



**UNIVERSIDAD DE CHILE**  
**Facultad de Derecho**

**El lobby y el establecimiento de prohibiciones para  
evitar el problema de la “puerta giratoria”**

MEMORIA DE PRUEBA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN  
CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

INTEGRANTES:  
Juan Eduardo Baeza Palacios  
Rodrigo Mora Ortega

PROFESOR GUIA:  
Alvaro Tejos Canales

Santiago, Chile  
2006

*A nuestros padres, Margarita, Alicia, Juan y José Carlos por habernos regalado el privilegio de estudiar.*

*A nuestras parejas, Beatriz y Paulina, por el constante apoyo diario.*

*Y a Jorge Ortega, por transmitir la pasión.*

## P R Ó L O G O

No ha sido fácil elaborar una tesis sobre lobby sin caer en la tentación enciclopédica que caracteriza a los estudiantes de derecho. Sin duda, esas intenciones de abarcarlo todo pueden habernos jugado en contra buena cantidad de veces; máxime un proyecto de ley en ciernes, el cual ya demoraba mucho más que el desarrollo de este trabajo. Fue difícil seguir los tiempos de la legislatura.

La bibliografía, abundante en apariencia, carecía de obras de calidad que fueran hechas por especialistas en asuntos de corrupción. Si sirve como primera conclusión, la pobreza de la bibliografía en español sobre los temas de probidad es un mal síntoma para el fortalecimiento del sistema democrático.

Entonces, el estudiar un poco más profundamente este tema, respecto del cual poco – por no decir nada - se ha escrito en nuestro país, constituyó un importante desafío, que luego de extensas tertulias decidimos abordar con un poco de temor, al no dar, en un comienzo, con alguien realmente especialista en el tema que nos pudiera orientar en el desarrollo del trabajo.

Posteriormente, el compartir visiones e inquietudes con distintos académicos fue enriquecedor y apasionante. Si no fuera por ellos, esta tesis no hubiere visto la luz. Vayan entonces nuestros agradecimientos al Profesor Guía, don Álvaro Tejos, quien nos apoyó en todo término e instante. Por otra parte, al incondicional y gratuito apoyo de Mario Drago, quien facilitándonos abundante bibliografía en inglés y español, nos transmitió una visión pasional y, por otro lado, llena de realidad. Por las conversaciones establecidas con los profesores Patricio Navia, Luis

Cordero, Alfredo Rehren, con nuestros superiores en la labor pública y, en fin, por tantos amigos interesados que nos estimularon a seguir, con sus recortes de diarios y sus opiniones en la sobremesa.

Los Autores  
Santiago, Agosto de 2006

## **INTRODUCCIÓN**

Se hace preciso señalar que abordar en su integridad el tema del lobby resulta sumamente complejo en consideración el vasto campo de aristas que conlleva. Así, y a lo largo de este trabajo, y a manera de circunscribirlo a áreas más especificadas, analizaremos como asunto medular el problema que se genera a raíz de lo que se ha denominado “puerta giratoria”, planteando como objetivo primordial describir que el establecimiento de un catálogo de prohibiciones resulta, entre otros medios, útil para evitar el mencionado problema.

Con este fin, hemos dividido la obra en cuatro capítulos.

En el primero, notando la multiplicidad de acepciones que tiene el concepto “lobby”, restringimos el mismo sacando de él todos los elementos que no nos conduzcan a una definición operacional de carácter jurídico. Para ello, y considerando que es un tema respecto del cual nada se ha escrito en nuestra literatura, analizamos en términos generales cada una de las voces posibles esbozando finalmente un concepto propio.

En el segundo, tratamos de establecer las razones que llevan de forma imperiosa a regular el tema. Analizamos de paso el tema de la captura del Estado como peligro asociado a la desregulación,

la protección de las garantías constitucionales, la búsqueda de una mayor transparencia en los actos estatales y la preeminencia del bien común.

En el tercero, e introduciéndonos en el tema central del trabajo, analizaremos someramente el proceso de toma de decisiones públicas como supuesto necesario para el ejercicio de la actividad. Se enlazan aquí conceptos como los de potestades públicas y discrecionalidad. Finalmente, y en anticipo del cuarto capítulo, planteamos la regulación de los conflictos de intereses en general como paso hacia el fortalecimiento del sistema democrático.

Finalmente, en el cuarto capítulo, nos avocamos al problema del tránsito de los funcionarios desde el sector público al privado, y viceversa, denominado como “puerta giratoria”, y en particular reflexionamos sobre el establecimiento de prohibiciones legales como paliativo al problema. En tal objetivo analizamos lo propuesto por legislaciones comparadas como la de Perú, Canadá y Estados Unidos, y en segundo término el análisis de las iniciativas legales y que se encuentran aún en el Congreso Nacional.

## **CAPÍTULO PRIMERO**

### **HACIA UNA LIMPIEZA DEL CONCEPTO**

#### **1.1.- A manera de introducción.**

Llegar a un concepto unívoco acerca de la voz anglicana “lobby” resulta desafiante. Explorando en sus significados e implicancias, algunos refieren el fenómeno de la corrupción en sentido amplio y a la consiguiente necesidad de perfeccionamiento de la democracia; otros, a gestiones de intereses llevadas a cabo por ciertos grupos sociales que pretenden una decisión favorable para sí de parte de la autoridad; mientras algunos, derechamente, connotan con más precisión el tráfico de influencias y el cohecho. Como ejemplo de todo ello, es reiterativo en el lenguaje coloquial e incluso de reputados editorialistas de la prensa el que se diga “hemos sido objeto de lobbies o hacen lobby para...” como significación de las formas descritas.

Así, lo único que se constata en esta imprecisión conceptual es tanto la popularidad del término como la confusión que ciertamente desata por ausencia de estudios serios en la materia. Circunstancia esta última, propia de la realidad latinoamericana, en cuyo ámbito, y a pesar de múltiples esfuerzos

que luego detallaremos, no existe una legislación acerca del conflicto de intereses que sea concordante a las exigencias políticas que tal realidad despliega. Según veremos en detalle, el lobby, cabildeo o gestión de intereses se halla en deficiente estado de análisis y regulación. Tan sólo Perú tiene una ley formal de cabildeo, mientras que a la fecha de este trabajo, Argentina y Chile hacen esfuerzos de regulación; y todo, quizás, luego de continuos apercibimientos de diversas organizaciones internacionales para poner a tono el derecho interno con los convenios que se han firmado como la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC).

Este grave fenómeno de falencia regulatoria en asuntos relacionados con la probidad, de sobremanera se relaciona con la falta de consolidación del régimen democrático en Latinoamérica, máxime, la amplia proliferación de populismos y dictaduras en el continente en las décadas setenta y ochenta del siglo XX. Con todo, hablar de corrupción en un gobierno dictatorial no es lógico puesto que éste es en sí mismo, en la opinión de algún autor, “*la corrupción institucionalizada*”<sup>1</sup>. De manera paradójal, el retorno a los sistemas democráticos a mediados y fines de la década de los ochenta, no implicó mejoras sustanciales en materia de

---

<sup>1</sup> LAMO DE ESPINOZA, Emilio; *Corrupción Política y ética económica*, en *La corrupción política*, Francisco J. Laporta y Silvina Álvarez (Eds.), Alianza, Madrid, citado en BINDER, Jaime; *La infraestructura ética en Chile: problemas y desafíos*, ponencia en el VII Congreso CLAD, disponible en <http://www.bcn.cl/alegislativo/pdf/cat/docs/2394-07/341.pdf>

transparencia, peor aún, significó la irrupción de nuevos gobiernos cuestionados por su probidad (Argentina, Perú, Brasil, México, entre otros); quienes avalados nuevamente por el populismo consiguieron alto respaldo en la ciudadanía. De esto se desprende que un aspecto de suma importancia para la consolidación de los sistemas democráticos de calidad, no sólo en Latinoamérica, constituye la creación de mecanismos sólidos de combate contra la corrupción, como lo es, sin duda, la regulación de los conflictos de intereses y, principalmente, de la actividad de lobby.

## **1.2.- Consideraciones preliminares.**

### **1.2.1.- Lobby, subsidiariedad y Estado regulador.**

El concepto “*lobby*” o “*lobbying*” es compatible con el modelo de economía social de mercado imperante en que el Estado asume una tarea subsidiaria, es decir, delegando, por regla general, los medios de producción a los actores privados e interviniendo en el mercado y el proceso económico productivo sólo bajo dos supuestos: que el privado no quiera producir o que lo haga de manera deficiente. Citando a Alcalde, el Estado es “*una comunidad con un fin propio, independiente de la libre voluntad de los individuos, es decir, un ser supraindividual, pero también un*

*medio al servicio de la persona humana y de sus fines existenciales, es decir, un ser de carácter subsidiario”. Este principio “acota las funciones del Estado a la perspectiva de su misión esencial de servir al bien común. Así, partimos por reconocer el hecho de que la comunidad estatal es una unidad de personas individuales y sociales que poseen sus propios fines existenciales y sus propias funciones, así como sus propios derechos y facultades, y que tan sólo pueden conseguir la plenitud esencial de su ser respondiendo a las responsabilidades derivadas de estos fines. El Estado, entonces, se nos presenta como la comunidad al servicio de la coordinación de estas facultades y funciones en bien de todos. Se sigue de ello que siempre han de ser los fines específicos del bien común de la sociedad global los que determinen las funciones y, consiguientemente, los derechos del Estado. Estos derechos, como derivados del bien común más amplio, cuentan ciertamente con un rango elevado, el correspondiente a la soberanía, pero están limitados en su contenido según el principio de la subsidiariedad”.<sup>2</sup>*

De manera más clara, Jaime Guzmán señalaba en sus clases que *“El rol subsidiario del Estado es la suplencia necesaria del Estado (sic) a sociedades incapaces de realizar plenamente sus actividades. Son funciones que pueden realizar los particulares, pero que, de hecho, no realizan en forma satisfactoria. Si los particulares pueden hacerla, el Estado debe retirarse para que no*

---

<sup>2</sup> ALCALDE Rodríguez, Enrique; *Los Principios Generales del Derecho*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2003, 84 y 85p.

*haya un vacío en esta actividad (...) El rol subsidiario del Estado debe ser necesario o claramente conveniente para el bien común general, y sin perjuicio para continuar el esfuerzo, para incentivar o estimular a los particulares a corregir este vacío”<sup>3</sup>.*

Bajo el entendido anterior, el Estado debe favorecer condiciones para el pleno desarrollo de la naturaleza humana, fundando, estimulando y regulando la cooperación social en todos los aspectos. Así promueve el bien común, circunscribiendo su actuar al dogma de la subsidiariedad y encausándose en el pleno respeto a los derechos de las personas.<sup>4</sup> Esto lo recoge normativamente la Constitución de 1980 en su artículo 1º inciso 4º prescribiendo que *“El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”*.

A raíz del principio de subsidiariedad, es que se confiere al Estado una función reguladora de ciertos mercados, fundamentalmente de aquellos donde existan bienes públicos (educación, salud, infraestructura vial, etc.) en que aquél deba

---

<sup>3</sup> ROJAS SÁNCHEZ, Gonzalo y otros; *Derecho Político, Apuntes de las clases del Profesor Jaime Guzmán Errázuriz*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 1996, 54p.

<sup>4</sup> ALCALDE Rodríguez; Op. Cit, 84 y 85p.

intervenir a fin de incrementar el bienestar social a favor de los involucrados. Nótese que hasta antes de las drásticas reformas económicas de los denominados “*Chicago Boys*”, el Estado chileno detentaba la propiedad de la mayoría de los servicios públicos. A partir de la enajenación de las empresas de las cuales era dueño, el Estado pasó drásticamente de ser un prestador casi único de bienes y servicios a un Estado regulador.

De esto modo, el hecho de la regulación aportó consigo varias instituciones dentro del organigrama de la Administración estatal, entre ellas, las llamadas Superintendencias, entes generadores de abundante normativa que justamente regula, sanciona e imparte directrices según atribuciones que le confiere la misma ley regulatoria.

Esta larga lista de nuevos agentes reguladores, sumados a los ejecutores clásicos de las políticas públicas popularizaron sin duda la gestión de intereses y la transformaron en una actividad legítima, llena, sin embargo, de zonas grises. Si bien es evidente la influencia positiva del proceso democratizador chileno desde el 11 de marzo de 1990 en cuanto circunstancia de apertura y transparencia; la conjunción de las políticas económicas liberalizadoras con el creciente rol regulatorio del Estado aumentaron sin duda lo que llamamos *lobby*. Más aún, cabe recalcar como hito histórico detonante, el hecho que a partir

de la llegada de la democracia se hace imprescindible el entendimiento de los nuevos administradores de Palacio con los poderosos grupos de interés que simpatizaban con el gobierno militar y su legado político y económico; asimismo, con la reincorporación de grupos antes restringidos, como los sindicales. El régimen de Pinochet, catalogado asertivamente como una “dictadura desarrollista”<sup>5</sup> había creado un marco jurídico ideal para el experimento de los *Chicago Boys*, transformando al empresariado en un aliado incondicional. Aquellos que antes tenían “línea directa” deben redefinir su mapa de contactos y sentarse a negociar; iniciando así, sin duda, una persuasión de mayor intensidad y complejidad.

### **1.2.2.- El lobby no es una actividad nueva en Chile.**

Si bien los lobbystas siempre han existido, la discusión sobre su existencia y sus labores nunca fue relevante. Siempre se hablaba de la intervención de “hombres influyentes” y de los llamados “ajustes de notables”. Desde finales del siglo XIX, la asociación libre fue una gran novedad, provocada por un “tejido social más tupido como el mejor método para alcanzar objetivos compartidos”<sup>6</sup> de todo orden: de esta manera, religiosos, políticos,

---

<sup>5</sup> A este respecto ver HUNNEUS, Carlos; *El Régimen de Pinochet*, Sudamericana, Santiago, 2000.

