
Nadie le reza a un santo sino para pedirle favores

Reflexiones preliminares sobre el *lobbying*

Luis José Díez Canseco Núñez

Abogado, LL.M. Profesor de Derecho de la Competencia y Derecho de la Propiedad Industrial en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1 Al son que me tocan bailo (perspectiva un poco exagerada de las cosas).

Los peruanos somos propensos a enfrentar situaciones o resolver conflictos mediante el contacto personal y discreto. Las frases típicas que denotan esta actitud son: “sin que otros se enteren” o “entre tú y yo”. Somos una sociedad que aborrece la confrontación directa y a decir las cosas como son. En efecto, nos perturba e, incluso, menospreciamos la plática abierta y franca so pena de considerar conflictiva a la persona que lo hace. Preferimos recurrir a los buenos oficios, a la amistad, a la sonrisa forzada, a las medias verdades y, en general, a lo que se expresa mediante el peruánísimo “dicen” en los casos en que se quiere adelantar una opinión propia sin comprometerse, y que llega al paroxismo con el “cómo será pues”, que constituye la respuesta usual cuando no se quiere brindar una opinión definitiva sobre la cuestión planteada por nuestro interlocutor.

Lo señalado anteriormente pone de relieve nuestra endémica y cortesana incapacidad de discrepar abiertamente y, en cuanto a los vínculos con el poder, somos lo más afín al Whitehall de los Tódor, al Versalles de los Borbones o al Tsarkoie Selo de los Rómanov, en el que la confrontación estaba muy mal vista, y el secreto, las palabras al oído y el chisme eran los mecanismos usuales para brindar opiniones, resolver problemas y perjudicar intereses de terceros.

Del mismo modo, en un país en el que no existe la “meritocracia” e impera la “amigocracia”; el refrán “dime con quién andas y te diré quién eres” resulta revelador de la manera cómo se logran ciertos objetivos. Por ejemplo, cuando se produce un cambio en las esferas del poder, se generan instantáneamente reacomodos de lealtades y amistades puesto que el “andar” con los altos

funcionarios del gobierno de turno pondrá de relieve el “quién eres” y, como consecuencia, las posibilidades de conseguir alguna ventaja. En efecto, afirmaciones como “soy amigo del ministro” o “tengo acceso al poder” o preguntas tales como “¿qué puertas abres?” o “¿a quién conoces?”, poseen un valor extraordinario para cualquiera que tiene un interés concreto y desea lograr algo. En definitiva, somos una sociedad con el extraordinario don para aprender nuevos bailes. Así, pasamos de la marinera norteña a la tecnocumbia y, sin mayor traspies, a las danzas vernaculares.

Ahora bien, si a pesar de los mejores esfuerzos para dominar el baile de moda, los vericuetos no llegan a impresionar; no habrá más remedio que plantarse en firme y recurrir a las consabidas “medidas de fuerza” o a la denominada “protesta ciudadana”. Por ello, con relativa frecuencia los medios de comunicación cubren noticias que giran alrededor de huelgas, manifestaciones callejeras, roturas de vidrios, incendio de neumáticos en las carreteras, y avenidas bloqueadas. Del mismo modo, tratándose de personas individuales podemos leer titulares que reseñan las declaraciones de zutano, las revelaciones de mengano o el escándalo de perencejo. En resumen, en tanto que la gestión personal discreta y amical no cumpla sus objetivos, no quedará otra alternativa que acudir a la notoriedad, la confrontación e, incluso, la batahola.

Sin embargo, en la mayoría de los casos, por no decir la totalidad, quienes recurren a las medidas de fuerza no son precisamente los grupos con poder económico. Por ejemplo: ¿alguna vez hemos visto a los representantes de los gremios empresariales marchando por las calles con pancartas y megáfonos gritando “el empresariado unido jamás será vencido”? ¿alguna vez hemos leído en los periódicos que los miembros de directorios, los gerentes o los altos funcionarios de

nuestras empresas han hecho caravanas de automóviles último modelo protestando por alguna medida que les pudiera afectar? Ello no suele ocurrir puesto que normalmente manifiestan sus intereses a través del contacto personal y, en casos extremos, mediante comunicados de prensa. Ello es lo propio y elegante.

A diferencia de estos últimos, quienes si hacen uso de las medidas de fuerza son los sectores con menor educación y escasos recursos. En efecto, en un país con clases dominantes -que es diferente de dirigentes-, son los más pobres quienes se ven en la obligación de emplear medios que obviamente perturban a un amplio sector de la población.

No pretendemos justificar las medidas de fuerza. Siempre han sido y serán inaceptables. Tan sólo intentamos brindar una explicación.

En efecto, como los sectores menos favorecidos de la población peruana no tienen acceso al poder, normalmente son desoídos o no son tomados en cuenta. Ellos adolecen de recursos para contratar agencias de comunicación o de relaciones públicas. Y como tampoco pueden tocar puertas discretamente o pasar con facilidad a la antesala del poder, no tienen otra alternativa que gritar en la calle para que la autoridad los mire con cierto desdén desde las alturas de una ventana y, llegado el momento, les conceda la gracia de recibirlos y escucharlos.

Según lo expuesto hasta ahora, existen dos formas diametralmente opuestas para gestionar intereses: el susurro y el bullicio. El primero es elitista, el segundo popular. Uno es elegante y entre amigotes en el marco de un club de golf o en el restaurante de moda. El otro es rampón y entre personas a las que apenas se les dirige la palabra salvo que sea indispensable: "oiga, lléneme el tanque". Esta constituye nuestra triste realidad.

Luego de haber intentado explicar cómo se gestionan intereses en el Perú, conviene preguntarse cuál de las dos formas es la más adecuada. A simple vista el susurro es la correcta puesto que no se verifica una confrontación abierta. De forma similar, el bullicio resulta reprensible debido a que normalmente va aparejado de la violencia. Sin embargo, si se analizan ambas alternativas con detenimiento, resulta que existe una diferencia que resulta clave desde la perspectiva de este artículo: se trata de la transparencia.

2 La luz del sol es el mejor desinfectante (la transparencia).

Al igual que nociones tales como la deslealtad de la competencia, la inmoralidad, las buenas costumbres; resulta sumamente complicado sino imposible definir en qué consiste la transparencia. Así por ejemplo, en la teoría y práctica del Derecho, una ley resulta transparente si su proceso de adopción y efectos pueden ser verificados fácilmente. En efecto, una norma será transparente si quien debe cumplirla está en capacidad de entender sus alcances y determinar inmediatamente lo que puede o no hacer⁽¹⁾. En la misma dirección, una ley será transparente si el sujeto pasivo vislumbra inmediatamente las consecuencias de las obligaciones de hacer o no hacer que se generan a partir de su promulgación. En resumen, una disposición legal será transparente si los ciudadanos se encuentran informados sobre los alcances de la norma y, como consecuencia, pueden cumplir mejor con sus obligaciones.

Del mismo modo, la noción de transparencia juega un papel de primer orden en los tratados internacionales en materia económica puesto que se la considera como un elemento básico en los procesos de reforma económica y el desarrollo⁽²⁾. Así por ejemplo, junto con los principios de trato nacional y de la cláusula de la nación más favorecida, es uno de los principios básicos del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (Acuerdo OMC). Para ser más preciso, la transparencia es lo que vincula a la empresa con los consumidores en lo atinente al flujo de información en el mercado. En efecto, cuanto más información reciban los consumidores, mejor será su decisión de compra. En otras palabras, el mercado será más transparente si los consumidores están en condiciones de tomar decisiones de compra mejor informadas⁽³⁾.

De otro lado la doctrina ha identificado por lo menos cuatro funciones en lo atinente a la transparencia; (i) dar luz a las actividades del gobierno y a sus procedimientos; (ii) obtener información sobre los funcionarios públicos y sobre los candidatos a dicha función; (iii) facilitar ciertas transacciones sociales, tales como la transferencia de propiedad; y, (iv) obtener información sobre otros individuos para una variedad de propósitos⁽⁴⁾.

