tiempo la ha abrumado y la encomendará a la estimación y la adopción del género humano.

¿Qué medios harán posible alcanzar este fin? Evidentemente que solo uno de dos. O bien debe evitarse la existencia de la misma pasión o interés en una mayoría al mismo tiempo, o si ya existe tal mayoría, con esa coincidencia de pasiones o intereses, se debe incapacitar a los individuos que la componen, aprovechando su número y situación local, para ponerse de acuerdo y llevar a efecto sus proyectos opresores. Si se consiente que la inclinación y la oportunidad coincidan, bien sabemos que no se puede contar con motivos morales ni religiosos para contenerla. No son frenos bastantes para la injusticia y violencia de los hombres, y pierden su eficacia en proporción al número de estos que se reúnen, es decir, en la proporción en que esta eficacia se hace necesaria.

Este examen del problema permite concluir que una democracia pura, por la que entiendo una sociedad integrada por un reducido número de ciudadanos, que se reúnen y administran personalmente el gobierno, no puede evitar los peligros del espíritu sectario. En casi todos los casos, la mayoría sentirá un interés o una pasión comunes; la misma forma de gobierno producirá una comunicación y un acuerdo constantes; y nada podrá atajar las circunstancias que incitan a sacrificar al partido más débil o a algún sujeto odiado. Por eso estas democracias han dado siempre el espectáculo de su turbulencia y sus pugnas; por eso han sido siempre incompatibles con la seguridad personal y los derechos de propiedad; y por eso, sobre todo, han sido tan breves sus vidas como violentas sus muertes. Los políticos teóricos que han patrocinado estas formas de gobierno han supuesto erróneamente que reduciendo los derechos políticos del género humano a una absoluta igualdad, podrían al mismo tiempo igualar e identificar por completo sus posesiones, pasiones y opiniones.

Una república, o sea, un gobierno en que tiene efecto el sistema de la representación, ofrece distintas perspectivas y promete el remedio que buscamos. Examinemos en qué puntos se distingue de la democracia pura y entonces comprenderemos tanto la índole del remedio cuanto la eficacia que ha de derivar de la Unión.

Las dos grandes diferencias entre una democracia y una república son: primera, que en la segunda se delega la facultad de gobierno en un pequeño número de ciudadanos, elegidos por el resto; segunda, que la república puede comprender un número más grande de ciudadanos y una mayor extensión de territorio.

El efecto de la primera diferencia consiste, por una parte, en que afina y amplía la opinión pública, pasándola por el tamiz de un grupo escogido de ciudadanos, cuya prudencia puede discernir mejor el verdadero interés de su país, y cuyo patriotismo y amor a la justicia no estará dispuesto a sacrificarlo ante consideraciones parciales o de orden temporal. Con este sistema, es muy posible que la voz pública, expresada por los representantes del pueblo, este más en consonancia con el bien público que si la expresara el pueblo mismo, convocado con ese fin. Por otra parte, el efecto puede ser el inverso. Hombres de natural revoltoso, con prejuicios locales o designios siniestros,

pueden empezar por obtener los votos del pueblo por medio de intrigas, de la corrupción o por otros medios, para traicionar después sus intereses. De aquí se deduce la siguiente cuestión: ¿son las pequeñas repúblicas o las grandes quienes favorecen la elección de los más aptos custodios del bienestar público? Y la respuesta está bien clara a favor de las últimas por dos evidentes razones:

En primer lugar, debe observarse que por pequeña que sea una república sus representantes deben llegar a cierto número para evitar las maquinaciones de unos pocos, y que, por grande que sea, dichos representantes deben limitarse a determinada cifra para precaverse contra la confusión que produce una multitud. Por lo tanto, como en los dos casos el número de representantes no está en proporción al de los votantes, y es proporcionalmente más grande en la república más pequeña, se deduce que si la proporción de personas idóneas no es menor en la república grande que en la pequeña, la primera tendrá mayor campo en que escoger y consiguientemente más probabilidad de hacer una selección adecuada.