<sup>6</sup> CORREA, Sofía y otros; *Historia del Siglo XX Chileno*, Sudamericana, Santiago, 2001, 32p.

deportivos, sindicales, etc. Como un buen ejemplo en Chile, se advierte la instalación de la Sociedad de Artesanos La Unión creada por Fermín Vivaceta en 1850.

Los lobbystas del Chile de principios del siglo XX provenían de poderosos estudios de abogados y personajes de la élite capitalina que gozaban de una amplia gama de contactos. Al respecto se escribió: *“Así las cosas, es una ingenuidad no reconocer que en Chile hay espacio para el lobby. Lo ha habido siempre, por lo demás. Años atrás, ¿alguien podría haber puesto en duda la calidad de los contactos de don Willie (sic) Arthur con el mundo político y empresarial, o de don Juan Videla, de la Sofofa, con las bancadas parlamentarias? La única novedad es que tal vez actualmente la función se esté profesionalizando”*<sup>7</sup>.

En una actual etapa dentro de lo que es la historia de la actividad en Chile, en tanto la comunicación estratégica fue ganando terreno en la organización de las empresas, se crearon importantes oficinas, lideradas en muchos casos por ex funcionarios de gobiernos concertacionistas como el sociólogo Eugenio Tironi (Tironi y Asociados) y el ex vocero de gobierno Enrique Correa (Imaginación). También otras, como Extend y la multinacional de *lobby* Burson-Marsteller. Pero los clásicos sujetos activos de lobby están muy lejos de batirse en retirada. El

---

<sup>7</sup> *El lobby en Chile*, Revista Capital, 1 de marzo de 2002.

estudio de la Universidad Diego Portales sobre “Elites Políticas y Lobby” muestra que los “ex parlamentarios”, “ex funcionarios de gobierno” - estos últimos, en forma obvia derivados de la Concertación -, “dirigentes gremiales y empresariales” y “bufetes de abogados” ejercen en gran mayoría este tipo de gestiones de intereses como sujetos activos.<sup>8</sup>

Los primeros impulsos hacia una legislación reguladora vienen precisamente del propio Correa, que sufriendo los embates de sus propios correligionarios por su oficio, propugnó evitar la “demonización” de la actividad y decidió participar en cada una de las fases de discusión del proyecto de ley chileno como en las mesas de análisis que se instalaron a su respecto.

Para reflejar la necesidad imperiosa de legislar y de demostrar a las autoridades y al público en general que la actividad se realiza desde hace mucho tiempo y sin ninguna regulación, el estudio mencionado de la Universidad Diego Portales arrojó que en la entrevista a 103 autoridades públicas, éstas reconocieron haber sido, en su gran mayoría (80%) “objeto de lobby” o, mejor dicho, que se habían ejercido actividades de *lobby* respecto de ellas, como sujetos pasivos.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Elites Políticas y su Percepción sobre la actividad de lobby en Chile, ICSO, Universidad Diego Portales, Informe de Prensa, disponible en <http://www.udp.cl/icso/investigacion/doc/lobby.pdf>.

<sup>9</sup> Elites Políticas y su Percepción sobre la actividad de lobby en Chile, ICSO, Universidad Diego Portales, Informe de Prensa, disponible en <http://www.udp.cl/icso/investigacion/doc/lobby.pdf>.

Pero el hecho que se constituyó como el destape de esta actividad “entre pasillos” y la discusión pública acerca de sus implicancias éticas, comienza a finales de 2003 cuando el mismo Enrique Correa, actuando en calidad de *lobbyista* o representante del Consejo Minero, aboga frente al gobierno por la eliminación del proyecto que establecía una regalía o *royalty* sobre las extracciones mineras efectuadas por la Gran Minería del Cobre. Cabe agregar que el proyecto *royalty*, emblemático de la administración Lagos en materia de política tributaria, generó un lato rechazo en la alianza opositora ya que se advertía como lesivo del patrimonio del inversor extranjero y vulnerador del derecho de propiedad.

Finalmente, el conflicto de intereses generado entre esta defensa corporativa hecha por el ex ministro y su militancia política activa le impone renunciar al Partido Socialista de Chile. En esa coyuntura, Correa fue fuertemente criticado por esta incompatibilidad y de hecho, antes de que se verificara su renuncia, fue amenazado de pasar al Tribunal de Disciplina por la directiva del partido. A fin de cuentas, las gestiones realizadas tuvieron un buen resultado: el proyecto original, luego de pasar por álgidas discusiones de carácter constitucional que referían de modo principal la vulneración del derecho de propiedad de los inversionistas mineros, fue claramente atenuado. En el fragor de

la batalla, la economista socialista Alexia Guardia escribió acerca del tema: *“Una cosa es tener dentro del socialismo opiniones discrepantes con el proyecto de royalty, que nos merece todo respeto y otra cosa muy distinta es realizar operaciones cubiertas o encubiertas (sic) contra el proyecto para que este fracase en el Congreso. Esto último no es escandaloso, sino inmoral”*<sup>10</sup>.

Al respecto, no es menor que los ex funcionarios de gobiernos sean capturados por los grupos de interés para el ejercicio del *lobbying*. Xifra opina al respecto que *“los antiguos decisores públicos, ya sean ex ministros, exparlamentarios (sic) o exaltos (sic) funcionarios que conocen como nadie los entresijos de la toma de las decisiones públicas, son las personas indicadas para el contacto con los legisladores, normalmente ex compañeros de gobernabilidad (...) son los que mejor pueden vender, en palabras de Julián “este combinado de acceso, influencia y consejo que tan bien define la función del perfecto lobbysta”*.<sup>11</sup>

No fue sólo el problema del *royalty* minero lo que encendió la alarma respecto del tema, la palabra lobby se repetía sucesivamente en las negociaciones acerca de las leyes de pesca, eléctrica y la de la bullada modificación al régimen de bandas de precios que afectaría a la industria azucarera, sobre todo esta

---

<sup>10</sup> *Lobby, democracia y socialismo*, El Mostrador, disponible en [www.elmostrador.cl](http://www.elmostrador.cl), 23 de julio de 2004.

<sup>11</sup> XIFRA, Jordi; *El lobbying: cómo influir eficazmente en las decisiones de las instituciones públicas*, Gestión, Barcelona, 1998, 88p.

última a un productor casi exclusivo, IANSA, a la sazón representada por el ex dirigente del MAPU Óscar Guillermo Garretón. El economista del *think tank* derechista, “Libertad y Desarrollo”, Luis Larraín escribía en lo más álgido de la discusión: *“El espectáculo dado por el lobby realizado por las empresas y productores afectados y sus asesores ha sido calificado como poco estético, ya que esta vez ni siquiera se guardaron las formas en algunos casos. Pero si hacemos memoria, esto viene repitiéndose desde hace algún tiempo”*. Y agregaba, *“El servicio público consiste justamente en defender el interés general y no el de grupos de presión particulares. Si el Gobierno no tiene un proyecto propio, quedará entonces a merced de los grupos de presión.”*<sup>12</sup>

El lobby comenzaba de esa manera a ser “un problema país”; y aunque la población lo notara tímidamente en encuestas de percepción pública, dentro de la élite política ya tocaba fondo.

Creemos que probablemente el hecho de plantear la iniciativa de regulación en un contexto de agenda de modernización, podría interpretarse como un signo de fortalecimiento de las instituciones democráticas o, más aún, un acto de resguardo de la credibilidad de las instituciones del Estado que sirven fundadamente al crecimiento social y económico, evitándose de esa forma caer en los índices confeccionados por los

---

<sup>12</sup> El Diario Financiero, 25 de agosto de 2003.

estudiosos del riesgo país.

### **1.2.3.- El lobby y asociaciones intermedias como regla general de su ejercicio.**

El *lobby* genera múltiples aristas de análisis, temática que supera ampliamente al tema politológico de los grupos de presión. Analizar el *lobby* significa asestar en el íntimo funcionamiento del aparato estatal y, aceptando el consenso de un Estado Democrático de Derecho, connota además la posibilidad de aseguramiento práctico del respeto a los derechos fundamentales y la perfección en la participación ciudadana para la mejor elaboración de la legislación y formulación de las políticas públicas.

No resulta desmedido sostener menor decir que el “*lobbying*” o “cabildeo” – hispánicamente hablando -, se ha ido arraigando paulatinamente en el complejo mundo de las relaciones entre el Estado y las agrupaciones de ciudadanos en su mas variado despliegue de intereses contrapuestos, no sin antes admitir que no puede ser otro el comportamiento de las denominadas agrupaciones y organizaciones intermedias (Constitución, artículo 1 inciso 3°). Dejando en claro, de todos modos, que el ejercicio del lobby no se limita sólo a ellas, puesto que la asociación, siendo la

norma general, no limita a que personas naturales utilicen el mecanismo<sup>13</sup>.

Ahora bien, el tema del derecho de asociación sin permiso previo y su garantía de jerarquización constitucional (artículo 19 N° 15) como íntimamente vinculado con el comportamiento de los grupos de presión - de paso, asociaciones intermedias -, no nace ahora. En la génesis del pensamiento democrático, el célebre Alexis de Tocqueville en su obra “La Democracia en América” – asociada a una estadía en la naciente Norteamérica -, defendía con fuerza la vitalidad de las asociaciones civiles con el objetivo de defender las libertades públicas y así controlar los posibles abusos del gobierno: *“Independiente de las asociaciones permanentes (...) hay una gran cantidad de otras más que no deben su existencia y su desarrollo sino a las voluntades individuales (...) El habitante de los Estados Unidos aprende desde su nacimiento que hay que apoyarse sobre sí mismo para luchar contra los males y las molestias de la vida; no arroja sobre la autoridad social sino una mirada desconfiada e inquieta, y no hace un llamamiento a su poder más que cuando no puede evitarlo. Esto comienza a sentirse desde la escuela, donde los niños se someten, hasta en sus juegos, a reglas que han establecido y castiga entre sí los delitos por ellos mismos definidos”*<sup>14</sup>. Luego, clasificando entre

---

<sup>13</sup> Para estos efectos ver la definición del propio proyecto de ley chileno.

<sup>14</sup> DE TOCQUEVILLE, Alexis; *La Democracia en América*, Fondo de Cultura Económica, México, 1984, 206p.

varios tipos de asociación, - donde el último grado es lo que podríamos llamar un partido político - clarifica al primero diciendo que *“Una asociación consiste solamente en la adhesión pública que da cierto número de individuos tales o cuales doctrinas, y en el compromiso que contraen de contribuir de cierta manera a hacerlas prevalecer (...) Cuando una opinión es representada por una asociación, está obligada a tomar una forma más clara y precisa. Cuenta con sus partidarios y los compromete para su causa. Éstos aprenden por sí mismos a conocerse unos a otros, y su ardor se acrecienta con su número. La asociación reúne en un haz los esfuerzos de los espíritus divergentes, y los empuja con vigor hacia un solo fin claramente indicado por ella”*<sup>15</sup>.

Entonces; si es que nos hemos remitido al ámbito de las decisiones de órganos públicos, debemos dejar en claro que éstas no pueden estar *“ilegítimamente influenciadas o determinadas por intereses particulares ni menos aún llevadas a cabo en detrimento de los legítimos derechos e intereses de los ciudadanos”*<sup>16</sup>. Por tanto, es necesario que este proceso sea reglado adecuadamente tratando, mediante esos actos normativos, de cautelar eficientemente el ejercicio de los derechos fundamentales que se hallan regulados constitucionalmente y en instrumentos internacionales de reconocimiento jurídico

---

<sup>15</sup> DE TOCQUEVILLE, Op. Cit., 207p.

<sup>16</sup> Mensaje de S.E el Presidente de la República con el que se inicia un proyecto de ley que regula el lobby.

constitucional en los términos del artículo 5 inciso 2° de la Carta Fundamental.

Pero el primer problema no es el fenómeno en si mismo como objeto de regulación, sino que es el concepto y su clara delimitación como así también aquellas conductas ilícitas que de aquél han de derivarse por un entender desviado de la cuestión, cuyo corolario sea el fenómeno de la corrupción según equívocos de ordinaria ocurrencia. De modo que, cabe cuestionarse: ¿ qué es lo que vamos a regular ?, luego, ¿ porqué vamos a regular?.

### **1.3.- ¿ Qué vamos a regular ?**

Prácticamente todos los días, titulares de la prensa refieren al lobby como algo clandestino, secreto, "entre pasillos"; mas, a la vez, paradójamente, revestido de aires de legitimidad dentro del juego político cotidiano. Convendría entonces detenerse un instante para clarificar ahora que el ejercicio del lobby no sólo contempla teóricamente como sujetos activos a los grupos de presión de alto nivel como transnacionales y poderosas asociaciones gremiales, sino que, al menos como principio, a cada uno de nosotros en el libre ejercicio y despliegue de derechos fundamentales asegurados por un régimen democrático. Esta afirmación excluye la ilicitud del comportamiento per sé.

Concordamos con la diputada Carolina Tohá en la discusión del proyecto de ley sobre esta materia: *“...una vez que tengamos normas claras y el lobby salga del área confusa en que se encuentra, esta actividad será tan normal y legítima como cualquier otra. Pero eso no quiere decir que pase a ser automáticamente inofensiva. El lobby es una actividad delicada, porque consiste en tratar de obtener de la autoridad atención preferente por determinados intereses, determinados incluso por intereses propios. Por eso, si el lobby no está regulado y previstas todas las posibles situaciones, puede transformarse, con mucha facilidad, no sólo en un factor de distorsión de la democracia, sino de acentuación de las inequidades sociales, porque la posibilidad de hacerse escuchar e influir sobre la autoridad no es equitativa en la sociedad.”*<sup>17</sup>

Pues bien, desde un punto de vista distinto, el de un interesado, Enrique Correa afirma que *“el lobby, entendido como asesoría en el proceso de negociación, es una actividad profesional que comprende la complejidad de la modernidad y provee tanto al cliente como al gestor público de puntos de vista convergentes,*

---

<sup>17</sup> Discusión que aprueba el proyecto en general, Cámara de Diputados, Sesión 29ª, martes 14 de diciembre de 2004, disponible en [sil.senado.cl](http://sil.senado.cl).