- (1) MOCK, William B. T. *An Interdisciplinary Introduction to Legal Transparency: a Tool for Rational Development*. En: *Dickinson Journal of International Law*. No. 18. 2000. p. 294.
- (2) KOPITS, George y Jon CRAIG. *Transparency in Government Operations*. Fondo Monetario Internacional, 1998.
- (3) Consejo Económico y Social (de España). Informe I/1999. *Los derechos del consumidor y la transparencia del mercado*. Sesión de Pleno de 17 de febrero de 1999. Madrid, 1999. pp. 77 y ss. De igual forma: SANTAGATA Carlo. *Concorrenza Steale e Trasparenza del Mercato*. Pádova: CEDAM, 1979. pp. 25 y ss.
- (4) SOLOVE, Daniel J. *Access and Aggregation: Public Records, Privacy and the Constitution*. En: *Symposium: Modern Studies in*

De todas, la más importante resulta la primera, el “alumbrar” las actividades del gobierno, puesto que, específicamente, la transparencia brinda al público información sobre la manera cómo éste funciona. En efecto, en la medida que se sepa cómo se toman las decisiones, se está obligando a que éstas sean lo más próximas a los intereses de la mayoría y, contrariamente, no reflejen intereses subalternos. El acceso a información también permite el escrutinio público y promueve una actitud ciudadana que impulse a monitorear permanentemente el comportamiento de los funcionarios públicos, y evitar los abusos y favoritismos. Ello, como es obvio, generará calidad, honestidad y respeto hacia el sistema jurídico, y credibilidad en el sistema democrático. En definitiva el acceso a la información coadyuva en la lucha contra la corrupción y, tal como indicó hace casi dos siglos el Presidente de los Estados Unidos de América, James Madison, en una de sus afamadas cartas: “un gobierno popular sin acceso a la información o sin los medios para acceder a ella no es más que el prólogo a una farsa, a una tragedia o a ambas. El conocimiento siempre reinará sobre la ignorancia, y las personas que pretenden gobernarse a sí mismas deben de armarse con el poder que les confiere la información”⁽⁵⁾. En el mismo sentido pero de manera más gráfica se pronunció un distinguido Juez de la Corte Suprema de ese país al señalar que “la luz del sol es el mejor desinfectante”⁽⁶⁾.

El acceso a la información resulta el punto medular de la transparencia y, a propósito de esta contribución, debemos entenderla como la posibilidad que tiene la ciudadanía de conocer cómo se plasmó una decisión gubernamental. Así, al igual que la transparencia del mercado genera mayor credibilidad y fidelidad hacia la empresa por parte de los consumidores; puede afirmarse que cuanto más información fluya hacia la ciudadanía - en particular en el marco del proceso de decisión legislativa- mejores y más justas serán las normas. Ello también generará credibilidad en el sistema democrático y promoverá la estabilidad jurídica.

Sobre la base de lo señalado hasta ahora estamos en capacidad de afirmar que entre la gestión de intereses personal y discreta que lleva a cabo un empresario con el alto funcionario del gobierno, y la que adelanta el obrero en una protesta callejera, se genera la ironía que esta última resulta ser la más transparente mientras que

aquella es más perjudicial para el país y la democracia. Esto se debe a que lo secreto y oculto, por más elegante y discreto que sea, es la antítesis de la transparencia y puede constituir el caldo de cultivo de la corrupción.

3 La corrupción raras veces comienza por el pueblo (la corrupción).

Con independencia de las consideraciones éticas que, para los efectos del presente artículo resultan lugares comunes; desde una perspectiva económica la corrupción tiene la secuela pernicioso de distorsionar la adecuada asignación de recursos además de afectar el desempeño del gobierno, de una institución pública e, incluso, de una empresa. Igualmente, la corrupción no puede considerarse como un tema que se vincula exclusivamente con el corrupto, sino que aparece porque existen personas o instituciones que corrompen. Por ello el tráfico de influencias, anidado en el susurro y la componenda, aparece sistemáticamente en la casi totalidad de casos de corrupción. Esta última afirmación puede corroborar nuestro comentario en el sentido que los grupos con poder económico normalmente son sus grandes promotores. En efecto, se pretende desnivelar el piso de la competencia.

Del mismo modo, la corrupción repercute negativamente en la gestión gubernamental o empresarial puesto que, como consecuencia, ésta tiende a disminuir, a ser de menor calidad o a tornar ineficiente. Similarmente, la corrupción promueve la polarización y los enfrentamientos con el gobierno puesto que no se cumplen con las expectativas económicas que la sociedad ha depositado en él. Tampoco se puede dejar de mencionar que la corrupción tiene efectos negativos en el clima de negocios debido a que ahuyenta las inversiones y, en consecuencia, entorpece el crecimiento económico. Esto último afecta negativamente en la descentralización y en los esfuerzos tendentes a generar empleo. En definitiva, se perfila como uno de los principales obstáculos para el desarrollo.

Si se intenta, como que de hecho ocurre, vincular a la corrupción con la asignación inadecuada de los recursos del Estado para beneficio privado (mercantilismo); y si el punto de encuentro de su mal uso se explica por la discrecionalidad, la falta de información pública y la ausencia de controles

Privacy Law, Notice, Autonomy and Enforcement of State Privacy Legislation. En: *Minnesota Law Review*. No. 86. 2002. pp. 1173-1174.

(5) Carta de James Madison a W. T. Barry (4 de agosto de 1822). En: *The Writings of James Madison*. Tomo 9. Caillard Hunt, 1910. p. 103.

(6) BRANDEIS, Louis D. *Other People's Money*. 1932. p. 92.

gubernamentales; se puede concluir que ello distorsiona la competencia puesto que, tal como se indicó anteriormente, crea desniveles en el piso de juego entre los empresarios y favorece los monopolios⁽⁷⁾.

La corrupción se identifica como uno de los temas que recurrentemente preocupan en el Perú⁽⁸⁾. En definitiva afecta nuestro desarrollo económico y, entre otras medidas, resulta necesario construir una plataforma jurídica para luchar contra ella. Lamentablemente la mayoría de los instrumentos jurídicos existentes a la fecha se aglutinan bajo la modalidad de los *ex post facto*, y no a mecanismos que pretenden limitar su campo de acción⁽⁹⁾.

En cambio, la normativa sobre *lobbying* o de gestión de intereses se perfila como uno, sino como el principal mecanismo de naturaleza *ex-ante* puesto que intenta, mediante la obligación de revelar los contactos⁽¹⁰⁾ entre

personas del sector privado y funcionarios del público, limitar la posibilidad de que se expanda la corrupción en el proceso de toma de decisión legislativa. En otras palabras, en la medida que la sociedad civil conozca de la existencia de reuniones entre ambos, se estará limitando la posibilidad que las decisiones gubernamentales recojan exclusivamente los puntos de vista de un interesado en detrimento del otro.

4 Niño que no llora no mama (precisiones terminológicas).

No hay una semana en la que los medios de comunicación dejen de mencionar el *lobbying* que una empresa o grupo económico determinado ha desarrollado a fin de conseguir una exoneración tributaria, o del *lobbying* que promovió un gremio

- (7) En efecto, existe un creciente consenso en la teoría económica que señala que la corrupción afecta a la competencia, al clima de inversiones y a los consumidores puesto que resulta en poco equitativa y tiende a consolidar monopolios en el mercado. SHIHATA, Ibrahim F. I. *Corruption - A General Review with an Emphasis on the Role of the World Bank*. En: *Fourteenth International Symposium on Economic Crime. Excerpts from the Symposium Held at Jesus College Cambridge, September 8-13, 1996*. En: *Dickinson Journal of International Law*. No. 15. 1997. p. 454. Igualmente ver: ROSE-ACKERMAN, Susan. *The Political Economy of Corruption - Causes and Consequences*. En: *World Bank Viewpoint Note*. No. 74. 1996. p. 88. SHLEIFER, A. y R. VISHNY. *Corruption*. En: *Quarterly Journal of Economics*. No. 108. 1993. p. 600. MAURO, P. *Corruption and Growth*. En: *Quarterly Journal of Economics*. No. 110. 1995. p. 681.
- (8) Sobre este particular, el Banco Mundial impulsó a principios del 2001 una encuesta dirigida a más de 1.000 empresarios y funcionarios públicos. Los resultados son reveladores. Así por ejemplo, frente a la pregunta formulada a los usuarios de la administración pública sobre cuáles son los desafíos más importantes que enfrenta el Perú; luego del desempleo, un 87 por ciento de los encuestados indicaron que la corrupción tomaba en uno de los principales problemas para resolver. A su turno y a pesar de constituir el sector de la población económicamente activa que usualmente se considera como corrupta, el casi 50 por ciento de los propios funcionarios públicos manifestaron que la corrupción era uno de los problemas de mayor gravedad que afronta el Perú. En este caso, al igual que los usuarios, el tema del desempleo ocupa el primer lugar. Otra pregunta de la encuesta estuvo dirigida a determinar la percepción de los empresarios en torno a cuáles son los obstáculos para el desarrollo. En este caso y confirmando estadísticamente el razonamiento de la doctrina internacional, se determinó que casi el 100 por ciento de los encuestados consideraban que la corrupción afectada el desarrollo. Esta percepción era incluso muy superior al cambio de políticas públicas, el la inflación y el terrorismo que giraban alrededor del 75 por ciento, 50 por ciento y 45 por ciento, respectivamente. Finalmente, en lo que respecta a interrogante sobre cuáles son los principales obstáculos para el desarrollo empresarial, casi un 95 por ciento de diversos empresarios de Lima consideraban a la corrupción como el principal obstáculo. Un porcentaje similar se verifica en el caso de la encuesta dirigida a los empresarios de provincias.
- (9) Para un amplio recuento de la normativa anticorrupción ver el compendio en dos tomos: *Legislación Anticorrupción*. Ministerio de Justicia. Lima, 2001.
- (10) Se trata del registro que se establece en cada institución pública a fin de saber quienes realizan actividades de *lobbying*. Otros mecanismos *ex-ante* son la resolución No. 535-2002-JNE del 16 de setiembre del 2002, reglamento de Control del Financiamiento de la Campaña del Proceso de Elecciones Regionales y Municipales 2002, mediante la cual se obliga a los partidos políticos a revelar las fuentes con que financian las campañas políticas. Ello como mecanismo que, así se espera, evite que posteriormente los candidatos favorezcan a quienes contribuyeron de manera más sustantiva. De manera similar la prohibición de ejercer la facultad de nombramiento y contratación de personal en el sector público en casos de parentesco que fue aprobada por Ley No. 26771, y el Reglamento de la Ley que establece la prohibición de ejercer la facultad de nombramiento y contratación de personal en el sector público en casos de parentesco, la misma que fue aprobada por Decreto Supremo No. 021-2000-PCM. De otro lado, el Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones -OSIPTEL-, aprobado por Decreto Supremo No. 008, que en su artículo 27 señala lo siguiente: "(c)onstituye requisito para la aprobación de los Reglamentos, normas y disposiciones regulatorias de carácter general que dicte OSIPTEL, el que sus respectivos proyectos hayan sido publicados en el diario oficial El Peruano, con el fin de recibir las sugerencias o comentarios de los interesados. Se exceptúan de la presente norma los reglamentos considerados de urgencia, los que deberán, en cada caso, expresar las razones en que se funda la excepción. Cabe indicar que el OSIPTEL tiene facultad discrecional para decidir respecto de la incorporación de las sugerencias recibidas. La presentación de sugerencias no tiene carácter vinculante, ni da inicio a un procedimiento administrativo. Finalmente la Ley No. 27815 del 12 de agosto del 2002, "Ley del Código de Ética de la Función Pública", establece un conjunto principios y deberes éticos para el servidor público, así como un conjunto de prohibiciones tales como mantener intereses en conflicto, obtener ventajas indebidas y hacer mal uso de información privilegiada.