En segundo lugar, como cada representante será elegido por un número mayor de electores en la república grande que en la pequeña, les será más difícil a los malos candidatos poner en juego con éxito los trucos mediante los cuales se ganan con frecuencia las elecciones; y como el pueblo votará más libremente, es probable que elegirá a los que posean más méritos y una reputación más extendida y sólida.

Debo confesar que en este, como en casi todos los casos, hay un término medio, ambos lados del cual se encontrarán inconvenientes. Ampliando mucho el número de los electores, se corre el riesgo de que el representante esté poco familiarizado con las circunstancias locales y con los intereses menos importantes de aquellos; y reduciéndolo demasiado, se ata al representante excesivamente a estos intereses, y se le incapacita para comprender los grandes fines nacionales y dedicarse a ellos. En este aspecto la Constitución federal constituye una mezcla feliz; los grandes intereses generales se encomiendan a la legislatura nacional, y los particulares y locales a la de cada Estado.

La otra diferencia estriba en que el gobierno republicano puede regir a un número mucho mayor de ciudadanos y una extensión territorial más importante que el gobierno democrático; y es principalmente esta circunstancia la que hace menos temibles las combinaciones facciosas en el primero que en este último. Cuanto más pequeña es una sociedad, más escasos serán los distintos partidos e intereses que la componen; cuanto más escasos son los distintos partidos e intereses, más frecuente es que el mismo partido tenga la mayoría; y cuanto menor es el número de individuos que componen esa mayoría y menor el círculo en que se mueven, mayor será la facilidad con que podrán concertarse y ejecutar sus planes opresores. Ampliad la esfera de acción y admitiréis una mayor variedad de partidos de intereses; haréis menos probable que una mayoría del total tenga motivo para usurpar los derechos de los demás ciudadanos; y si ese motivo existe, les será más difícil a todos los que lo sienten descubrir su propia fuerza, y obrar todos de concierto. Fuera de otros impedimentos, debe señalarse que cuando existe la conciencia de que se abriga un propósito injusto

o indigno, la comunicación suele ser reprimida por la desconfianza, en proporción al número cuya cooperación es necesaria.

De lo anterior se deduce claramente que la misma ventaja que posee la república sobre la democracia, al tener a raya los efectos del espíritu de partido, la tiene una república grande en comparación a una pequeña y la posee la Unión sobre los Estados que los virtuosos sentimientos e ilustrada inteligencia los hacen superar los prejuicios locales y los proyectos injustos? No puede negarse que la representación de la Unión tiene mayores probabilidades de poseer esas necesarias dotes. ¿Consiste acaso en la mayor seguridad que ofrece la diversidad de partidos, contra el advenimiento de uno que supere y oprima al resto? La creciente variedad de los partidos que integran la Unión, aumenta en igual grado esta seguridad. ¿Consiste, finalmente, en los mayores obstáculos que se oponen a que se pongan de acuerdo y se realicen los deseos secretos de una mayoría injusta e interesada? Aquí, una vez más, la extensión de la Unión otorga a esta su ventaja más palpable.

La influencia de los líderes facciosos puede prender una llama en su propio Estado, pero no logrará propagar una conflagración general en los restantes. Una secta religiosa puede degenerar en bando político en una parte de la Confederación; pero las distintas sectas dispersas por toda su superficie pondrán a las asambleas nacionales a salvo desemejante peligro. El entusiasmo por el papel moneda, por la abolición de las deudas, por el reparto de la propiedad, o a favor de cualquier otro proyecto disparatado o pernicioso, invadirá menos fácilmente el cuerpo entero de la Unión que un miembro determinado de ella; en la misma proporción que esa enfermedad puede contagiar a un solo condado o distrito, pero no a todo un Estado. En la magnitud y en la organización adecuada de la Unión, por tanto, encontramos el remedio republicano para las enfermedades más comunes de ese régimen. Y mientras mayor placer y orgullo sintamos en ser republicanos, mayor debe ser nuestro celo por estimar el espíritu y apoyar la calidad de Federalistas”.

PUBLIO.

Ver http://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed10.asp