*aportando a la resolución de las diferencias en tiempos más acotados.”<sup>18</sup>*

El Mensaje del proyecto de ley chileno plantea algo interesante: una especie de tensión normativa entre varios derechos fundamentales del individuo, en cuanto *“por un lado, está el derecho de todos los ciudadanos, individual u organizadamente, de hacer ver sus puntos de vista frente a la Administración o al Congreso. (sic) Y, por otra, la necesidad que ese proceso de participación y de comunicación ofrezca igualdad de oportunidades a todos los potenciales afectados y la necesaria información que permita el control tanto de la actividad administrativa como legislativa”<sup>19</sup>*. A fin de cuentas, podríamos ejercer, dentro de las restricciones legales y reglamentarias, el derecho de petición ante la autoridad encargada de formular y ejecutar las políticas públicas y, por el otro, el derecho a que se mantenga la igualdad ante la ley por parte de quienes acceden a la autoridad pública, a fin de que no hayan gestores de intereses de primera y de segunda clase. El tema esencial del proyecto chileno es hacer concretas las garantías constitucionales mediante la ley, asegurando la transparencia en la toma de las decisiones públicas.

---

<sup>18</sup> Informe de la Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización, sesión de 19 de octubre de 2005, 16p, disponible en [sil.senado.cl](http://sil.senado.cl)

<sup>19</sup> Mensaje de S.E el Presidente de la República con el que se inicia un proyecto de ley que regula el lobby 3407-07, disponible en [sil.senado.cl](http://sil.senado.cl).

Ahora, si bien es cierto que la prensa toma el fenómeno en su globalidad – bajo la constatación de la desregulación imperante y más cercana a la corrupción - se llega forzosamente a una conclusión primera: son las zonas grises de esta conducta las que traen consigo la necesidad de regulación a nivel orgánico de las actividades de los denominados lobbystas o prestadores del servicio de lobby.

La idea preliminar exige acercarse a una noción precisa, relativamente unánime y clara del concepto, para lo cual se debe relacionar adversativamente el sentido genuino con los conceptos erróneos que frecuentemente se asocian con el fenómeno de la corrupción: negociación incompatible, tráfico de influencias, cohecho, entre otros. Ello implica, a fin de cuentas, dejar en claro que el lobby, en la idea que tendremos a la vista - llamémosle “concepto limpio”-, no se encuadra dentro de los ilícitos civiles, penales o administrativos establecidos en toda nuestra legislación.

#### **1.4.- Esfuerzos regulatorios.**

A nivel comparado son varios países cuyos intentos legislativos tienden a establecer un marco regulatorio conforme al cual pueda desarrollarse la actividad. Debemos afirmar que dichos intentos en algunos casos son tenues y de difícil implementación; algunos sin siquiera ser vinculantes, como las directrices de la

Unión Europea de 1992 o las Recomendaciones del Comité Parlamentario de Estándares de la Vida Pública en el Reino Unido (2000).

Sin duda que los países más involucrados en la regulación del lobby han sido Estados Unidos (*Lobbying Disclosure Act* de 1995) y Canadá (siendo la más relevante la Ley de Québec). En líneas generales, ambos definen lo que entienden por Sujetos Activos y Pasivos de lobby, cuándo ocurre éste, el establecimiento transparente de un Registro de lobbyists, y un catálogo de prohibiciones para ejercer la actividad. Lo más importante es que instalan organismos que se preocupen de dar directrices éticas al respecto, como ocurre con la *Office* de la ley canadiense. Con todo, la regulación no ha excluido los conflictos, especialmente en Estados Unidos. Conocido es el caso del lobbyist Jack Abramoff – uno de los más importantes de la plaza - quien en este año fue perseguido por tráfico de influencias, desatando una gran discusión acerca de la efectividad de la regulación y de sus zonas grises.

En lo concerniente a Europa, no existe ninguna regulación de carácter vinculante para los países que forman parte de la Unión Europea (UE), sino que se han establecido directrices por la Comisión Europea (1992) que definen a los grupos de presión y previenen sus finalidades, creando al efecto mecanismos

tendientes a garantizar la transparencia en el actuar de los distintos grupos y recomendando a su vez que cada uno de ellos apruebe sus propios Códigos de Conducta, dando paso a una autorregulación. Como corolario, hacia el año 1998, por parte de la Unión Europea se creó una página web con el objetivo de facilitar la participación de grupos económicos, sociales y representantes de la sociedad civil.

Más cercano a nuestro país, el único lugar donde se ha regulado con éxito la actividad del “cabildeo” (en este caso) ha sido Perú, país en el cual y por Ley N° 28.024 de 2003 se norma la gestión de intereses ante los organismos públicos, previendo las conductas que se consideran cabildeo o lobby, incompatibilidades, registro de lobbystas y catálogo de obligaciones para los sujetos activos y pasivos de la actividad.

Finalmente, como ya lo mencionáramos, en países como Argentina, Chile, Costa Rica y México se encuentran en pleno proceso de tramitación las legislaciones regulatorias de la actividad. En Chile, por su parte, coexisten cuatro proyectos de ley destinados al mismo objetivo, tramitándose con preferencia el elaborado por el oficialismo que persigue la regulación mediante una ley particular (3407-07).

## **1.5.- Concepto.**

### **1.5.1.- Su naturaleza dentro de la politología. Teoría de los Grupos de Presión. Diferencia entre Grupos de Interés, Grupos de Presión y Lobbying.**

Para conceptuar, previamente necesitamos delimitar y reubicar someramente algunos conceptos usuales de la ciencia política; a saber, grupos de presión, grupos de interés y *lobbying*. A primera vista pareciera que la doctrina no se ha puesto de acuerdo en dicha ordenación, e, incluso, al *lobbying* se le confiere un tratamiento análogo al de los conceptos antedichos.

Los grupos de presión connotan un tema cuyo enfoque de manera especial se en la sociología y, mas específicamente, asociado a la teoría de grupos. Diversos politólogos y sociólogos han formulado proposiciones al respecto. A principios de siglo, Arthur Bentley en su obra *The process of Government* (1908) reclamaba “*dirigir la atención y el interés de los politólogos de (...) las instituciones jurídico-formales a las actividades informales de los distintos grupos que actúan en una sociedad*”<sup>20</sup>. Bentley plantea por primera vez que la esencia de la vida política es el conflicto de grupos que compiten libremente en defensa de un interés, dentro de una especie de proceso de ajuste. Más tarde, David Truman,

---

<sup>20</sup> BOBBIO, Matteucci y Pasquino; *Diccionario de Política*, Siglo XXI Editores, México, 2002, 728p.

dentro de la misma línea, en su obra *The Governmental Process* (1951) comienza a hablar de grupos potenciales que van apareciendo dinámica y alternativamente, en un sistema de pesos y contrapesos. Por parte de los teóricos, este análisis por débil y confuso no puede aspirar al estatus de teoría general de la política, sin embargo, logra despertar atención en los investigadores acerca de “*los grupos semipolíticos que tratan de obtener decisiones favorables de los grupos gubernativos organizados e institucionalizados*”.

De otro lado, Mancur Olson en *La lógica de la acción colectiva*, desarrolla una crítica desde un punto de vista económico que parte de la base de que si el individuo actúa racionalmente, no se involucrará en un grupo a no ser que obtenga beneficios de carácter selectivo desarrollados por ese mismo grupo. Distingue luego lo que significan los grupos amplios, como podrían ser las confederaciones de trabajadores, donde la aportación de los miembros individuales es demasiado reducida dejando a muchos ajenos al grupo que no trabajaron en la consecución de sus fines y que se benefician gratuitamente de la acción colectiva (*free riders*). En cambio, plantea que en los grupos pequeños hay una participación de gran intensidad, pudiendo ellos conseguir fines concretos y limitados.

Teorías posteriores criticaron la postura olsoniana en

cuanto existen muchos incentivos de carácter no material que llaman a los miembros a formar grupos amplios y a que la organización superviva.<sup>21</sup>

Contemporáneamente se han dado para distinguir y facilitar el trabajo de análisis, definiciones relativamente unánimes acerca de lo que constituyen grupos de presión, grupos de interés, lobbying y partidos políticos.

El concepto de grupos de interés definido por Truman considera *“cualquier grupo que, basándose en una o varias actividades compartidas, lleva adelante ciertas reivindicaciones ante los demás grupos de la sociedad, para el establecimiento, el mantenimiento o la ampliación de formas de conducta que son inherentes a las actitudes compartidas”*. No obstante lo explícito de la definición, se hacen críticas fundamentales a la misma: primero, propone la noción de interés como algo demasiado genérico; segundo, reduce ese interés a lo meramente económico y, finalmente, nada refiere de *“las modalidades de interacción de los distintos grupos existentes ni el modo preciso en que tratan de prevalecer estos intereses”*<sup>22</sup>.

El concepto grupos de presión es un poco más discutido

---

<sup>21</sup> MOLINS, Joaquín; *La Teoría de Grupos*, Working Papers, Universitat Autònoma de Barcelona, disponible en [www.recercat.net/bitstream/2072/1323/1/ICPS143.pdf](http://www.recercat.net/bitstream/2072/1323/1/ICPS143.pdf)

<sup>22</sup> BOBBIO y otros; Op. Cit., 728p

por la ambigüedad que ha presentado en los diversos teóricos toda vez el diferenciarlo claramente de los partidos políticos. Haciendo esta prevención, Pasquino señala que *“son los grupos organizados que, a pesar de que tratan de influir en la distribución de los recursos dentro de una sociedad ya sea para mantenerla invariada o para cambiarla a su favor, no participan directamente en el proceso electoral y, en cierto modo, no están interesados realmente por administrar por cuenta propia el poder político sino en cuanto tener un acceso fácil y franco a éste último e influir en sus decisiones*<sup>23</sup>. En sí, es una organización de carácter formal y que acciona mediante la presión, la cual también ha sido definida como una actividad ejercida por *“un conjunto de individuos que unidos por motivaciones comunes tratan de influir, a través del uso o amenaza de sanciones, en las decisiones que toma el poder político, ya sea a fin de cambiar la distribución prevaleciente de bienes, servicios, cargas y oportunidades, ya sea a fin de conservarla ante las amenazas de intervención de otros grupos o del poder político mismo”*.<sup>24</sup>

Coincidiendo con Jerez, sin duda se da un tratamiento ambiguo para relacionar e identificar grupos de presión y grupos de interés – lo connota por lo demás la tendencia en la literatura norteamericana -; aunque la discusión pretende zanjarse

---

<sup>23</sup> BOBBIO y otros; Op. Cit., 730p.

<sup>24</sup> BOBBIO y otros; Op. Cit., 728 y 729p.

afirmandose que “*un grupo de interés se convierte en grupo de presión cuando llega a la escena política, operando como actor político*”<sup>25</sup>; definiéndose así como “*una organización o colectivo de personas –físicas o jurídicas- que ante todo busca influir en política o promover sus ideas dentro de un contexto económico y político determinado, incidiendo en el proceso de toma de decisiones mediante su actuación sobre los poderes ejecutivo, legislativo y/o judicial –directamente o a través de la opinión pública- para intentar moldear la formulación de políticas públicas y condicionar su implementación*”<sup>26</sup>.

La dinámica y forma de operar de los grupos de presión respecto a los partidos políticos en sus múltiples formas da lugar, generalmente, a una mutua penetración y colaboración entre uno y otro con alcances de influencia decisiva en los procesos legislativos. Tal se ha dicho, los grupos de presión quieren ser influyentes, los partidos políticos, poderosos.<sup>27</sup> No son extraños los casos, tampoco, en que los mismos grupos de presión se han convertido en partidos políticos e incluso han llegado al poder; como ocurrió con el Sindicato Solidaridad liderado por Lech Walesa, quien se convirtió en primer ministro de Polonia en 1989, incluso apoyado expresamente por el Papa Juan Pablo II.

---

<sup>25</sup> JEREZ, Miguel; *Los grupos de presión*, en Rafael Del Águila (comp.), *Manual de Ciencia Política*, Tecnos, Madrid, 1999, 297p.

<sup>26</sup> JEREZ, Miguel; Op. Cit., 297p.

<sup>27</sup> SARDON, José Luis; “*La Democracia Constitucional como alternancia ordenada de partidos*”, Ponencia presentada en el SELA 2004 de Yale Law School, disponible en <http://islandia.law.yale.edu/sela/SELA%202004/SardonPaperSpanishSELA2004.pdf>

Ante los partidos políticos, los grupos de presión tienen intereses más concretos, son más pequeños en número y tienen una responsabilidad política difusa.

Dentro de la variada tipología que se le ha dado a los grupos de presión, el autor alemán Klaus Von Keyme ha propuesto una que ha tributado consenso: “*grupos de interés económico especializado*” y “*grupos de interés público*”<sup>28</sup>. Los primeros estarían buscando en sus actuaciones ante todo su propio beneficio (por ejemplo, gremios del transporte, agrupaciones de exportadores, productores de carne, etc.), y los segundos tendrían un afán de bienestar social como sucede, por ejemplo, con las asociaciones de consumidores. Según el mismo autor, esta categoría última admite una subclasificación donde se agruparían organizaciones de empresarios, de profesionales, los sindicatos, asociaciones de interés público y asociaciones políticas, en un supuesto de régimen donde estas actúan como grupos de presión ante el Gobierno Federal<sup>29</sup>.