empresarial para que una norma fuera modificada y que, coincidentemente, se promulgara sorpresivamente. En definitiva se trata de las quejas, lamentos o preocupaciones del empresariado o de la sociedad civil por cualquier medida gubernamental que les afecte o que pueda favorecer a alguien. Igualmente la prensa refiere continuamente a personalidades de la política, la industria e, incluso, la iglesia, que actuaron como *lobbyistas* a fin de alcanzar algún objetivo u obtener algo. En ambos casos las notas periodísticas señalan como *lobby* a las situaciones un tanto oscuras o a los encuentros furtivos que impulsaron la promulgación de una norma, una contratación o, en general, el otorgamiento de un favor o ventaja. Por ello se requiere adelantar algunas precisiones terminológicas puesto que muchas veces se hace referencia al *lobbying* equivocadamente.

Etimológicamente *lobby* significa pasillo o antesala. Ello en referencia al lugar del Parlamento británico al que acudían los representantes de diversos intereses privados para encontrarse con miembros de la Cámara de los Comunes con objeto de darles a conocer sus inquietudes y alcanzarles pedidos o demandas⁽¹¹⁾. Sin embargo, el término adquiere preponderancia y se difunde internacionalmente a partir de los desarrollos en los Estados Unidos de América donde la actividad está muy difundida y ha sido objeto de una compleja regulación⁽¹²⁾.

En castellano *lobbying* o *lobbyista* tienen su equivalente en cabildeo o cabildero. El Diccionario de la Lengua Española refiere al verbo intransitivo cabildear⁽¹³⁾ y lo define como “gestionar con actividad y maña para ganar voluntades en un cuerpo colegiado o corporación”. Igualmente acoge el término cabildeo⁽¹⁴⁾ en cuyo caso lo ejemplifica “como intrigar o emplear intrigas”. Finalmente acoge el cabildero⁽¹⁵⁾ o cabildera que lo define como el individuo que gestiona con actividad o maña, o la persona que intriga. La definición que recoge la Real Academia Española corresponde a

la faceta oscura de la gestión de intereses, y es similar a la connotación negativa que ha adquirido en el Perú y que resulta en sinónimo de corrupción.

Por esta razón, para este artículo se ha optado por emplear la noción de “gestión de intereses” puesto que, además de no estar contaminada por una carga negativa, resulta la mejor forma para expresar técnicamente la actividad que se viene describiendo.

5 Las opiniones son como los clavos: cuanto más se golpea sobre ellas, más penetran (precisiones conceptuales).

Como es obvio, resulta perfectamente normal e incluso deseable que un particular reaccione ante la posibilidad de que se alteren las reglas de juego. Contrariamente, es válido que identificado un problema o una conveniencia, los afectados o interesados opinen repetidamente sobre ella e intenten promover que la disposición tome en cuenta sus puntos de vista y que, como resultado, sea modificada en algún sentido o, incluso, que no llegue a promulgarse en todo o en parte. Para alcanzar cualquiera de esos objetivos, llevan a cabo gestiones ante las personas con capacidad de decisión a fin de influir en el resultado.

Estas gestiones son perfectamente lícitas e históricamente corresponden y constituyen –a diferencia de lo que ocurre en el Perú– una expresión de la tradición anglosajona (en particular del pueblo norteamericano) de opinar y dar sus puntos de vista pacíficamente a fin de que los poderes ejecutivo y legislativo actúen de una determinada manera o resuelvan un problema que preocupa a un sector de la ciudadanía o, incluso, a una persona jurídica o natural.

¿Cómo se puede definir la gestión de intereses? Ninguna es perfecta y menos definitiva. Es más, ni en el marco de la Unión Europea⁽¹⁶⁾ ni en los Estados Unidos de América existe una definición sobre el particular a tal punto que la Corte Suprema de este

- (11) XIFRA, Jordi. *Lobbying, Cómo influir eficazmente en las decisiones de las Instituciones Públicas*. Barcelona: Gestión 2000, 1998. p. 23. Según este autor: “(e)l lugar de nacimiento del “*lobbying*” institucionalizado no ha sabido concretarse: para unos el Reino Unido, para otros los Estados Unidos de América. Del mismo modo señala que “en 1929, en Estados Unidos, los términos *lobby* y *lobby-agents* se usaban corrientemente. La profesión de estos intermediarios (mayoritariamente abogados) tuvo un rápido desarrollo en Washington y en las capitales de los estados, debido sobre todo al debilitamiento del poder ejecutivo a favor del legislativo. *Ibid.*: p. 36.
- (12) DEKEIFFER, Donald E. *The Citizen's Guide to Lobbying Congress*. Chicago: Chicago Review Press, 1997. pp. 2 y ss. Del mismo modo para un recuento histórico ver: THOMAS, Andrew P. *Easing the Pressure on Pressure Groups: Toward a Constitutional Right to Lobby*. En: *Harvard Journal of Law and Public Policy*. No. 16. 1993. p. 149.
- (13) *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima Segunda Edición. Real Academia Española, 2001.
- (14) *Loc. cit.*
- (15) *Loc. cit.*
- (16) Reglas de Procedimiento de Parlamento Europeo. Anexo IX. Cabildeo en el Parlamento. Para un recuento pormenorizado, el mismo que no ha variado hasta la fecha ver: PREVOT, Odile. *A New Concern in Europe: Lobbyists, the Merchants of Influence*. En: *5 Transnational Lawyer, Practitioners Perspective*. 1992. p. 305.

último la define en términos tan vagos como “la comunicación con miembros del Congreso sobre iniciativas legislativas o legislación pendiente”⁽¹⁷⁾. Ello no ha sido un factor limitante para que se haya desarrollado una amplia jurisprudencia y doctrina⁽¹⁸⁾.

Para esta contribución se intentará definir la gestión de intereses como el mecanismo mediante el cual personas naturales o jurídicas que poseen intereses concretos transmiten sus opiniones y promueven sus puntos de vista de manera transparente con el objetivo de modificar en algún sentido la legislación existente o, de ser el caso, impedir que esta se modifique. Del mismo modo, como las gestiones ante la Administración Pública para que el Estado o sus dependencias adopten una postura o tomen una decisión sobre un tema específico⁽¹⁹⁾.

En esta definición la palabra clave resulta ser transparencia, puesto que en la medida que la gestión se haga a la luz del sol o se establezcan mecanismos para que se tome conocimiento de ella, se estará favoreciendo la transparencia y, por lo tanto, se evitará la corrupción. Ello cobra particular importancia en un país donde mayoría de normas con trascendencia económica las adopta el Ejecutivo, sea mediante Decretos Legislativos, Decretos Ley, Decretos de Urgencia y Decretos Supremos⁽²⁰⁾.