Un cierto cuestionamiento que ha sido materia de debate es si los movimientos sociales están incluidos dentro de los grupos de presión. Se han definido los movimientos sociales como

---

<sup>28</sup> Dejando atrás de esa forma otras clasificaciones clásicas como la de “grupos de intereses económicos” y “de propaganda” (S.E. Finer y Giovanni Sartori).

<sup>29</sup> Basta sólo imaginarse el caso que ocurriría en la propia Alemania, donde cada Lander constituye un grupo de presión distinto ante el Gobierno Federal, disputándose subsidios y regalías varias.

*“aquellas redes de interacciones informales entre individuos, grupos y/o organizaciones que, en una interacción con las autoridades públicas, elites y oponentes piden cambios en el ejercicio o la redistribución del poder a favor de intereses colectivos”*<sup>30</sup> Se dice que por su indeterminación y eventual “globalización” en la forma de expresar sus demandas, así como ocurre, por ejemplo, en los movimientos pacifistas, no debe entenderse que ejerzan menos presión que un grupo que se encuentra formalmente consolidado. En el grupo de presión existe sin duda una organización formal que lo diferencia y lo hace válido como instrumento de análisis.

Claro está, que existen factores que determinan la forma en la cual actúan los grupos de presión bien sea frente a la Administración, a los partidos políticos o el Congreso; y también, en una forma más específica, como grupos de propaganda sobre la opinión pública.

Es cierto que en algunas oportunidades la actividad de los grupos de presión resulta ser superior a la de otros sistemas y eso se da principalmente por la aparición de ciertas variables como el grado y tipo de consenso social – el cual no debe ser muy limitado –, la legitimación del grupo y el funcionamiento del sistema

---

<sup>30</sup> IBARRA, Pedro y otros; “Los movimientos sociales” en CAMINAL, *Manual de Ciencia Política*, Tecnos, Madrid, 1998; citado por CERRILLO, Agustí; *La regulación de los grupos de presión. El sistema de los Estados Unidos de América y de la Unión Europea*, disponible en [http://iigov.org/papers/?p=1\\_0012](http://iigov.org/papers/?p=1_0012)

partidista. Así, los grupos de presión actúan de diversas maneras condicionados por la cultura política del sistema en que actúan - según la poca publicidad de sus actuaciones- y conforme las características que tiene el proceso decisonal. En otro orden, la probabilidad de éxito que pueda tener un grupo de presión está determinada por los recursos que posea – entendido esto en sentido amplio -; destacándose en este orden, elementos como su dimensión, la riqueza, la calidad y la amplitud de los conocimientos y la representatividad.

Cosa importante, según Pasquino, es el hecho de que *“la probabilidad de éxito se acrecienta considerablemente cuando los afiliados y líderes de la organización provienen de estratos sociales superiores, cuando el grupo trata de promover fines que no están en conflicto con los valores sociales prevalecientes, y cuando los decisión-makers consideran legítimo al grupo”*.<sup>31</sup>

Existe, asimismo, un tema de suma importancia que se afina en la relación entre los grupos de presión, partidos políticos y administración política. Materucci identifica como influyente la relación de parentesco ente el grupo de presión y la ideología del partido político; la relación clientelar que tienen ciertos grupos de presión que se transforman en *“interlocutores privilegiados y en los máximo beneficiarios de las decisiones políticas”* y la relación

---

<sup>31</sup> BOBBIO y otros; op.cit, 728p.

llamada de *colonización*, por cuya virtud el grupo de presión, atendido un poder real de chantaje o por costumbre, veta el nombramiento de ciertos funcionarios administrativos; que en el caso chileno podría darse por los cargos de designación presidencial, sobre todo cuando se trata de actos institucionales, como por ejemplo, aquel que necesita acuerdo del Senado para la integración de la Corte Suprema.

La representatividad no deja de ser importante si se considera que permite un doble acceso a los decidores: tanto informal como formal (manifestado en la formación de organismos intermedios de gran influencia). Pero como se dijo, todo este análisis no debe inducir a la perversión como *idea per se*, sino que debe tomarse en cuenta como teorización de un fenómeno connatural a la existencia de un Estado. Reforzando la idea anterior, Meynaud ha expresado que *“la constelación de los grupos de presión refleja fielmente las estructuras socioeconómicas y las querellas ideológicas del país considerado”*<sup>32</sup>.

Hay temas que dejaremos para un análisis posterior, como los casos de “puerta giratoria”<sup>33</sup>, que se hace efectivo cuando alguno de los integrantes de los grupos de presión se hace miembro de la Administración o del parlamento, o viceversa, tema

---

<sup>32</sup> MEYNAUD, Jean; “Los grupos de presión”, Eudeba, Buenos Aires, 5ª edición, 1972, 14p.

<sup>33</sup> *Supra*, 82p

candente que asociado a toda regulación de conflicto de intereses.

Circunscritos a los ámbitos indicados, el *lobbying* sería uno de los tantos mecanismos que tienen los grupos de presión para actuar en el proceso político<sup>34</sup>.

Acerca de alguna definición, podríamos aproximar y proponer con alguna claridad una significación<sup>35</sup> politológicamente admitida bajo conceptos como los siguientes, a saber:

***“Es el proceso mediante el cual los representantes de grupos de interés, actuando como intermediarios, ponen en conocimiento de los legisladores o de los decisión-makers los deseos de sus grupos (...) Es, sobre todo, una transmisión de mensajes de los grupos de presión a los decisión-makers por medio de representante especializados(...) que pueden o no hacer uso de la amenaza de sanciones”<sup>36</sup>.***

Según nuestro parecer, este último elemento, el uso o amenaza de posibles sanciones por parte de quienes buscan influir, haría la diferencia entre la actuación de un grupo de interés y otro de presión haciendo *lobbying*.

---

<sup>34</sup> A decir de Jerez, *Op. Cit.*, 310p, además de la persuasión, está la amenaza, los delitos funcionarios, el sabotaje a la acción de gobierno y las protestas organizadas.

<sup>35</sup> A simple vista no parece un tema relevante, pero etimológicamente hay que distinguir entre lobby y lobbying, puesto que uno sería la acción y el otro el proceso propiamente tal –de hacer lobby-. Por lo mismo, algunas opiniones han propuesto desterrar ambos anglicanismos de la discusión, que en principio no tienen traducción al español, para trabajar con un verbo rector único en el ámbito hispanoamericano, como podría ser cabildeo y cabildear, pero con las aprehensiones que también tiene este término.

<sup>36</sup> BOBBIO y otros, *Op. Cit.*, 728p.

Intentaremos zanjar la disputa utilizando sólo a los grupos de presión como sujetos activos del lobbying.

### **1.5.2.- Usos corrientes del concepto “lobby”.**

Para evidenciar las diversas acepciones atribuidas al término, se relatan situaciones categorizadas – erróneamente o no - como acciones de lobby.

(1) El señor González, dueño de una marca de gaseosas, llama por teléfono al señor Santibáñez, subsecretario de salud, con el fin de manifestarle la necesidad de legislar sobre los contenidos de los jugos en polvo.

(2) Un grupo de vecinos, molestos por el paradero de microbuses que les fue puesto a la salida de sus residencias a raíz de la construcción de una autopista, se reúnen con el secretario de transportes a objeto de que su situación mejore lo más pronto posible.

(3) Un empresario muy importante del rubro de defensa se reúne con el secretario de esa cartera, con el objeto de ofrecerle una renovación del contrato de suministro de artefactos.

(4) Molestos por un acuerdo multilateral, los agricultores se reúnen con el ministro de esa cartera a fin de persuadirlo para aumentar la protección de la industria local.

Bien puede observarse, y según tales hipótesis conductuales así expuestas como lobby, existen características comunes que se asocian a las definiciones – escasas y no unánimes por lo demás – de la doctrina nacional y extranjera. En este uso habitual, lobby significa *“cualquier acción deliberada destinada a influenciar una decisión o curso de acción a favor de una parte interesada”*<sup>37</sup>. Las variadas definiciones ensayadas, incluso las esbozadas por politólogos, tienden, como primera irregularidad metodológica, a confundir el grupo de presión con el mecanismo de acción que tienen estos mismos, es decir, el *lobbying*.

Esto último ha sido objeto de fuertes críticas, al extremo que un autor previno al respecto que: *“en la práctica (...) el lenguaje vulgar no siempre realiza dicho distingo, muchas veces designándose con el término lobby lo que en realidad es grupo de presión (así cuando se hace referencia al lobby petrolero, al industrial, al agrario, al sindical, etc.). Sin embargo, debe subrayarse que cumplen roles diferenciados, encontrándose el factor grupal de presión en una relación de mandante a mandatario con respecto al lobby”*<sup>38</sup>.

Respecto al alcance etimológico de la palabra, pareciera

---

<sup>37</sup> DRAGO, Mario; “El lobby y su regulación”, ponencia en Seminario “El lobby en Chile y su regulación”, Universidad Diego Portales, 27 de Noviembre de 2003, disponible en [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl).

<sup>38</sup> CARNOTA, *La expresión de los lobbies en Estados Unidos*, citado por ALONSO PIÑEIRO, ARMANDO; Op. Cit.,19p.

que *lobby* y *lobbying*, a pesar de ser anglicanismos sin traducción clara al español, resultan por el nuevo significado que se les puede otorgar, ser los conceptos adecuados para referirse a la actividad. Los conceptos anteriores como el de “merodeo”, “vestibulero” o el verbo “cabildear”, usados dentro de los proyectos legislativos latinoamericanos - como la ley peruana - parecen de acepción más restringida y, de algún modo, vinculados al velo de ilicitud con que se connota esta actividad.

Al respecto, el verbo “cabildear” significa según el Diccionario de la Real Academia Española: “*Gestionar con actividad y maña para ganar voluntades en un cuerpo colegiado o corporación*”.

Para el autor argentino Armando Alonso Piñeiro, esto presupone “*otra errónea toma previa de posición, puesto que si bien la primera acepción de maña es “destreza, habilidad”, tal sentido se encuentra ínsito en “actividad”*”. Luego, sería la segunda acepción la procedente: “*Artificio o astucia*”, deplorable presunción que se agrava con la tercera acepción: “*vicio o mala costumbre*”. En última instancia, el aditicio “ganar voluntades en un cuerpo colegiado o corporación” ya no se ajusta definitivamente el ejemplo, porque el lobbying se ha extendiendo a la administración

pública”<sup>39</sup>.

Con todo lo anterior, el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua ya ha admitido la voz *lobby* como “grupo de personas influyentes, organizado para presionar a favor de determinados intereses”.

En fin, se ha objetado diciendo que si todas estas actividades – como las supuestas arriba indicadas - son manifestaciones de lobbying, ¿qué es lo que no sería tal?. Alonso Piñeiro destaca al respecto que “*Se comete frecuentemente el equívoco de generalizar la acción del lobbying extendiéndola a todo aquello que suponga un interés sectorial o particular con lo cual se llegaría al absurdo de sostener que todos, en el mundo moderno, están haciendo lobbying (...) llegaríamos al absurdo de convenir en que la comunidad es un debate permanente entre lobbyistas y no lobbyistas...*”.

De todos modos, si no fuera porque el autor propugna la profesionalización de la actividad, esta crítica sería débil puesto que ya vimos los amplios alcances que tienen los grupos de presión en el proceso decisonal de la administración, del Congreso Nacional e, incluso, en una atrevida creencia, en ciertos

---

<sup>39</sup> ALONSO PIÑEIRO, ARMANDO; *El Quinto Poder: Teoría y Práctica del Lobbying*, Macchi, Buenos Aires, 1992, 15p.

criterios a la hora de los fallos emanados de los Tribunales de Justicia y de otros muy relevantes en su momento, como la Comisión Resolutiva de la Ley Antimonopolios.

Sin duda que al analizar los temas a primera vista determinantes aparece uno capital; la asimetría de información existente en los distintos grupos de presión y la vulnerabilidad que podría existir si es que en virtud del lobbying llega a discriminarse a algunos lobbystas frente a otros que representan grupos de presión más poderosos. Este es un tema discutido ampliamente y a fin de cuentas relacionado con el aseguramiento práctico del derecho de petición en el mecanismo regulatorio de la actividad de la gestión de intereses, tal sería la intervención del Poder Judicial utilizando sus facultades conservadoras en un proceso cautelar de urgencia o, más complejo del punto de vista de las políticas públicas, el otorgamiento de un subsidio abierto para acceder a los servicios de lobbystas registrados<sup>40</sup>.

### **1.5.3.- Uso Estricto.**

El lobby está definido de manera estricta por el profesor chileno Mario Drago como *"cualquier acción deliberada destinada a*

---

<sup>40</sup> Así es como lo desliza el profesor Mario Drago, en una mesa redonda sobre lobby efectuada en el Congreso Nacional, 8 de octubre de 2004, disponible en [www.bcn.cl/pags/home\\_page/ver\\_articulo\\_en\\_profundidad.php?id\\_destaca=334](http://www.bcn.cl/pags/home_page/ver_articulo_en_profundidad.php?id_destaca=334) -

*influnciar una decisión o curso de acción en favor de una parte interesada y, más estrictamente, como toda acción deliberada y sistemática destinada a influir en las decisiones y políticas del Gobierno y/o el Congreso, llevar a cabo por un grupo particular en favor de sus intereses y sus puntos de vista, a través de la búsqueda de contacto o comunicación directa con autoridades y funcionarios públicos. Tal acción puede ser llevada a cabo por los propios interesados o través de terceros, los que reciben un pago, compensación o beneficio por tal labor".<sup>41</sup>*

En el Proyecto de Ley que se discute en el Congreso Nacional<sup>42</sup>, entre otras mociones que propugnan por la misma reforma legislativa, se da la definición de *“aquella actividad que, ejercida por personas naturales o jurídicas, consiste en promover, defender o representar los intereses y objetivos de personas, entidades u organizaciones privadas o públicas, tendiente a influir en las decisiones que debe adoptar el Congreso Nacional o los órganos de la Administración del Estado.”<sup>43</sup>*

Al parecer la definición dada por Drago, que resulta de un análisis doctrinal, incluiría más hipótesis de *lobby* que el

---

<sup>41</sup> DRAGO, Mario; Op. Cit.

<sup>42</sup> El Proyecto de Ley que está avanzado y que desplazó a los otros que estaban ingresados ya es el 3407-07, moción presentada por los Diputados de la Concertación, don Jorge Burgos, Carlos Montes, Antonio Leal, Eduardo Saffirio, Patricio Hales y Carolina Tohá. Los otros proyectos como los del diputado Alejandro Navarro y el presentado por los diputados de la Alianza por Chile Marcelo Forni, Marcela Cubillos y Nicolás Monckeberg fueron incorporados a este proyecto matriz vía indicación.

<sup>43</sup> Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, disponible en [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl)

mismo proyecto de ley, puesto que no sólo se queda en la intermediación para conseguir la modificación de una decisión emanada por una autoridad pública mediante la persuasión, sino que excluye a la representación como de la esencia.

El autor argentino Mario Justo López no se preocupa de prevenir una definición limpia sino que de delimitar cuáles pueden ser los múltiples objetivos de una actividad de *lobbying*:

*“a) intentos de influir en la elaboración, trámite o sanción de los proyectos legislativos; b) intentos de influir en los programas y plataformas electorales de los partidos políticos; c) intentos de influir en la nominación y elección de candidatos para ocupar los cargos o roles de gobierno; d) intentos de influir en el proceso de formación de la opinión pública”<sup>44</sup>.*

Hemos de notar en las definiciones antedichas que los verbos rectores que confluyen son, entre otros, persuadir, influir, defender. Connotación a fin de cuentas, de que los que participan en la toma de decisiones públicas como potenciales afectados – bien los dueños de las empresas, los gremios, las organizaciones sin fines de lucro –, puedan contar con un interlocutor válido e informado con el cual tengan una relación explícita y en lo posible

---

<sup>44</sup> MARIO JUSTO LOPEZ, *Introducción a los Estudios Políticos*, Buenos Aires, 1987, 505p, citado por ALONSO PIÑEIRO, ARMANDO; *El Quinto Poder: Teoría y Práctica del Lobbying*, Macchi, Buenos Aires, 1992, 19p.

remunerada que lo obligue, mediante un vínculo jurídico, a desplegar todos sus esfuerzos ante la autoridad pública para que ésta, luego de haber escuchado esos argumentos y razonado convincentemente, logre adecuar su decisión normativa a legítimos intereses de los representados.

Enrique Correa plantea la posición del lobbyista profesional como una ventaja inigualable para este tipo de gestiones: *“Lo que un lobbyista profesional pone al servicio de su cliente es su habilidad de negociación, es decir, su conocimiento de cómo se resuelven o compatibilizan la diversidad de intereses particulares dentro del gran mediador que es el sistema de gobierno; su conocimiento del mapa de actores involucrados en un conflicto; su conocimiento respecto de las políticas públicas y las prioridades políticas del Ejecutivo y del Legislativo; su capacidad para prever escenarios futuros y de cómo incidir en éstos dentro del juego de fuerzas en ejercicio, y su conocimiento de la opinión pública.”*<sup>45</sup>

De todas los plausibles esfuerzos que se han hecho en el campo de la ciencia política y la sociología por definir al *lobbying* de manera estricta, más la reflexión y análisis como nuestro aporte considerando la propia dinámica del fenómeno;

---

<sup>45</sup> Informe de la Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización, sesión de 19 de octubre de 2005, 16p, disponible en [sil.senado.cl](http://sil.senado.cl).

estimamos, en una perspectiva jurídica, que cualquier concepto debiera incorporar los siguientes elementos:

A) **Es una acción lícita**, por cuanto excluye en la esencia de su definición las conductas típicas y específicamente aquellas opuestas al valor de la transparencia y es coherente con la consecución de objetivos de bien común y el fortalecimiento del sistema democrático.

B) **Es una emanación del derecho constitucional de petición**, reconocido en la Constitución Política de la República de 1980 en su artículo 19 N° 14 y previsto en Tratados Internacionales de Derechos Humanos suscritos por Chile e incorporados a su Derecho interno.

C) En su ejercicio **debe velarse por la igualdad ante la ley** (19 N° 2 Constitución), considerando la obligación institucional de reconocer y amparar los grupos u organizaciones intermedias y garantizándoles su adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos (artículo 19 N° 1 inciso 3° Constitución).

D) **Involucra una representación y, eventualmente un mandato**, ya sea remunerado o no.

E) **Su objeto es la persuasión** en la finalidad de que los ejecutores de las políticas públicas formulen, omitan o agreguen, a raíz de la influencia ejercida, decisiones políticas y actos jurídicos de trasunto en políticas públicas; como la formulación de un proyecto de ley, la modificación de una regulación medioambiental e incluso la redacción de una declaración de buena voluntad emanada de agentes diplomáticos.

F) **No necesariamente debe ser remunerado**, ya que puede revestir la forma de un representante pagado por su mandante, o un mandatario que pertenezca al mismo grupo; punto bastante discutible en principio, porque si tendemos a creer que sería un lobbyista según la naturaleza usual de sus funciones, excluimos a varios de ellos que pertenecen a la organización la cual persigue el interés. En este sentido, la ley de Québec (2002), distingue para los efectos de la ley entre “*consultant lobbyist*”, “*organization lobbyist*” y “*enterprise lobbyist*”, según sean, respectivamente, lobbyistas profesionales – que prestan servicios de tal -, lobbyistas en favor de organizaciones sin fines de lucro (*an association or other non-profit group*<sup>46</sup>) y lobbyistas a favor de empresas (*profit-seeking enterprise*). En estos dos últimos tipos de sujetos activos de lobbying, la remuneración no es de la esencia.

G) Finalmente y es lo que constituye su elemento

---

<sup>46</sup> Esto, según lo indica el lenguaje de la propia ley.

diferenciador básico, **busca modificar, mediante la persuasión, políticas públicas.**

Las diferentes legislaciones han establecido criterios similares que buscan excluir de la actividad de lobby aquellas manifestaciones de persuasión de carácter general, oficial e indeterminado . Más allá de eso, el criterio no está definido suficientemente y deberían mejorarse los parámetros de exclusión.

A mayor abundamiento, el proyecto chileno (Boletín 3407-07) contempla en su artículo 4° lo siguiente:

*Artículo 4°.- No obstante lo señalado en los artículos precedentes, no constituyen actividades de lobby, las siguientes:*

*a) Toda expresión realizada a través de discursos, artículos, publicaciones o de cualquier otra forma destinada al público en general, o difundido a través de cualquier medio de comunicación.*

*b) Toda expresión realizada por cualquier medio, destinada a difundir una información a la ciudadanía;*

*c) Las manifestaciones realizadas con ocasión de una reunión o asamblea de carácter público;*

*d) Toda declaración o comunicación hecha por funcionarios públicos o por parlamentarios en el ejercicio de sus funciones y en el marco de actuaciones oficiales;*

*e) Las declaraciones o comunicaciones realizadas por el*

*directamente afectado o por sus representantes en el marco de un procedimiento o investigación administrativa;*

*f) Las declaraciones efectuadas o las informaciones entregadas a una comisión del Congreso Nacional;*

*g) Toda petición, verbal o escrita, realizada para conocer el estado de tramitación de un determinado procedimiento administrativo;*

*h) La información entregada por escrito a una autoridad pública competente, quien la ha solicitado expresamente para efectos de tomar una decisión dentro de un procedimiento administrativo;*

*i) Las presentaciones hechas por escrito o en audiencia pública dentro de un procedimiento administrativo que contemple instancias para las presentaciones de los interesados o del público en general y en el cual quede un registro público de la presentación;*

*j) Las presentaciones hechas por una persona a fin de obtener beneficios de carácter social, como los previsionales, de salud o de empleo, en los siguientes casos: i) Cuando el beneficiario sea el peticionario o su cónyuge, o hijos adoptados o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad, ii) Cuando en la presentación no se solicite la adopción, modificación o derogación de normas legales o reglamentarias;*

*k) Las demás análogas a las anteriores.*

## **1.6.- Esbozo de una propia definición.**

El lobby es la atribución y facultad reconocidas a todo persona y ciudadano, para que por sí o representado, y haciendo uso del derecho constitucional de petición, bajos los principios esenciales de igualdad y libertad, pueda acudir ante cualquier autoridad pública con la finalidad de precaver de los propios y legítimos intereses, tratando de influir en las decisiones de aquéllas para obtener una tutela y siempre que queden debidamente resguardados el interés general social o grupal.

## **1.7.- El lobby y los delitos funcionarios.**

### **1.7.1.- Compromisos del Estado Chileno en cuanto a regular el lobby y su nivel de cumplimiento.**

Existe una estrecha relación entre lo que denominamos lobby y algunos delitos funcionarios como lo son ciertas formas de cohecho y el tráfico de influencias. Por eso advertíamos más arriba<sup>47</sup> que la connotación del lobby en Chile y el resto de los países, que incluso han legislado sobre él, bordea la delictual; más aún, cercana a lo que se refiere al tráfico de influencias, conducta

---

<sup>47</sup> *Infra*, 1p y ss.

tipificada como delito desde que se suscribió por Chile la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC).

En 1994, el gobierno del Presidente Frei Ruiz-Tagle, dispuso que se estableciera una Comisión Nacional de Ética Pública integrada por diversos personeros<sup>48</sup>, quienes debían evacuar un informe que estableciera una política nacional de probidad y como consecuencia necesaria el proponer bases para una futura legislación que, básicamente, consagrara en la Carta Fundamental<sup>49</sup> los principios de publicidad y probidad y refiriera materias específicas como el financiamiento del gasto electoral y los conflictos de intereses. Resultado de esta comisión, y considerando el hecho de que no se abordaron todas sus recomendaciones, surgió la muy comentada Ley de Probidad (Ley 19.653) que modificó Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (Ley 18.575) y el Estatuto Administrativo (Ley 18.834). Dentro de las varias recomendaciones que hacía la Comisión estaba la de prevenir el tema de los conflictos de intereses, diagnóstico que se vino a recibir muy tardíamente.

---

<sup>48</sup> Entre ellos, el Presidente del Senado, Gabriel Valdés; el de la Cámara de Diputados, Jorge Schaulsohn; los ex decanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Máximo Pacheco Gómez y Eugenio Velasco Letelier, entre otros.

<sup>49</sup> De hecho, la modificación que se hizo en 2005 a la Constitución en su artículo 8° fue iniciativa de la propia Comisión, en cuanto consideró simbólico que fuera esa norma, considerada divisoria para el país en la primer redacción de la Carta Fundamental.

En lo que se refiere a compromisos legislativos, en marzo de 1996 Chile suscribió varios acuerdos vinculantes de relevancia, a saber, la Convención Interamericana Contra la Corrupción de la Organización de Estados Americanos (CICC), convertida hoy en ley de la República, y en Diciembre de 1997 la Convención sobre Soborno Internacional de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). Asimismo, en el año 2003 se suscribió por el Estado Chileno la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, la cual no se ha ratificado aún a esta fecha.

En lo que dice relación con el derecho interno, se dictaron por el Congreso Nacional la Ley N° 19.645 (11 de Diciembre de 1999), que modifica el Código Penal en cuanto a los delitos vinculados a la corrupción y la Ley N° 19.653 (14 de Diciembre de 1999) sobre Probidad Administrativa, cumpliéndose de paso las medidas recomendadas por la Comisión.

En relación a la CICC, el Estado chileno dio su ratificación el 22 de Septiembre de 1998 y depositó el instrumento respectivo el día 27 de octubre de 1998. Luego, en lo que se refiere al seguimiento de la misma, el 4 de junio de 2001, con ocasión de

la Asamblea General de la OEA, se suscribió una declaración en tal sentido.<sup>50</sup>

La CICC compromete al Estado en la pronta legislación de diversas materias relacionadas con la prevención de la corrupción tales como la declaración de intereses, un sistema para el resguardo de los funcionarios públicos que denuncian actos de corrupción, y la regulación del lobby. En cuanto a lo último, si bien la CICC no refiere explícitamente este tema si considera necesaria su regulación, *“debido al eventual problema de conflicto de intereses (contemplado en el artículo III, N° 1) que pudiese producirse en el desarrollo de las actividades de lobby, de no estar reguladas”*<sup>51</sup>.

Relacionado con lo anterior, es que la Corporación Chile Transparente, parte de lo que se denomina el capítulo chileno de la prestigiosa ONG *Transparency International*, realizó un estudio por encargo de la administración Lagos y con la conducción del profesor de Derecho Penal Luis Bates Hidalgo supuesto el análisis de los distintos capítulos de la Convención Interamericana. En el estudio se le asignaba por los expertos una calificación al Estado de acuerdo al nivel de cumplimiento de los

---

<sup>50</sup> Ver Mecanismo de Seguimiento de la implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC), 6 de febrero de 2004, disponible en [www.chiletransparente.cl](http://www.chiletransparente.cl)

<sup>51</sup> Informe Chile, Convención Interamericana contra la Corrupción, Corporación Chile Transparente, disponible en <http://www.bcn.cl/alegislativo/pdf/cat/docs/2394-07/343.pdf>

compromisos de la Convención. Esta práctica fue desechada en posteriores investigaciones de la misma organización.