Para alcanzar sus fines los gestores de interés desarrollan un conjunto de actividades. Una primera posibilidad consiste en que la transmisión de opiniones o la promoción de los puntos de vista se realice mediante una campaña de prensa, de comunicaciones o de relaciones públicas. En otras palabras, optar porque sean conocidos a través de propaganda, encartes o anuncios publicitarios, declaraciones en los medios de comunicación o la prensa. Ello constituirá una

(...) el Perú es un país donde reina la ‘amigocracia’ por oposición a la ‘meritocracia’, la legislación sobre gestión de intereses puede coadyuvar a que se margine esa lacra para el desarrollo.

manifestación pública que será conocida por toda la generalidad. Una segunda, porque así lo demandan las circunstancias o lo decide el interesado, consiste en desarrollar la gestión directamente ante autoridad sin recurrir a los medios de comunicación social. En este caso la gestión tendrá un perfil bajo, lo que no significa que se mantenga oculta puesto que para ello existen los registros de “*lobbyistas*” y la obligación de develar el contacto por parte del gestor y del funcionario ante el que se llevó a cabo la gestión. En este supuesto tan sólo se trata de marginarse de una campaña de medios, lo que no impide que la prensa informe a la opinión pública sobre el contacto realizado. Finalmente cabe la posibilidad que las personas interesadas decidan combinar ambas estrategias: la de medios y la directa. Cualquiera que sea la decisión serán relevantes un conjunto de principios constitucionales que serán objeto de detalle en otra parte de este artículo⁽²¹⁾.

Como resulta fácil advertir, las tres estrategias resultan diametralmente opuestas al conjunto de ilícitos que podemos agrupar bajo la denominación genérica de “tráfico de influencias”; el mismo que en el Perú

(17) *United States v. Harris et al.*, 347 U.S. 612, 74 S.Ct. 808, 814.

(18) KOLLMAN, Ken. *Outside Lobbying. Public Opinion and Interest Group Strategies*. New Jersey: Princetown University Press, 1998; WITTEMBERG, Ernest y Elisabeth WITTEMBERG, *How to Win in Washington*. Segunda Edición. Cambridge: Blackwell, 1989; BIRNBAUM, Jeffrey H. *The Lobbyists: How to Influence Peddlers Work. Their way in Washington*. New York: Times Books, 1993; HERRNSON, Paul y otros. *The Interest Group Connection*. New Jersey: Chatham House, 1998; DE GREGORIO, Christine A. *Networks of Champions*. Michigan: The University of Michigan Press, 1999; HIBBING, John R. y Elizabeth THEISS-MORSE. *Congress as Public Enemy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

(19) Definición propuesta por el autor e incorporada en el Anteproyecto de Ley de Gestión de Intereses que elaboró por encargo de la Comisión Anticorrupción de Perú. Lima, agosto del 2002. Una definición más amplia es la que brinda XIFRA, Op. cit. pp. 24-25: “*lobbying* es el proceso planificado de comunicación de contenido predominantemente informativo, en el marco de la política de relaciones públicas, de la empresa u organización con los poderes públicos, ejercido por ésta, o a través de un tercero mediante contraprestación, que tiene como función intervenir sobre una decisión pública (norma o acto jurídico: en proyecto o en aplicación) o promover una nueva, transmitiendo una imagen positiva basada en la credibilidad de los argumentos defendidos que genere un entono normativo y social favorable, y con la finalidad de orientarla en el sentido deseado y favorable a los intereses representados”.

(20) ORTIZ DE ZEVALLOS, Gabriel y otros. *Leyes y decretos legislativos como vías para la formulación de políticas en el Perú: Un análisis empírico entre los años 1980 y 2000*. Documento de trabajo No. 9. Lima: Instituto Apoyo, 2002.

(21) Infra Punto 6.

injustificada y lamentablemente se ha asimilado con el *lobbying*.

Tal como se indicó más arriba, a diferencia de la gestión de intereses, el tráfico de influencias es oculto y no se condice con la transparencia o la posibilidad que la opinión pública o quienes se vean afectados conozcan de sus alcances. Así por ejemplo, los delitos de cohecho propio⁽²²⁾, cohecho impropio⁽²³⁾, aprovechamiento indebido del cargo⁽²⁴⁾, corrupción activa de funcionario⁽²⁵⁾ o de tráfico de influencias (en su acepción precisa)⁽²⁶⁾ constituyen formas mediante las cuales se gestionan intereses ilícitamente y que se puede ejemplificar, entre otros, en el caso de la persona que invita a almorzar al funcionario público y le dice confidencialmente: “oye, a ver si me modificas una partida arancelaria”, o “excluye a mi sector empresarial de las obligaciones contenidas en un decreto supremo”, o “a ver si dejas esta parte del texto del reglamento un tanto obscura a fin de que no llegue a afectarme” o, “favorece este nombramiento o contrato”.

En adición a la connotación penal, el tráfico de influencias es una expresión del mercantilismo puesto que tiende a otorgar prebendas a quienes tienen acceso al poder. Ello al más puro estilo dieciochesco y en franca oposición con los principios de libre mercado. En efecto, si ésta última se nutre de la competencia, el tráfico de influencias apunta a generar un daño concurrencial ilícito puesto que el posicionamiento de una empresa no se sustentará en los méritos propios, sino en los vínculos con el poder.

Del mismo modo, el tráfico de influencias se nutre del favoritismo; lo que significa que se discrimina por razones no objetivas y se favorece un interés particular sin que medie una evaluación detenida o luego de sopesar los pro y contra de la decisión. Ésta, tal como

también se indicó anteriormente, desnivela el campo de juego del mercado.

También resulta oportuno resaltar que la gestión de intereses es diferente y no se vincula con las actividades que desarrolla la prensa cuando indaga sobre una situación o controversia en el marco del periodismo de investigación. Tampoco en el caso de las entrevistas que los periodistas pudieran concretar con un funcionario público. En estos ejemplos y a partir de la definición sobre *lobbying* que se viene manejando, el periodismo no trata de promover puntos de vista sino conocerlos y difundirlos imparcialmente a fin de que la ciudadanía tome una decisión. Tampoco se trata de transmitir opiniones unilaterales que reflejen un interés privado y, como consecuencia, que los funcionarios públicos modifiquen la legislación. Por el contrario, el ejercicio del periodismo pretende cumplir con la obligación ética de recoger de manera balanceada los puntos de vista de todas las partes y de cooperar para que la sociedad acceda a más información y, como consecuencia, forme una opinión. Por estas razones la prensa se encuentra protegida constitucionalmente por las libertades de información y de expresión, y no deberían ser objeto de registros y formalidades de ninguna clase cuando ejercen su actividad.

La línea divisoria es tenue puesto que el *lobbying* y la prensa se nutren de la información y pretenden transmitirla. Sin embargo, la diferencia radica en que el primero siempre será parcial e interesado, mientras que la segunda deberá ser objetiva y desinteresada.

Distinto sería el caso, por ejemplo, que el gremio de periodistas o la asociación que vincula a los medios de comunicación lleven a cabo gestiones para obtener un régimen laboral más favorable o conseguir una reducción arancelaria que le permita adquirir insumos

(22) Artículo 393 del Código Penal: “El funcionario o servidor público que solicita o acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a sus deberes, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años”.

(23) Artículo 394 del Código Penal: “El funcionario o servidor público que solicita o acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida para practicar un acto propio de su cargo, sin faltar a su obligación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos años ni mayor de cuatro años”.

(24) Artículo 397 del Código Penal: “El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos años ni mayor de cinco años”.

(25) Artículo 399 del Código Penal: “El que trata de corromper a un funcionario o servidor público con dádivas, promesas o ventajas de cualquier clase para que haga u omita algo en violación de sus obligaciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

Si el agente trata de corromper para que el funcionario o servidor público haga u omita un acto propio de sus funciones, sin faltar a sus obligaciones, la pena será no menor de dos años ni mayor de cuatro años”.

(26) Artículo 400 del Código Penal: “El que, invocando influencias, reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido, un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos años ni mayor de cuatro años”.

tales como el papel o sistemas computadorizados. Como es fácil advertir, promover normas de esta naturaleza podría ser objeto de una posición divergente por parte de los trabajadores de la construcción o de las empresas dedicadas a la informática puesto que, de aprobarse, se establecería un régimen diferenciado. En estos ejemplos la institución de la prensa no estaría actuando bajo la protección que le dispensa las libertades de información y expresión, sino que estaría haciendo una gestión interesada que tiene el propósito de obtener un beneficio económico que, dependiendo de las circunstancias, también puede afectar a terceros.

Finalmente cabe indicar que la gestión de intereses es diferente de las gestiones que se llevan a cabo, por ejemplo, en el marco de un procedimiento judicial o administrativo trilateral puesto que en estos casos se está frente al derecho de legítima defensa, de carácter penal y que está consagrado en el artículo 2 inciso 24 Constitucional y otras disposiciones desarrolladas en el ámbito jurisdiccional en general, sea ante el Poder Judicial, los organismos constitucionales autónomos o los tribunales administrativos. Sobre esta base, la gestión de intereses no puede ejercerse en los casos de conflictos interpersonales de carácter jurisdiccional debido a que en éstos sólo pueden intervenir las partes en conflicto, sus representantes o abogados.