Concretamente, el artículo III de la Convención decía al respecto que:

*“A los fines expuestos en el Artículo II de esta Convención, los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer:*

1. **Normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas. Estas normas deberán estar orientadas a prevenir conflictos de intereses** *y asegurar la preservación y el uso adecuado de los recursos asignados a los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones (...)*”

A pesar de todo lo anterior, el capítulo chileno de Transparencia Internacional<sup>52</sup> calificó como “lento” el accionar en materia de las recomendaciones que esta misma entidad le hiciera al gobierno de Chile en materia de conflicto de intereses, puesto que a la fecha de emisión del informe, el proyecto de ley que regula

---

<sup>52</sup>En su informe del “Barómetro Nacional” emitido el 9 de diciembre de 2004, la Corporación Chile Transparente, Capítulo Chileno de la ONG Transparency International, estableció como recomendación al respecto “regular adecuadamente el financiamiento de la política, separar con claridad la relación entre política y negocios y enfrentar con decisión los conflictos de intereses”. Al respecto, disponible en [http://www.chiletransparente.cl/BAROMETRO\\_NACIONAL.htm](http://www.chiletransparente.cl/BAROMETRO_NACIONAL.htm).

el lobby no se encontraba ni siquiera con urgencias. Más aún, podría decirse que ha habido una razonable presión pública en pos de la legislación en la que no se ha avanzado con la celeridad necesaria y deseada.

En lo que dice al informe realizado cumpliendo con el mecanismo de seguimiento de la Convención Interamericana, el propio estado de Chile al responder el cuestionario del Comité de Expertos<sup>53</sup> señaló que en relación al conflicto de intereses, tanto la Constitución, la Ley General de Bases de la Administración del Estado, como toda otra normativa pertinente se han orientado a establecer un catálogo de incompatibilidades en el ejercicio de las funciones públicas. Respuesta que a nuestro juicio no parece suficiente, ya que mientras el proyecto “duerme” en el Congreso, es frecuente observar problemas colaterales a la desregulación como la incorporación de ex funcionarios públicos al sector privado, en específico al área que regulaban. Caso emblemático en este sentido ha sido la reciente incorporación de Ximena Rincón (ex Superintendente de Seguridad Social), al directorio de una importante AFP, en el marco de la discusión de la más importante reforma previsional de los últimos 25 años, quien, sin embargo, desde un aspecto estrictamente legal, dio pleno cumplimiento a la normativa vigente que regula la materia.

---

<sup>53</sup> Ver en Respuesta del Estado de Chile al Mecanismo de Seguimiento de la Convención Interamericana contra la Corrupción, disponible en [http://www.oas.org/juridico/spanish/chi\\_res1.pdf](http://www.oas.org/juridico/spanish/chi_res1.pdf).

### **1.7.2.- Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos.**

Resulta necesario distinguir cuáles son los tipos penales dispersos en la legislación que tienen que ver con las diferentes definiciones que se han dado de lobby en este trabajo y que pueden llegar, peligrosamente, a asociarlo.

Según la obra de los profesores Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, las conductas que abarcan a los delitos cometidos por los empleados públicos en el desempeño de sus cargos tienen como bien jurídico protegido el recto funcionamiento de la administración pública, *“cuyos funcionarios tienen un deber especial frente a la consecución de sus finalidades en orden a la prosecución del bien común”*<sup>54</sup>. El Código Penal, para los efectos del sujeto activo, establece una definición de lo que se entiende por empleado público en su artículo 260: *“Todo aquel que desempeñe un cargo o función pública, sea en la administración central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de el, aunque no sean de nombramiento del jefe de la República, ni reciban sueldo del Estado. No obstará a esta calificación que el cargo sea de elección popular”*.

---

<sup>54</sup> MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia; Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial, Editorial Universidad de Talca, Talca, 2001, 30p.

Esta definición ha sido caracterizada como funcional, puesto que es más amplia que la establecida por el Estatuto Administrativo en que se debe observar que concurren los elementos de la titularidad más la competencia. Tomando en cuenta la anterior conclusión caerían dentro de la clasificación de funcionarios públicos dada por el mencionado artículo, cargos como el Conservador de Bienes Raíces, los martilleros públicos y los peritos judiciales.

A través del código punitivo se adviene a las figuras dispersas en éste y que se agrupan de acuerdo a diversos bienes jurídicos protegidos de manera preponderante: los delitos que afectan la probidad administrativa; los delitos que afectan la confianza pública depositada en los funcionarios, y los delitos que afectan el buen funcionamiento de la Administración.

Sólo nos interesa el primer grupo de delitos y dentro de ellos, los siguientes: la negociación incompatible, el tráfico de influencias y el cohecho en su forma pasiva propia.

#### **1.7.2.1 Tráfico de influencias.**

En lo que se refiere al tráfico de influencias, es una opinión relativamente mayoritaria dentro de los pocos

especialistas de la parte especial en este sentido<sup>55</sup>, que este delito no existe como un tipo autónomo, sino que es un medio comisivo dentro de los tipos de cohecho pasivo propio agravado (248 bis II CP) y de los de negociación incompatible (240 bis CP). Con todo lo anterior y para los efectos de la formulación de una política criminal unitaria, el fin del establecimiento de los tipos es el mismo, a saber, “evitar la desviación del interés general hacia fines particulares”<sup>56</sup>.

Es bueno precisar que el objeto del intercambio en este tráfico es la influencia, o sea, la posición de predominio o posición favorable que tiene una persona en relación con determinados centros de decisión y que es ejercida para incidir en el proceso motivador que conduce a un funcionario a adoptar una decisión. Desde un punto de vista amplio, también se considera tráfico de influencias el hecho que la conducta involucre el ejercicio de estas por una persona sobre el funcionario habilitado para decidir de un asunto, con el objeto de determinar esa decisión, incluso dado los supuestos que no se desarrollen ni la negociación ni el intercambio propios del tráfico. Esta última noción nos acercaría a la idea de *lobbying* como delito en sí o, mejor dicho, a la noción de *lobbying* que se acerca más a la popularmente aceptada que es la

---

<sup>55</sup> RODRIGUEZ COLLAO, Luis; *Delitos contra la función pública*, Jurídica de Chile, 2005, 348p, también MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia; *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial*, Editorial Universidad de Talca, Talca, 2001, 201p.

<sup>56</sup> RODRIGUEZ COLLAO, Luis; *Delitos contra la función pública*, Jurídica de Chile, Op.Cit.,349p.

vinculada a la corrupción. Como se ha dicho, *“el tráfico de influencias implica ejercer la potestad de que goza el empleado o la influencia que su cargo le otorga, en beneficio personal, de su familia o amigos, en lugar de aspirar al servicio de los intereses colectivos”*<sup>57</sup>

### **1.7.2.2.- Negociación incompatible.**

En cuanto al delito de negociación incompatible, el Código Penal en su artículo 240 establece que “El empleado público que directa o indirectamente se interesare en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo, incurrirá en las penas de presidio medio a máximo, inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio y multa del 10 al 50% del valor del interés que hubiere tomado en el negocio...”.

“Las mismas penas se impondrán a las personas relacionadas en este artículo, si en el negocio u operación confiados a su cargo dieren interés a su cónyuge...” y luego se señalan varios parientes cercanos.

---

<sup>57</sup> Contraloría General de la República, *Primer encuentro de Asesores Jurídicos*, Puyehue, 1997, 69p, citado por BARRA, Nancy, op. Cit.,85p.

*“Asimismo, se sancionará con iguales penas al empleado público que en el negocio u operación que deba intervenir por razón de su cargo, diere interés a terceros asociados con él o con las personas indicadas en el inciso precedente, o a sociedades, asociaciones o empresas en las que dichos terceros o esas personas tengan interés social, superior al 10% si la sociedad es anónima, o ejerzan su administración en cualquier forma”.*

Resulta interesante inquirir a que alude la ley penal con la palabra “interés”. Uniendo la segunda acepción de la palabra en el Diccionario de la Real Academia, interesarse significa *“darse a sí mismo o dar a otro parte en un negocio o comercio en que pueda tener utilidad o interés”*. Es evidente, atendido el *ratio legis* de la norma que el hecho de que la actividad sea lucrativa es de la esencia del tipo, de otra manera no se justificaría su inclusión.

En lo referido al cohecho, bien dice Rodríguez Collao que *“el ejercicio de influencias puede considerarse constitutivo de una infracción a los deberes del funcionario<sup>58</sup>”*. Lo que se hace, a fin de cuentas, es establecer una mayor pena *“para quien solicita o acepta recibir un beneficio económico para sí o para un tercero para ejecutar o por haber ejecutado un acto con infracción a los deberes de su cargo, cuando esa infracción consiste, precisamente, en ejercer una influencia sobre otro empleado público con el objeto de*

---

<sup>58</sup> RODRIGUEZ COLLAO, Op. Cit., 348p

*obtener una decisión favorable que pueda generar un provecho para un tercero interesado<sup>59</sup>”.*

---

<sup>59</sup> RODRIGUEZ COLLAO, Op. Cit., 348p

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **LA NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN**

En la literatura comparada, e incluso en la discusión del proyecto de ley chileno<sup>60</sup>, se han dado numerosas causas por las cuales es necesario regular el lobby. Sólo nos ocuparemos, a efectos de este trabajo, de cuatro; las cuales consideramos de primer orden: el resguardo del bien común, el mejoramiento de la transparencia, el refuerzo de algunas garantías constitucionales y el peligro de la captura.

---

<sup>60</sup> El informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia deja constancia de la intervención del entonces Ministro Luis Bates, quien indicó doce razones que justifican la regulación del lobby “1) Fortalecimiento del debate público para la toma de decisiones, y la legitimación, transparencia, fortalecimiento y mejora del proceso de toma de decisiones del Estado; 2) Se garantiza el derecho de todo ciudadano a hacer valer sus puntos de vista frente a la autoridad, defender sus legítimos intereses y participar, en un marco de igualdad de oportunidades y plena información; 3) La complejidad técnica de ciertos temas que aborda el sector público y que tiene repercusiones directas sobre el mundo privado hace necesaria la incorporación al debate de técnicos y especialistas; 4) Se evita el incremento de la corrupción; 5) Se evita una creciente desconfianza de la ciudadanía en las instituciones públicas, sus autoridades y funcionarios, los políticos y la política; 6) Ayuda a evitar la pérdida de legitimidad y confianza de la ciudadanía en las promesas de la democracia y el mercado; 7) Mejora la información disponible para el ejecutivo y los legisladores en la elaboración de políticas públicas y la toma de decisiones; 8) Facilita la negociación y búsqueda de compatibilización entre intereses privados y el interés público; 9) Contribuye a resguardar la imparcialidad e independencia de los parlamentarios y las autoridades y funcionarios públicos en el correcto ejercicio de sus cargos frente a presiones indebidas por parte de intereses particulares; 10) Es un elemento clave que aporta al proceso de cambio social, ya que permite alcanzar innovaciones específicas en políticas, planes y programas públicos; 11) Profundiza el proceso democrático, y 12) Ante la carencia de mecanismos formales de representación, permite a actores no políticos participar o incidir en la toma de decisiones políticas.”

## **2.1.- El bien común como marco orientador de las decisiones públicas.**

La Constitución Política de en su artículo 1° inciso 4°, ya citado, señala al bien común como una de las bases de la institucionalidad de la República.

Podemos observar entonces que este principio se encuentra recogido en sede constitucional y, por ende, debe orientar al Administrador en todo su actuar. *“La toma de decisión pública supone satisfacer la ecuación siguiente: tomo esta decisión porque beneficia a todos los ciudadanos, o bien tomo esta decisión, que potencialmente podrá estar dirigida a beneficiar a un sector preferentemente porque generará mayor bienestar en toda la población”*<sup>61</sup>. Sabemos con todo lo anterior, que si quien adopta una decisión pública privilegia ilegal o arbitrariamente a un grupo de personas, y más estrictamente hablando a un grupo de interés determinado, estará vulnerando flagrantemente el citado principio, y de paso varias garantías constitucionales como la igualdad ante la ley, el derecho a petición, la no discriminación arbitraria en el trato que debe dar el Estado en materia económica, entre otras.

Así entonces, se hace imperativo que el referido principio del

---

<sup>61</sup> FERNANDEZ, Miguel Ángel y otros, Informe en Derecho, Proyecto de Ley que regula el Lobby en Chile, Universidad Alberto Hurtado, Inédito.

bien común actúe como marco orientador de todo el proceso de toma de decisiones públicas que competen a la autoridad administrativa, ya que *“el sistema jurídico entero se somete a la Constitución concebida no como un sistema de Derecho Positivo, únicamente, sino que sobre ello con el carácter de plexo de valores, configurativo del proyecto máximo de bien común con el que se identifica una sociedad democrática”*<sup>62</sup>.

El principio de bien común, como marco orientador de la toma de decisiones públicas tiene, por tanto, estrecha vinculación con la gestión de intereses. Si ésta permanece sin regular, a puertas cerradas, sin que exista un escrutinio público acerca de quienes influyen en los procesos decisorios, ni que es lo que exactamente piden, el principio se hace ilusorio. Unido a lo anterior, está la innovación producto de la reciente reforma de 2005, la cual le dio consagración constitucional a los principios de probidad y publicidad (artículo 8° de la Constitución). En la práctica, esto significa que si observamos estrictamente el principio de supremacía constitucional, regular de manera urgente el lobby es el cumplimiento cabal de una exigencia de alto rango como la antedicha.

---

<sup>62</sup> CEA EGAÑA, José Luis, *El Sistema Constitucional de Chile*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, 1999, citado por BARRA, Nancy; *Probidad Administrativa*, Lexis Nexis, Santiago, 2002, 11p.

## **2.2.- En búsqueda de una mayor transparencia en los actos del Estado.**

Al momento de escribirse este trabajo se halla en discusión en el Congreso Nacional un proyecto de ley que pretende regular la actividad del lobby, enmarcado en un conjunto de reformas que tienden transparentar la actividad del aparato estatal. Como hemos dicho ya, si bien es cierto que el lobby o “cabildeo” entre pasillos se viene ejerciendo desde hace mucho tiempo, se hace absolutamente necesario otorgarle un marco regulatorio para acabar con vicios perniciosos para una sociedad democrática sobre todo cuando ellos derivan en la corrupción.

Más allá de definiciones doctrinarias, el proyecto de ley que regula el Lobby (Boletín 3407-07), entiende por tal, *“aquella actividad que, ejercida por personas naturales o jurídicas, consiste en promover, defender o representar los intereses y objetivos de personas, entidades u organizaciones privadas o públicas, tendiente a influir en las decisiones que debe adoptar el Congreso Nacional o los órganos de la administración del Estado”*.

A raíz de la definición, se hace necesario preguntarnos porqué en aquellos países donde el sistema democrático se ha ido consolidando, se ha establecido como idea fundamental que la regulación de la hipótesis descrita es algo obvio y urgente. Mejor

dicho, porque la regulación del lobby está catalogada como un paso fundamental e imperativamente las democracias para propender al fortalecimiento de sus instituciones.

En la discusión del proyecto al interior de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, el profesor Mario Drago señaló que *“lo que preocupa y se busca eliminar con la regulación del lobby son aquellos intentos deliberados y sistemáticos, efectuados por representantes de intereses privados, destinados a influenciar las decisiones de las autoridades en su beneficio, recurriendo para ello a la búsqueda del contacto directo y privado con representantes del Gobierno y/o del Parlamento; dichos intentos de influencia pueden ser llevados a cabo por los propios interesados o recurriendo a la contratación de terceros, en la medida que éstos pueden ofrecer una llegada más favorable y expedita ante las autoridades para sus intereses y puntos de vista”*<sup>63</sup>.

El gran problema al que nos enfrentamos actualmente, es que en su mayoría estas actividades de influencia son realizadas “en las sombras”, sin que la opinión pública pueda conocer quienes pretender influir en una determinada decisión para que en definitiva, juzguemos dicha influencia y cómo

---

<sup>63</sup> Al respecto ver Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, disponible en [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl)

participan en ella sus intervinientes. En una sociedad organizada cualquiera lo que cada persona u organización realice dentro de su esfera privada nos es completamente indiferente en cuanto dichas actuaciones sólo afecten a quienes lo realicen. Pero el problema surge cuando la autoridad pública, y precisamente en esa calidad, la que adopta decisiones, que, en definitiva, pueden afectar a todos quienes se encuentran en un determinado supuesto; movido por intereses particulares de quienes se “contactaron” con la autoridad, y sin que los demás miembros de la sociedad a quienes en definitiva también vaya a afectar esa decisión no tengan la posibilidad de intervenir igualmente en su adopción, y más aún, ni siquiera sepan quienes y con que fines pretenden influir en la autoridad.

Aquí se genera entonces otro concepto muy relacionado con lo que venimos hablando, y que dice relación con cuán públicas llegan a ser las actividades que realiza la autoridad; tal es la idea de secretismo, que bien nos importa desde el punto de vista de la necesaria transparencia que debe tener el ente regulador al momento de tomar una decisión.

El “*secretismo*”, “*la cultura del secreto*”, se ha dado a conocer igualmente a partir de la apertura regulatoria en materias de transparencia. Sin duda, el artículo 8° de la Constitución reformada en 2005 supone un hito en este aspecto. Señala aquel

precepto constitucional: *“Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”*.

Nos preguntamos porqué el secreto podría ser nocivo en una sociedad democrática. Pues bien, como el gobierno democrático ha sido definido como *“el gobierno directo del pueblo o controlado por el pueblo”*, *“¿cómo puede ser controlado si estuviese escondido?”*<sup>64</sup>. Ya Habermas había mostrado *“la aparición gradual de lo que llamó “la esfera privada de lo público”, o dicho de otra manera, la importancia pública de la esfera privada, de la llamada opinión pública que pretende discutir y criticar los actos del poder público, y para ello exige –y no puede dejar de hacerlo-, la publicidad de los debates, tanto de los debates propiamente políticos como de los judiciales”*<sup>65</sup>.

Recalca Bobbio que *“el momento en que se hace público un acto o una serie de actos que hasta ese momento se habían mantenido en secreto y escondidos (...) no podían ser hechos*

---

<sup>64</sup> BOBBIO, Norberto; *El Futuro de la Democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1992, 99p.

<sup>65</sup> BOBBIO, Norberto; *op.cit.*, 100p.

*públicos porque, si esto sucedía, tal acto o serie de actos no hubieran podido ser realizados”<sup>66</sup>.*

El tema del acceso a la información se instaló de mucho antes de la incorporación al texto constitucional, que ya en términos de larga data, entendida en el proyecto de ley en tramitación a la fecha como *“la posibilidad real de la ciudadanía de tomar conocimiento de los actos de la administración del estado y de la documentación que sustenta tales actos”*.

Se diagnosticó desde hace ya tiempo, en forma certera, que la tradición de secreto en la Administración Pública se veía reflejada en muchas instituciones que a estas alturas parecen abandonadas, como por ejemplo, los procesos sumarios en el procedimiento penal con actores civiles y el establecido en el Código de Justicia Militar, y la prohibición de acceso a las sesiones de los órganos legislativos, entre otros. Más allá de toda ley, algunos preceptos reglamentarias, como por ejemplo, el DS 26 de 2001, llamado “Reglamento sobre el Secreto o Reserva de los Actos y Documentos de la Administración del Estado”, prevenía casos de reserva o secreto aplicables a los actos administrativos en excepción al principio general de la publicidad de los actos administrativos. No es menor decir que la citada norma incluyó restricciones en materias financieras y causas genéricas como “el mantenimiento del orden público”, lo cual generó gran inquietud

---

<sup>66</sup> BOBBIO, Norberto; *op.cit.*, 103p.

entre iuspublicistas que instaron por la derogación de la norma, la cual se produjo tiempo después, en enero de 2006.

### **2.3.- Regular el lobby para reforzar algunas garantías constitucionales.**

El lobby entendido como la facultad de cualquier ciudadano de acudir, por sí o representado, ante una determinada autoridad y pretender influir en su decisión para obtener una tutela de sus intereses, se encuentra estrechamente vinculado con tres garantías fundamentales normadas en la Constitución Política de 1980. En lo que sigue, relataremos brevemente algunas de tales garantías vinculadas directamente al lobby.

El artículo 19 de nuestra Constitución señala dentro de las más importantes garantías aplicables a una legislación de lobby, las que siguen:

*Art 19. La Constitución asegura a todas las personas:*

*2.º La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.*

*Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.*

*14.º El derecho de presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes.*

*22º La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica.*

A su vez la actividad de lobby se puede relacionar con otras garantías constitucionales del artículo 19 como la libertad de emitir opinión y de informar (Nº 12) y el derecho de asociarse (Nº 15).

### **2.3.1.- Igualdad ante la ley.**

El artículo 19 Nº 2 de la Constitución Política de la República establece:

*“Art 19. La Constitución asegura a todas las personas:  
2.º La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.*

*Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.”*

La garantía constitucional conocida como “igualdad ante la ley” pretende resguardar el que al instante de hacerse vinculante un determinado precepto legal no se hagan diferencias ni discriminaciones entre quienes haya de aplicarse por igual dicha normativa, sino que a todos los que se encuentren en la misma situación se les dispense igual trato. Enrique Evans de la Cuadra sostiene que *“La igualdad ante la ley es el sometimiento de todas las personas a un mismo estatuto jurídico fundamental para el ejercicio de sus derechos y para el cumplimiento de sus deberes, sin que sea procedente efectuar entre ellas discriminaciones favorables o adversas en razón de la raza, de la nacionalidad, del sexo, de la profesión, actividad u oficio y del grupo o sector social o categoría económica que se pertenezca”*<sup>67</sup>.

No se trata que determinada ley tenga que aplicarse en las mismas condiciones e igual forma para todas las personas, sino que una ley tiene que aplicarse por igual a todos aquellos que se encuentren en una misma situación, y que dicha situación sea el supuesto descrito en la misma ley. Es normal que la ley establezca muchas diferenciaciones entre las personas con el objetivo de establecer más o menos requisitos para el ejercicio de algunos derechos, pero en definitiva lo que impide esta normativa constitucional es el hecho de asentar discriminaciones arbitrarias,

---

<sup>67</sup> EVANS de la Cuadra, Enrique; *Los derechos constitucionales*, Tomo II, 2ª edición, Jurídica, Santiago, 1999,125p.

siendo éste elemento el que da la esencia del derecho, ya que si bien al momento de dictar o de aplicar una ley se pueden establecer discriminaciones, la prohibición constitucional exige que esas distinciones no sean arbitrarias. En este sentido, el autor ya citado establece que *“discriminación arbitraria es toda diferenciación o distinción, realizada por el legislador o por cualquier autoridad pública, que aparezca como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos, que no tenga justificación racional o razonable”*<sup>68</sup>.

A nivel de interpretación judicial la Corte Suprema le ha dado un alcance de corte más bien sociológico, al expresar la siguiente doctrina en uno de sus fallos: *“La igualdad ante la ley consiste en que todos los habitantes de la república, cualquiera sea su posición social u origen, gocen de unos mismos derechos, esto es, que exista una misma ley para todos y una igualdad de todos ante derecho, lo que impide establecer estatutos legales con derechos y obligaciones diferentes, atendiendo a consideraciones de razas, ideologías, creencias religiosas u otras condiciones o atributos de carácter estrictamente personal. Tal igualdad se manifiesta concretamente por la generalidad, característica que de ordinario corresponde a la naturaleza de esta norma jurídica; pero ello no significa que en absoluto no puedan dictarse leyes de carácter*

---

<sup>68</sup> EVANS de la Cuadra. Op. Cit. 125p.

*particular relativas a situaciones específicas y aun personales, como ocurre con frecuencia*<sup>69</sup> .

Dicha connotación se infiere de la Constitución de 1980 al prescribir que “En Chile no hay persona ni grupo privilegiados”. Por lo demás esta idea de igualdad no lo encontramos solamente dentro de la Constitución en el precepto que estamos analizando, sino que además el artículo 1º establece que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, lo que viene a reafirmar la idea de que la igualdad es uno de los principios iniciáticos del régimen democrático constitucional.

Otros autores han dicho que la igualdad ante la ley “*consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y que no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficien o graven a otros que se hallen en condiciones similares. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta, sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias específicas*”<sup>70</sup>.

---

<sup>69</sup> C.S., 25-11-1970, R.D.J., t. 67, sec.1º.

<sup>70</sup> VERDUGO, Mario; PFEFFER, Emilio y NOGUEIRA, Humberto. *Derecho constitucional*, Tomo I, Jurídica de Chile, Santiago, 1997, 2º Edición 215p.

En definitiva, todas las personas, sin distinción ni excepción razonable tienen derecho a ser tratados igual por los órganos encargados de aplicar la ley.

A su vez, el N° 2 del artículo 19 establece la prohibición de privilegios, al decir que “En Chile no hay persona ni grupo privilegiado”, tomando la norma un carácter prohibitivo al impedir que se exima de obligaciones a personas y organizaciones, salvo que dichas distinciones se establezcan en razón de una justificación que quede fuera de lo considerado como arbitrario.

El alcance del concepto de igualdad quedó plasmado dentro de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, y sobre el particular don Alejandro Silva Bascuñan afirmó que *“...desde luego, esta proposición contempla solamente la igualdad ante la ley, y en obsequio de la sobriedad no contempla, como lo hacen otras Constituciones, expresiones tan detalladas en cuanto a que no podrá existir distinción en relación con el sexo, estirpe, condición, raza, ideología, grupo, etc. Y desde el momento en que se asegura la igualdad ante la ley a todos los habitantes de la república, quedan todos ellos cubiertos (...) de lo que se trata es, lisa y llanamente, de que, desde el punto de vista de la psicología social, no haya ninguna distinción entre las diferentes personas y grupos, de manera, entonces, que le parece un acierto de la Constitución chilena (...) manifiesta que entiende, también, que,*

*cuando se expresa en su proposición la frase la ley, se está haciendo referencia a todo el ordenamiento jurídico, y no sólo a una categoría especial de normas que tengan el rango de ley dentro de la tramitación ordinaria, aspecto que estima que debe ser genérico respecto de toda norma (...). Cree que al expresarse que no se podrá autorizar ninguna discriminación arbitraria, se está prohibiendo tratar en forma diferente situaciones idénticas o tratar en la misma forma situaciones diferentes, porque se trata, precisamente, de la discriminación arbitraria.”<sup>71</sup>.*

Una de las premisas sobre las cuales se ha iniciado este trabajo, es que el lobby no es una actividad reservada sólo a un determinado grupo de personas, sino que cualquiera que lo estime conveniente y quiera ver resguardados sus intereses particulares, puede en un momento tratar de influenciar decisiones de la autoridad.