6 Sustento Constitucional.

La gestión de intereses y una posible legislación sobre este particular se vincula y sustenta en diversos preceptos de la Constitución. A saber: (i) el derecho de petición; (ii) las libertades de información y expresión; (iii) el derecho de acceder a información; y, finalmente, (iv) el derecho de asociación. Tal como se indicó en el punto anterior, unos serán más revelantes que otros en la medida que la gestión de intereses se haga a partir de una labor de comunicaciones en medios, el contacto directo o la combinación de ambos. Partiendo de esta premisa, a continuación haremos una pequeña reflexión sobre estos principios a la luz de la temática que está siendo analizada en el presente artículo.

6.1 Derecho de petición.

El Derecho Constitucional probablemente más cercano conceptualmente a la gestión de intereses es el

que se conoce como derecho de petición y que está consagrado en el artículo 2 inciso 20 de la Constitución. Según este precepto toda persona tiene derecho “a formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad”⁽²⁷⁾.

En efecto, la forma como este derecho ha sido legislado constitucionalmente ha evolucionado desde el genérico de presentar peticiones al Congreso consagrada en el artículo 193 inciso 5 de la Constitución de 1823⁽²⁸⁾, hasta llegar a constituir un derecho más amplio -debido a que la norma no distingue- de formular peticiones ante cualquier autoridad y recibir una respuesta.

El derecho de petición tiene una profunda raigambre democrática puesto que posibilita a la ciudadanía solicitar a quienes elegimos para que nos gobiernen. Este enunciado general -vinculado con la gestión de intereses- debe ser interpretado como aplicable a los casos en que se haga una solicitud de índole política o en la que la autoridad actúa discrecionalmente. De otra forma se estaría frente a un procedimiento administrativo con todas las consecuencias jurídicas que ello acarrea, entre los que destaca el silencio administrativo⁽²⁹⁾.

Resulta obvio que una gestión de intereses no constituye una solicitud o petición que pondrá en movimiento la maquinaria jurídica del Derecho Administrativo puesto que se trata de la transmisión de ideas que, por lo general, no apuntan a reclamar un derecho sino, sino que tienen el propósito de modificar una norma. En este sentido resultaría contraproducente interpretar que vencido el “plazo legal” se generará silencio administrativo negativo o positivo y, por lo tanto la posibilidad de impugnar dicha decisión.

Por lo tanto, el derecho de petición no debe ser considerado como sinónimo de *lobbying*. Este último constituye una forma de ejercitar el derecho de petición; por lo que gestionar intereses deviene en una categoría que derivada de esta institución y que adicionalmente se alimenta de las garantías de libertad de expresión e información, y del derecho a acceder a información pública, tal como se verá a continuación⁽³⁰⁾. Por lo tanto, resulta perfectamente válido argumentar que la gestión de intereses se encuentra protegida por el precepto constitucional sujeto a comentario.

(27) Para un análisis detallado este precepto y los siguientes de la Constitución ver: RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo I. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999. pp. 400 y ss.

(28) “Se declaran inviolables (...) el derecho individual a presentar peticiones o recursos al Congreso o al Gobierno”.

(29) RUBIO CORREA, Marcial. Op. cit.: p. 404.

(30) THOMAS, Andrew P. Op. cit.: pp. 183-184.

6.2 Libertad de expresión.

El artículo 2 inciso 4 del Documento Constitucional consagra la libertad de expresión del pensamiento⁽³¹⁾ (con su correlato inmediato en el derecho de difusión), la misma que consiste en la posibilidad de transmitir o comunicar nuestras ideas, pensamientos u opiniones. Esta libertad incluye a la par un derecho fundamental, cual es el no ser censurado por hacerlas públicas o difundirlas⁽³²⁾.

La libertad de expresión resulta clave para la temática de la gestión de intereses. En la práctica, quien desarrolla esta actividad tratará de influir a la autoridad; y ello lo hará mediante la expresión de ideas o pensamientos, y la presentación de propuestas o inquietudes sobre una norma o una situación particular. Este derecho está íntimamente vinculado con el derecho de petición puesto que de nada sirve opinar, que en realidad supone un acto volitivo o de la esfera privada, sin que en paralelo se tenga la facultad de promover públicamente que dicha opinión se traslade a algo concreto.

Por ello, de la misma manera como toda persona puede opinar y expresar sus puntos de vista sobre cualquier tema, incluidos aquellos que nos pudieran repugnar o afecten nuestra sensibilidad; también se tiene derecho a promover activamente para que se apruebe una norma que consagre jurídicamente dicha opinión o, similarmente, intentar que no se apruebe un precepto que modifique un estatus jurídico particular. Así, por ejemplo, no sólo tenemos la facultad de opinar sobre la pena de muerte, el aborto, el voto obligatorio, sino que tenemos el derecho de impulsar mediante la propaganda un cambio legislativo que refleje nuestra opinión.

La libertad de expresión también tiene una connotación adicional, y es la referida a la censura. En este sentido no se puede censurar y, en consecuencia, perseguir y sancionar a quien trasmite activamente sus ideas y trata de convencer a otros para que las acojan. En efecto, la libertad de expresión no sólo trata de garantizar que se expresen ideas, sino que dicha garantía se instrumentaliza precisamente por la garantía de no ser perseguidos por haberlo hecho.

Esta faceta de “no persecución” que garantiza el derecho de la libertad de expresión también se encuentra relacionada con el derecho de petición al que se ha hecho referencia anteriormente, así como el derecho

consagrado en el artículo 2 inciso 3 de la Constitución en lo referido a la “libertad de conciencia” y a que “no hay delito de opinión”. Si bien estos derechos han sido interpretados como asociados con las libertades religiosas⁽³³⁾; nada impide que se los considere como derechos derivados de la libertad de expresión y que vengan a reforzar la noción de que una persona no puede ser perseguida por las actividades que lleven a cabo en el marco de una gestión de intereses.

Otro derecho consagrado en artículo 2 inciso 4 Constitucional es el referido de manera general al derecho de información. En efecto, de nada vale contar con la libertad de expresar pensamientos si, en paralelo no se cuenta con la posibilidad de acceder a la información que nos permita, luego de la comparación y evaluación correspondiente, modificar o ratificar nuestras opiniones. Son las dos caras de una misma moneda que, en el caso de la gestión de intereses se materializa en la posibilidad de acceder a información “mediante la palabra, el escrito o la imagen”, tal como reza el precepto sujeto a comentario.

Sin embargo, cabe destacar que las libertades consagradas en esta norma Constitucional se encuentran supeditadas a que se ejerzan “por cualquier medio de comunicación”, lo que significa que no comprende a las gestiones de interés que se llevan a cabo directamente ante las autoridades gubernamentales. Empero, como ésta también puede incluir, dependiendo del caso o la estrategia diseñada por el gestor, un componente de comunicaciones o relaciones públicas, ésta clase de actividades si contarán con la protección que le dispensa la disposición que se comenta.

6.3 Acceso a la información.

Visto que la norma sobre libertad de información y expresión no se vincula necesariamente con la integridad de una campaña de gestión de intereses, viene en ayuda el primer párrafo del artículo 2 inciso 5 Constitucional que señala: “(t)oda persona tiene derecho (...) a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga este pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional (...)”.

(31) El precepto señala: “(t)oda persona tiene derecho: A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra, el escrito o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización, censura, impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley (...)”.

(32) RUBIO CORREA, Marcial. Op. cit.: pp. 201 y ss.

(33) Ibid.: pp. 189 y ss.

Este precepto se encuentra estrechamente vinculado con el consagrado en el artículo 2 inciso 4. Lo que regula este inciso es la obligación de suministro de información por parte de las entidades públicas⁽³⁴⁾, y tiene especial relieve para la temática de la gestión de intereses. En efecto, en la medida que la actividad de *lobbying* supone un contacto con un funcionario público a fin de alcanzar objetivos concretos; resulta conveniente para la sociedad y los empresarios competidores el conocer los alcances de dicha gestión. En otras palabras, estar informados sobre algunos alcances de la reunión o tener conocimiento, en líneas generales, sobre lo que se dijo o solicitó en esa reunión.

No se trata de entrar en el detalle ni en los pormenores. Tampoco que se institucionalicen abiertamente los “vladivideos” y que se monitoree con grabadoras todas las conversaciones entre quien gestiona y es objeto de la gestión. Tan sólo se pretende que, mediante un registro de contactos⁽³⁵⁾ se sepa quién visitó al funcionario público con capacidad de decisión y, llenando un formulario, se incluyan algunos detalles sobre lo tratado en la reunión. Luego de ello, tanto el gestor como el funcionario derivarán, debidamente lleno, una copia del formulario al registro de contactos de *lobbying* que para estos efectos se deberá establecer en cada una de las reparticiones públicas.

Este formulario se convertirá automáticamente en un documento público al que, sobre la base de la norma constitucional que se comenta, se tendrá acceso “sin expresión de causa”, “en el plazo legal” y “con el costo que suponga este pedido”.

Sobre este particular conviene destacar que el plazo legal debe de ser sumamente corto sino inmediato puesto que de nada sirve que, por ejemplo, una institución dedicada a la protección del medio ambiente sepa luego de tres años que un grupo de empresas visitaron a un ministro para solicitar que se atemperen ciertas disposiciones sobre residuos tóxicos. De lo que se trata es que la asociación ambientalista reaccione inmediatamente para que el ministro conozca, no sólo por su propia iniciativa sino por el impulso de terceros, los puntos de vista de todas las partes que pudieran verse afectadas antes que se tome una decisión.

Otra consideración es la referida al costo para acceder a los formularios y a la documentación que los acompañe en caso que no haya sido declarada confidencial. En este caso se trata que el costo sea lo más reducido posible puesto que de esa manera se está instrumentalizando el derecho de acceso a información pública.

También queda claro que resultan apropiadas las excepciones consagradas en la segunda parte del precepto: la exclusión de las “informaciones que afectan la intimidad personal” o “por razones de seguridad nacional”, respectivamente. Ello se debe a que las gestiones que se vinculan con la intimidad son personalísimas y, por lo tanto, no deberían generar una disposición legal puesto que atentarían contra el principio de que no se puede legislar en función de las personas, además de que en el caso de las gestiones para influir en un nombramiento, no se trata de una circunstancia vinculada con la “intimidad”. Del mismo modo, no se podría acceder a las gestiones relacionadas con la seguridad nacional puesto que tampoco se trata de que se informe abiertamente sobre los contactos que se hicieron a fin de adquirir armamento para la defensa. En estos casos se hace referencia a los registros de proveedores.

Queda abierto un tema, y es la excepción genérica establecida en la Constitución que permite marginar de la obligación de brindar información en aquellos casos en que “expresamente se excluyan por ley”. Ello abre un abanico de posibilidades que podría resultar contraproducente en la medida que la ley que se promulgue se aleje del marco de referencia que determina la privacidad, la confidencialidad y la seguridad.

6.4 Libertad de asociación.

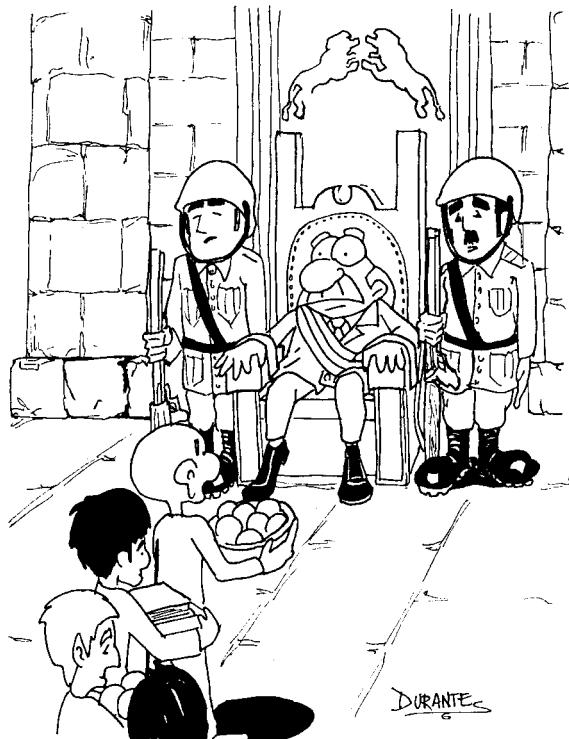
La Constitución en su artículo 2 inciso 13 se refiere al derecho “a asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley. No pueden ser disueltas por resolución administrativa”⁽³⁶⁾.

Este precepto debe de ponerse de relieve puesto que a través de él es posible vincular a la gestión de

(34) RUBIO CORREA, Marcial. Op. cit.; pp. 218 y ss.

(35) Constituye el registro de cada uno de los encuentros entre el gestor y el funcionario. Dicho registro incluye las comunicaciones escritas que se generan antes o después del contacto, el formulario que registre el contenido del encuentro, y la documentación que se pudiera haber generado como consecuencia del mismo. Para un amplio recuento de los formularios aplicables al caso ver: COCHRAN, Martha L. *Congressional Material: Lobbying Disclosure Forms and Guidance*. Practising Law Institute, Corporate Law and Practices Course Handbook Series, Corporate Political Activities 2001: Complying with Campaign Finance, Lobbying and Ethics Law. Septiembre, 2001.

(36) RUBIO CORREA, Marcial. Op. cit.; pp. 318 y ss.



intereses con el conjunto de actividades que llevan a cabo instituciones sin fines de lucro. Se trata de destacar que las actividades de *lobbying* no son privativas de las empresas que pretenden obtener un resultado que les favorezca en su posicionamiento en el mercado o que coadyuve con los fines de lucro para las cuales fueron constituidas. La gestión de intereses también la puede llevar a cabo, como en efecto lo hacen, las organizaciones sin fines de lucro. Éste es el caso de los gremios de empresarios (si bien indirecta pero no necesariamente favorecen el lucro de sus asociados), las entidades privadas que tienen por objetivo la protección del medio ambiente, las organizaciones no gubernamentales que velan por el respeto de los derechos humanos, los sindicatos de trabajadores, las organizaciones de defensa de los consumidores y usuarios, las asociaciones de carácter religioso, los partidos políticos y la gama infinita de entidades que se han conformado para, precisamente, al tiempo de

compartir un ideal común, intentar que el Estado adopte normas que expresen o garanticen dichos ideales.

En el marco de la libertad de asociación también se debe hacer referencia a la actitud espontánea y posteriormente organizada de la población cuando, por ejemplo, los vecinos de un distrito intentan evitar que se modifiquen las reglas de circulación de vehículos automotores o, cuando impulsan que la autoridades municipales procedan a demoler los pisos no autorizados en la licencia de construcción de un edificio de apartamentos o que incumplan las disposiciones sobre zonificación urbana. Similarmente no se puede dejar de mencionar a los padres de familia de un grupo de jóvenes que fallecieron en un local de diversión y que intentan promover reglas más estrictas en cuanto a la seguridad en los mismos. Estos también son grupos de interés que se generan transitoriamente como consecuencia de la búsqueda de la tranquilidad, de la armonía arquitectónica o de la tristeza.

La garantía que establece la Constitución en el sentido de que no pueden “ser disueltas por resolución administrativa”, se extiende a que tampoco será necesario que se formalicen para desarrollar una gestión de interés: lo que no es óbice para que las gestiones que adelanten en el marco de la misma sean objeto del registro de contactos correspondiente.

7 No hay nada nuevo bajo el sol (los antecedentes en el derecho comparado).

En el ámbito internacional la normativa sobre gestión de intereses ha sido objeto de regulación en muy pocos países. Los Estados Unidos de América resulta ser el país en el que la institución está más desarrollada. Así por ejemplo, se hace mención a la Federal Regulation of Lobbying Act de 1946⁽³⁷⁾, la cual se erige como la legislación originaria y que establece los parámetros iniciales sobre el comportamiento de los gestores de intereses. Esta normativa fue modificada sustantivamente por la Federal Lobbying Disclosure Act of 1995⁽³⁸⁾, que establece la obligación de registro de los gestores de interés y de dar a conocer su actividad mediante informes periódicos. Esta ley ha sufrido modificaciones específicas en 1998 mediante la Technical Amendments Act de 1998⁽³⁹⁾. Del mismo

(37) 60. Stat. 839.

(38) 2 U.S.C. § 1601 *et seq.* Sobre el particular ver: BROWNE, Steven A. *The Constitutionality of Lobby Reform: Implicating Associational Privacy and the Rights to Petition the Government*. En: *William and Mary Bill of Rights Journal*. No. 4. 1995. pp. 717 y ss.; FULLER, William. *Congressional Lobbying Disclosure Laws: Much Needed Reforms on the Horizon*. En: *Seton Hall Legislative Journal*. No. 17. 1993. pp. 419 y ss.; CONNORS, Frank J. *Complying with the Lobbying Disclosure Act of 1995*. En: *Practical Lawyer*. Vol 45, No. 7. 1999. pp. 15 y ss.

(39) Public Law 105-166 Section 5 (1998).

modo se considera dentro del ámbito de esta institución a la Foreign Agents Registration Act of 1938⁽⁴⁰⁾, que se aplica a los representantes de intereses extranjeros; la Federal Bribery and Anti-Gratuity Statute⁽⁴¹⁾, que establece responsabilidades penales en casos de soborno y obsequios ilegales; la Federal Post-Employment Act⁽⁴²⁾, que limita a ex-funcionarios de gobierno que desarrollen actividades de gestión de intereses en relación con sus antiguos cargos y que gráficamente se conoce como “revolving doors” o “puertas giratorias”.

Igualmente la Foreign Corrupt Practices Act⁽⁴³⁾, que establece la prohibición de sobornos a gobiernos extranjeros y a políticos de terceros países; la Federal Election Campaign Act⁽⁴⁴⁾, que regula el financiamiento de las elecciones federales con objeto de promover que

se revelen las fuentes de financiamiento y limitar la influencia de las empresas, sindicatos e individuos con poder económico.

Finalmente la Ethics in Government Act de 1978 que establece normas de conducta sobre cómo deben comportarse los funcionarios públicos, particularmente en el manejo de información confidencial y conflicto de intereses⁽⁴⁵⁾; la Congress Gift and Travel Restrictions⁽⁴⁶⁾ y las Executive Branch Standards of Official Conduct⁽⁴⁷⁾, que limitan la posibilidad de recibir regalos y de aceptar viajes.

Por su parte, en la Unión Europea también existen disposiciones sobre gestión de intereses pero de menor envergadura. Éstas se verifican mediante las Reglas de Procedimiento del Parlamento Europeo⁽⁴⁸⁾.

(40) 22 U.S.C. § 611 *et seq.*

(41) 18 U.S.C. § 201. También ver: ZITTER, Jay M. *Who is Public Official within Meaning of Federal Statute Punishing Bribery of Public Official (18 U.S.C.A Section 201)*. En: *American Law Reports ALR Federal*. No. 161. 2000. pp. 491 y ss.

(42) 18 U.S.C. 207. Sobre el particular ver: GERLACH, Wendy L. *Amendment of the Post-Government Employment Laws*. En: *Arizona Law Review*. No. 33. 1991. pp. 401 y ss.; O'KEEFE, Richard B. *Where there is Smoke ... Who should bear the Burden when a Competing Contractor Hires former Government Employees?* En: *Military Law Review*. No. 164. 2000. pp. 1 y ss.; MCGUIRE, Kevin T. *Lobbyists, Revolving Doors and the Supreme Court*. En: *Journal of Law and Ethics*. No. 16. 2000. pp. 113 y ss.; LUCI, Philip. *Contracting with Government Employees: an Overly Restrictive Rule, a Comparison, and a Compromise*. En: *Public Contract Law Review*. No. 27. 1997. pp. 37 y ss.; ROBERTS, James S. *The Revolving Door: Issues Related to the Hiring of Former Federal Government Employees*. En: *Alabama Law Review*. No. 27. 1992. pp. 343 y ss.; CHANG, Michael. *Protecting the Appearance of Propriety: The politics underlying the One-Year ban on Post-Congressional Lobbying Employment*. En: *Kansas Journal of Law and Public Policy*. No. 5. 1996. pp. 121 y ss.

(43) 15 U.S.C. § 78dd-1 y § 78dd-2. Sobre el Particular ver: NOTE. *Foreign Agents Registration Act: How open should the marketplace of ideas be?* En: *Missouri Law Review*. No. 53. 1988. pp. 795 y ss.; LAWSON, Charles. *Shining the Spotlight of Pitiless Publicity on Foreign Lobbyists? Evaluating the Impact of the Lobbying Disclosure Act of 1995 on the Foreign Agents Registration Act*. En: *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. No. 28. 1996. pp. 1151 y ss.

(44) 2 U.S.C. § 431 *et seq.* Sobre el particular ver: NIXON, Jeremiah W. y Paul R. MAGUFFLE. *Money Talks: In Defense of a Common-Sense Approach to Judicial Review of Campaign Contribution Limits*. En: *Administrative Law Review*. No. 52. 2000. pp. 661 y ss.; *Selection of State Judges Symposium Transcripts: Judicial Elections and Campaign Finance Reform*. En: *University of Toledo Law Review*. No. 22. 2002; NOTE. *The Political Activity of Think Tanks: The Case for Mandatory Contributor Disclosure*. En: *Harvard Law Review*. 2002. pp. 1502 y ss.

(45) 39 U.S.C. Sections, 2, 5, 18 y 28. Public Law No. 95-521, 92 Stat 1824 (1978). Sobre el particular ver: VAUGHN, Robert G. *Ethics in Government and the Vision of Public Service*. En: *George Washington Law Review*. No. 56. 1990. pp. 417 y ss.; MURDOCK, Eric. *Finally, Government Ethics as if People Mattered: Some Thoughts on the Ethics Reform Act of 1989* En: *George Washington Law Review*. No. 58. 1989. pp. 502 y ss.; LERMAN, Lisa G. *Public Service by Public Servants*. En: *Hofstra Law Review*. No. 18. 1991. p. 1141; MORRISON, Ian. *The Case for Minimal Regulation of Public Employee free Speech: A Critical Analysis of the Federal Honoraria Ban Controversy*. En: *Washington University Journal of Urban and Contemporary Law*. No. 48. 1995. pp. 141 y ss.; SPIEGELHALTER, Stephen J. *Federal Criminal Conflict of Interest*. En: *American Criminal Law Review*. No. 37. 2000. pp. 461 y ss.; KOFFKY, Daniel L. *Coming to Terms with Bureaucratic Ethics*. En: *Journal of Law and Politics*. No. 11. 1995. pp. 235 y ss.

(46) Senate Rule 35 y House Rule 26. Sobre el particular ver: BAUER, Robert F. *New House and Senate Gift Rules and the New Lobbying Disclosure Act: Basics and some Interpretation*. En: *Practicing Law Institute*. No. 944. 1996. pp. 7 y ss.

(47) 5 C.F.R. § 2635.201.205. Sobre el particular ver: ZINMAN, Seth D. *Judging Gift Rules by their Wrappings - Towards a Clearer Articulation of Federal Employee Gift-Acceptance Rules*. En: *Catholic University Law Review*. No. 44. 1994. pp. 141 y ss.; DUNATHAN, Amy F. y Nilan A. SANGHVI. *Federal Criminal Conflict of Interest*. En: *American Criminal Law Review*. No. 38. 2001. pp. 733 y ss.

(48) *Diario Oficial de la Unión Europea*. L 202. Versión al 2 de agosto de 1999. En particular las reglas 9 (Código de Conducta); 171 (Apertura y Transparencia); 172 (Derecho de acceso a la documentación); 173 (Confidencialidad); 174 (Derecho de petición) y 175 (Examen de las peticiones). Del mismo modo las Reglas de Procedimiento del Parlamento Europeo, en su anexo IX, referido a la transparencia y develamiento de intereses económicos, y anexo I se establecen disposiciones en relación con el tema. En cuanto a la posibilidad que la Comisión Europea contara con disposiciones de esta naturaleza se planteó la Cuestión Escrita No. 440/99 del 4 de marzo de 1999, la cual la cual fue considerada como “incompatible con la aproximación” y “recomienda un sistema de autorregulación” según consta de la respuesta de la Comisión del 1 de abril de 1999. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas C348 del 3 de diciembre de 1999*, pp.69. Ver también: MAZEY, Sonia y Jeremy RICHARDSON (editores). *Lobbying in the European Community*. New York: Oxford University Press, 1993.

8 No es fácil opinar sobre los propios intereses (la ética y características de los gestores de interés).

La gestión de intereses es una actividad sumamente importante desde la perspectiva de la ética gubernamental y de la lucha contra la corrupción. Por ello resulta conveniente hacer un recuento de los principios y las pautas de conducta a que deben ceñirse aquellas personas o instituciones que llevan a cabo esta clase de actividades. En el marco de este ejercicio se tomará como referencia el Código de Ética de la Liga Americana de Lobbyistas⁽⁴⁹⁾.

En primer lugar, la gestión de intereses debe ser veraz. Esto significa que, en el marco de la actividad, la información que se transmite a los funcionarios públicos y a cualquier otra persona debe ser cierta; entendida ésta última como brindar información objetiva, actualizada y exacta. Sobre este particular se supone que en caso se haya brindado accidentalmente información inadecuada o llegaran a cambiar las circunstancias a partir de las cuales se hizo un conjunto de afirmaciones; el gestor de intereses está en la obligación de ponerla al día. Esta obligación se ha establecido debido a que el objetivo del *lobbying* apunta a que la decisión de la administración pública sea lo más informada posible. Por ello se considera poco ético brindar información parcial o desactualizada. Si ello ocurriera también se estaría atentando en contra del principio de transparencia.

Del mismo modo el gestor de intereses debe cumplir con la normativa existente en la materia, además de que no debe promover que el funcionario público incumpla obligaciones legales cualquiera que sea su naturaleza. De manera similar se debe estar familiarizado con el proceso de formación legislativa. En otras palabras debe profesionalizarse con el objeto de evitar que la gestión sea de naturaleza amical, improvisada y poco técnica. En efecto, si uno de los argumentos a favor de contar con normativa sobre este particular se sustenta en la idea de propugnar leyes técnicas, la falta de información redundante en detrimento de la calidad de la normativa que se adopte como consecuencia de la gestión.

En caso se verifique un conflicto de intereses, éste debe de hacerse de conocimiento de la persona o personas en favor de las que se lleva a cabo la gestión.

En igual sentido se debe de evitar defender, directa o indirectamente, una posición contraria a la que se está promoviendo para otro cliente.

La gestión de intereses tampoco supone un trabajo improvisado. Se debe consagrar tiempo y recursos suficientes como para alcanzar los objetivos. Adicionalmente resulta apropiado informar al cliente sobre las labores que está desarrollando, la magnitud de las mismas y brindarle la oportunidad de escoger entre varias opciones y estrategias.

En lo atinente a las características que deben concurrir en el gestor de intereses conviene poner de relieve que lo más importante es la credibilidad de la persona, pasando a segundo plano la cantidad de relaciones o vínculos personales que se hayan conformado a través de los años. En efecto, el Perú es un país donde reina la “amigocracia” por oposición a la “meritocracia”, la legislación sobre gestión de intereses puede coadyuvar a que se margine esa lacra para el desarrollo.

En segundo lugar, no se trata de comprar influencias sino de expresar ideas apropiadamente. En efecto, la gestión lícita trata de convencer sobre la base de buenos conceptos e iniciativas apropiadas que modifiquen el *status quo* o que superen los argumentos de quienes se opongan a las nuestras (y se supone que nuestros opositores tienen el derecho a conocer de las gestiones que venimos desarrollando). Ello en el marco de una competencia de ideas en la que se supone debe de vencer la más técnica. En sentido inverso, el resultado positivo de las gestiones no debe sustentarse en el agradecimiento por una invitación a almorzar en un restaurante de lujo ni en la “canasta navideña”. Tampoco en las generosas vacaciones del funcionario o a sus familiares para que viajen al extranjero con todos los gastos pagados y bolsa de viaje incluida.

Por lo tanto, toda persona que pretenda ser gestor de intereses debe cumplir con cinco reglas de oro⁽⁵⁰⁾, a saber: (i) siempre decir la verdad puesto que el *lobbying* siempre implica un manejo político de la información que tiene consecuencias en la sociedad en su conjunto y frente a la cual tenemos obligaciones que trascienden los intereses personales; (ii) no prometer más de lo que se puede hacer, lo que significa que no se pueden garantizar resultados por una gestión debido a que el opositor a nuestros intereses pueden tener argumentos más contundentes en relación con la situación objeto

(49) www.allde.org. Versión aprobada por el Consejo Directivo de la *American League of Lobbyists* el 28 de febrero del 2000. El texto también puede ubicarse en www.butera-andrews.com/code_of_ethics.htm.

(50) WOLPE, Bruce C. y Bertram J. LEVINE. *Lobbying Congress. How the System Works*. Segunda Edición. Washington: Congressional Quarterly, 1996. pp. 13-18.

de la preocupación; (iii) saber escuchar de tal manera que se entienda perfectamente lo que se va a comunicar y así evitar transmitir falsedades; (iv) hay que trabajar en equipo puesto que la gestión de intereses trata de brindar un panorama, incluso interdisciplinario, sobre las consecuencias de nuestros pedido; y, finalmente, (v) poseer un plan de contingencia en caso que nuestra estrategia se vea entorpecida por circunstancias varias.

De manera similar la doctrina indica otras obligaciones éticas en la actividad de gestión de intereses cual son: conocer los hechos y ser precisos en los argumentos; conocer a la competencia; corregir errores oportunamente; planear y coordinar el seguimiento; cultivar aliados para la causa; colocarse una coraza y tener buena dosis de escepticismo; y, finalmente tener la convicción de que la gestión de intereses no es un ejercicio académico puesto que se espera obtener resultados⁽⁵¹⁾. Estas obligaciones se explican por sí solas.

9 Todo se ve según el cristal con que se mire (argumentos en contra y a favor de la conveniencia de contar con una ley sobre gestión de intereses).

En caso que se decidiera contar con una ley sobre gestión de intereses⁽⁵²⁾ es posible que se levanten voces contrarias a su promulgación, de la misma manera como habrá aquellas que favorezcan una iniciativa de esta naturaleza.

Entre los que se opongan ocuparán un lugar meritorio quienes prefieran lo oculto y los encuentros furtivos. Se argumentará que, como consecuencia de la obligación de registro, se generará una barrera burocrática que impedirá el acceso al gobierno. También se escucharán argumentos que señalen, mediante interpretaciones alambicadas, que esta clase de normativa significará una restricción a la libertad de expresión debido a que el mecanismo de registro de contactos de *lobbying* violenta dicho principio constitucional puesto que se tiene el derecho de expresar opiniones sin que nadie las controle. Sobre este particular cabe reiterar que la gestión de intereses no consiste en un ejercicio abstracto de opinión de consecuencias informativas, sino que constituye un

esfuerzo comunicacional con un objetivo concreto y que necesariamente va a tener repercusiones en la sociedad y la economía.

Obviamente se pondrán de relieve aquellas posiciones, un tanto más pragmáticas, que señalen que una norma de este estilo generará gastos, impulsará la creación de nuevas dependencias dentro de las reparticiones públicas, más trámites y, finalmente, el típico argumento simplón producto de la ignorancia: esto no corresponde a la realidad del Perú; está muy bien para Estados Unidos o para Suiza.

Sin embargo, cabe destacar que existe uno que sí resulta pertinente: generará mayor lentitud en la toma de decisiones puesto que se tendrán que sopesar las posiciones de todos los interesados. Empero, ello evitará que se “legisla por reglamento” y disminuirán las normas “sorpresa”. A este nivel cabe preguntarse qué es lo que necesita el Perú; ¿la rapidez en la toma de decisiones legislativas o la calidad del producto normativo?

En cuanto a los argumentos a favor cabe indicar en primerísimo lugar que las normas serán mucho más transparentes en cuanto a su origen y también generará menos corrupción en el proceso de toma de decisiones. Ello va de la mano con el proceso competitivo en cuanto a la gestación de la normativa. En efecto, como todos los interesados tuvieron la oportunidad de brindar sus opiniones, es de esperar que la norma tome en consideración los mejores argumentos o, en su caso, será producto del consenso. Sea por la competencia de argumentos o el llegar a un consenso, las normas serán mucho más técnicas puesto que habrán aportes de personas y entidades que definitivamente tienen muchos mayores conocimientos y experiencia en temas específicos y sobre los que muchas veces no se percata el legislador o sus asesores. Con ello se marginarán significativamente los vacíos y contradicciones, además que se evitarán conocidísimas “fe de erratas” y modificaciones constantes en la normativa, las mismas que no hacen más que erosionar la credibilidad del Congreso o del Ejecutivo.

Como resulta obvio, las normas elaboradas técnicamente o por el consenso suelen perdurar en el tiempo; y ello tiene su correlato en la estabilidad jurídica

(51) DEKEIFFER, Donald E. Op. cit.; pp. 177-181. FAKTA, Stacie L. and Jason Miles LEVIE. *Protecting the Right to Petition: Why lobbying contingency fee prohibition violates the Constitution*. En: *Harvard Journal of Legislation*. No. 35. 1998. pp. 559 y ss.

(52) A la fecha en que se terminó de escribir este artículo existen tres proyectos de ley. Uno en poder de la Presidencia del Consejo de Ministros y que ha sido elaborado por el suscrito por encargo de la Comisión Anticorrupción. Un segundo proyecto ha sido introducido al Congreso de la República por la congresista Anel Townsend Díez Canseco. El tercero, es el presentado por la congresista Enith Chuquival Saavedra.

y en la nivelación del campo de juego de manera más o menos prolongada. Esto genera un mensaje positivo a la comunidad nacional o internacional de inversionistas y, por lo tanto, coadyuvará con la atracción de capitales, la generación de empleo, la descentralización y, por qué no decirlo, la competitividad. Sobre esto último resulta pertinente indicar que en una economía que tiende a internacionalizarse, los países llevan a cabo sus mejores esfuerzos para atraer capital. Dentro de los factores que se toman en consideración están el evaluar la estabilidad jurídica y la corrupción. Por lo tanto, en la medida que se cuente con normas de esta naturaleza, el Perú poseerá un instrumento adicional que impulse un clima de negocios que favorezca las inversiones y, como consecuencia, el desarrollo.

10 Conclusiones.

Tal como se ha intentado demostrar en este artículo, el *lobbying* o gestión de intereses se yergue como uno de los mecanismos anticorrupción *ex-ante* por excelencia y como una manifestación de la participación ciudadana en el proceso de toma de decisiones. Adicionalmente es una institución profundamente democrática no sólo debido a sus vínculos con diversos preceptos constitucionales sino porque redundante a favor de su consolidación. Por lo tanto, resulta conveniente trasladar con las respectivas adecuaciones a nuestra realidad jurídica, una institución que puede servir para luchar contra la corrupción y el tráfico de influencias que tanto afectan nuestra institucionalidad y el progreso económico. ~~AP~~