Sin embargo, estimamos que no necesariamente grandes intereses pueden verse afectados para que se trate de cambiar la decisión de la autoridad, sino que, por falta de envergadura y muy sectorial que pueda parecer el interés, debe existir la posibilidad de enmarcarse dentro de la regulación establecida para la actividad de lobby. El texto constitucional dice expresamente que “En Chile no hay persona ni grupo privilegiado”, por lo que es

---

<sup>71</sup> Actas Oficiales de la Comisión de Estudios para una Nueva Constitución, sesión 94°.

básico que la ley que regule el lobby tenga en claro esto, por cuanto el supuesto en que se debieran encontrar todos quienes “deban ser tratados igual por la ley” debe constituirse por el sólo hecho de querer influir en la decisión de la autoridad. Por lo tanto, si alguna autoridad es requerida por algún grupo de lobbystas en defensa de un interés, por modesto que sea, de igual forma se debe seguir el mismo procedimiento que se seguiría si se pretende defender un interés de mayor connotación a nivel de país, resguardando de manera universal la garantía señalada.

El proyecto de ley en actual tramitación recoge esta garantía señalando en su artículo 15 que *“Las autoridades, miembros y funcionarios de los poderes ejecutivo y legislativo estarán obligados a brindar un trato similar a los lobbystas, y no podrán incurrir en prácticas discriminatorias de ninguna naturaleza”*. Con todo lo anterior, una situación vulneratoria del artículo en comento podría remediarse mediante la acción constitucional de protección (artículo 20° de la Constitución).

### **2.3.2.- Derecho de presentar peticiones a la autoridad.**

El artículo 19 N° 14 de la Constitución Política de la República establece:

*“Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:*

*14° El derecho de presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés público o privado, son otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes”*

Este numeral conocido como “Derecho de petición” consiste esencialmente en la facultad, y más aún, en un derecho fundamental de todos y cada uno de los habitantes de la República, de presentar cualquier tipo de solicitud a la autoridad respecto a algún tema que pueda ser de interés público o privado, personal o colectivo, sin más limitaciones que la de proceder en términos respetuosos y convenientes.

De esta forma se garantiza algo básico y elemental que debe estar presente en todo Estado constitucional y democrático de Derecho, y que es el acceso a la autoridad con el fin de hacerle presente alguna inquietud que es considerada como válida y legítima por quien la plantea.

Parece lógico sin embargo por todo lo anterior, que la Constitución sólo haya establecido como derecho el presentar peticiones a la autoridad, y no a continuación la obligación de la autoridad recurrida para dar respuesta a dicha solicitud. A este respecto, el comisionado Jaime Guzmán manifestó que *“...el derecho de petición está conferido a cualquier habitante de la República para que solicite o haga presentes sus puntos de vista,*

*ante cualquier autoridad, sobre asuntos de materia pública o privada. De manera que esto podría multiplicar hasta el infinito el número de solicitudes que se hicieran a la autoridad, en uso del derecho de petición, con el sólo ánimo de entorpecer su funcionamiento*<sup>72</sup>. Nos parece atendible esta aprehensión, ya que lo que se regula con esta garantía es simplemente la facultad de presentar cualquier tipo de solicitud a la autoridad; pero entendemos que si bien se puede llegar a establecer la obligación de responder a las peticiones que se formulen, dicha obligación no debe ser de un rango constitucional, ya que atenta contra el espíritu de la norma.

Como lo planteábamos más arriba, esta garantía es la fiel expresión, a la vez que el resguardo máximo, de quienes ejercen la actividad de lobbistas puesto que precisamente lo realizado por quienes se dedican al lobby es realizar peticiones a la autoridad que van en defensa y resguardo de unos determinados intereses; petición que es además ejercida en casos particulares haciendo presión sobre la autoridad para que esa sea acogida.

En cuanto al ejercicio del lobby, todo lo anterior es aplicable: es necesario saber quienes realizan lobby (es este sentido el registro de lobbistas profesionales es indispensable), respecto de que decisión pretenden influir y con que fin, es decir,

---

<sup>72</sup> Actas Oficiales de la Comisión de Estudios para una Nueva Constitución, sesión N° 125.

que intereses defienden y con qué autoridad se reunieron y cuál fue la pauta de conversación; entre otros aspectos, con el fin que hagan absolutamente pública y conocida de la ciudadanía el ejercicio de esta actividad, y así precaver prácticas o conductas que supongan tráfico de influencias u otras formas de corrupción (cohecho, negociación incompatible, abuso de información privilegiada, etc).

El hecho de que el lobby sea público, en cuanto es conocido por todos y sepamos quienes lo realizan y su fin, nos permite saber perfectamente a que atenernos y, en definitiva, transforma en algo absolutamente transparente la actividad de los órganos de la Administración del Estado.

### **2.3.3.- Garantía de no discriminación en el trato en materia económica.**

El artículo 19 N° 22 de la Constitución Política de la República establece:

*“Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:*

*22° La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica.*

La garantía mencionada debe incorporarse como exigencia necesaria en una regulación de lobby, en tanto resguardo a la libre competencia que se desarrolla entre los agentes privados que prestan este servicio y así impedir el abuso de la posición dominante de las grandes compañías que se dedican a esta labor. Desde el punto de vista de los usuarios, resguarda los intereses económicos que se ventilan en virtud de los servicios de lobby.

#### **2.4.- La captura del Estado como peligro asociado a la desregulación del lobby. El planteamiento de Hellmann y Kaufmann.**

La caída de gran parte de los más importantes regímenes cuya economía se centraba en el Estado, y la consiguiente apertura de los mercados, ha traído una nueva y moderna forma de corrupción centrada, principalmente, en grandes grupos económicos que manipulan la formulación de las políticas para su propio beneficio.

Esta actividad es lo que *Joel Hellman* junto con *Daniel Kaufmann* han denominado la *Captura del Estado*, y la han definido como “*los intentos de las empresas por influir en la formulación de las leyes, las políticas y la reglamentación del*

*estado a cambio de pagos ilícitos –con carácter privado- a los funcionarios públicos.”<sup>73</sup>*

La idea de los autores citados se acerca mucho a la concepción que tradicionalmente tenemos de corrupción, y si bien no podemos negar que en mucho se asimilan ambos conceptos, a nuestro entender existen diferencias que exigen un tratamiento en apartado especial.

Al hablar de captura del Estado, necesariamente nos referimos a las constantes interacciones que existen entre las empresas privadas y el Estado – generalmente aquel en vías de desarrollo como lo es el caso chileno - en su función de regulador de la actividad empresarial, lo cual nos deja planteada la duda de hasta que punto es lo más conveniente dejar que la actividad económica se rija por las reglas del mercado, dejando al estado sólo un rol de actuación subsidiario y de regulación de algunos aspectos.

Entendemos que el sistema económico neoliberal propicia la competencia entre los distintos actores partiendo de la base que debe existir una igualdad de condiciones, tanto en el acceso a la información como a la posibilidad de acceso a los

---

<sup>73</sup> HELLMANN, Joel, KAUFFMANN, Daniel; “*La captura del estado en las economías en transición*”, Revista Finanzas y Desarrollo, disponible en <http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/2001/09/pdf/hellman.pdf>.

distintos y variados mercados existentes. Sin embargo, esta igualdad de condiciones se rompe en aquellas economías donde existe una amplia captura del Estado, debido a que la influencia indebida que intentan ejercer algunas empresas en las decisiones que adopta el Estado imponen grandes barreras a la competencia.

Decíamos que “captura del Estado” y corrupción son conceptos similares pero no idénticos, opinión que compartimos con Hellmann y Kaufmann, para quienes la corrupción apunta más a una influencia ejercida en la aplicación de las leyes, normas o reglamentos, en cambio, en la captura del Estado la influencia es previa, ya que se ejerce antes de la creación de una determinada norma que pretende regular un tema específico en que se puedan ver afectados determinados intereses. Las grandes empresas ejercen presión por intermedio de pagos ilícitos para que una determinada ley o normativa sea orientada en un sentido que beneficie los intereses de estas empresas, en desmedro del interés general de la población. En definitiva, se interponen los intereses de sólo algunos grupos por sobre los de la gran mayoría.

Esta actividad ha permitido que las empresas captoras, que son aquellas que pagaron sobornos para influir en el contenido de leyes, normas o reglamentos, crezcan el doble de lo que crecen las empresas en donde existe un bajo nivel de captura, lo que a la larga mantiene vigente sólo a estas empresas captoras

desplazando a las que no realizan esta actividad. En definitiva, esta actividad redundaría en un alto costo social, ya que la cercanía de sólo algunos grupos al aparato estatal y el consiguiente beneficio para estos grupos, les permite poder manejar a su antojo las relaciones con los consumidores de los servicios prestados por las empresas captoras; servicios que muchas veces tienen el carácter de ser considerados como de primera necesidad o básicos en el entorno social.

Un dato de relevancia, y que no debe ser dejado a un lado, es que estas empresas captoras, en general, son empresas nuevas en el mercado. El Estado al ir abandonando su rol histórico de suministrador de bienes básicos, da cabida a que los privados suministren estos bienes<sup>74</sup>, y con el fin de competir en ese entorno las nuevas empresas adoptan la estrategia de la captura del estado para adquirir de los funcionarios públicos una mayor seguridad de sus derechos de propiedad e incorporar ventajas competitivas en el nuevo marco normativo. Para una nueva empresa que pretende incorporarse en la actividad económica de un país, le resulta mucho más conveniente hacerlo cuando por parte del Estado se le ha asegurado la participación en dicho mercado en términos mucho más ventajosos y convenientes que a los demás actores. Pero es evidente que para obtener estos beneficios en “forma exclusiva” por parte del Estado se hace

---

<sup>74</sup> Supra, Cap. I

necesario que las empresas captoras paguen un determinado “incentivo” a la autoridad pública que le va a otorgar esa regalía que atenta contra la libre competencia.

Esta actividad impide el desarrollo de productos o métodos de producción innovadores para competir frente a los grupos ya existentes. Frente a este poco interés por innovar e invertir en ello, a una nueva empresa le resulta mucho más conveniente entrar a competir con un pequeño “empujón” de la autoridad pública, y así evita ganarse un lugar en el mercado con innovaciones que importan un beneficio para la población en general.

Según Hellman y Kaufmann *“al reconocer la dinámica de la captura del Estado se pueden entender mucho mejor los factores que sustentan la persistencia de la corrupción en muchos países en transición. Si bien la corrupción se ha visto por lo general como un síntoma de debilidad de las instituciones estatales, nuestro análisis destaca las poderosas fuerzas y tipos de corrupción que tienden a fomentar y mantener instituciones débiles. Toda reforma encaminada a mejorar el marco institucional, que sea una amenaza para esos concentradísimos beneficios, se encontrará con la fuerte oposición de las empresas captoras que cuentan con la influencia política para impedirla. Para poder mejorar la capacidad de gobierno y fortalecer el entorno jurídico y reglamentario mediante*

*reformas, hay que atacar el problema de la captura del Estado. Pero una vez que la economía de captura se ha arraigado, ¿cómo puede salir el país de ese círculo vicioso?”<sup>75</sup>.*

Aquí no se trata de impedir que las empresas intenten influir en la toma de decisiones del aparato estatal, ya que es absolutamente lógico y normal que cada uno vele por la defensa de sus intereses particulares cuando cree verlos afectados. El intento de influir en la toma de decisiones debe estar completamente normado y regulado, y en ese entendido resulta perfectamente válido hacerlo. No obstante, cuando son sólo algunos los grupos los que gozan de estos beneficios y excluyen sistemáticamente a otros de dar su opinión en la toma de decisiones, es cuando se genera el problema descrito.

Es acá cuando el concepto de *transparencia* aparece como una forma orientada a impedir la captura del Estado, y los autores lo entienden como “*el grado de apertura de los procesos de toma de decisiones del Estado y el grado de divulgación de las interacciones que podrían ejercer influencia en esas decisiones*”<sup>76</sup>. En general, en la mayoría de los países en vías de desarrollo, los procesos de toma de decisiones por parte de la autoridad pública se realiza a “puertas cerradas” y la opinión pública no tiene la

---

<sup>75</sup> HELLMANN y KAUFMANN, Op. Cit.

<sup>76</sup> HELLMANN y KAUFMANN, Op. Cit.

oportunidad de saber que es lo que se está discutiendo en los pasillos de la Administración. De ahí que toma gran importancia la transparencia como un mecanismo tendiente a evitar “la captura” y que al hacer pública la toma de decisiones de los poderes estatales se desarrollen efectivamente garantías como la igualdad ante la ley y el derecho de petición, puesto que es claro al eliminar las barreras de entrada se le concede a los ciudadanos un acceso universal a la elaboración de las políticas públicas.

Por todo lo anterior, se hace de suma importancia en una regulación de lobby incorporar, como lo analizaremos en detalle, un catálogo de prohibiciones que establezca estándares mínimos para el desarrollo de la actividad de lobby profesional, *“evitando fronteras difusas entre intereses privados e intereses públicos (...) concretamente evitar la captura del estado por medio de promesas realizadas a funcionarios públicos relevantes, una vez que éstos dejan sus cargos, para pasar a desarrollar tareas en el sector privado”*<sup>77</sup>

---

<sup>77</sup> FERNANDEZ, Miguel Ángel y otros, Op. Cit, 10p.

## **TERCER CAPÍTULO**

### **EL PROCESO DE TOMA DE DECISIONES PÚBLICAS COMO SUPUESTO NECESARIO PARA EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD DE LOBBY.**

#### **3.1 Maneras de actuación de los órganos públicos. Breve referencia a las potestades públicas.**

Diariamente observamos cómo la autoridad pública toma distintos tipos de decisiones que afectan el interés general de la comunidad. No es fácil analizar los vastos aspectos que reúne la actividad administrativa del Estado. Bien sostiene un autor como punto de partida a este respecto: *“un correcto análisis (...) pasa, necesariamente, por la comprensión de temas tan centrales como ciertos principios fundamentales del Estado de Derecho, esto es, la legalidad o juridicidad de donde surgen las potestades administrativas, las garantías y Derechos subjetivos de las personas o administrados y el Control judicial”*<sup>78</sup>.

El principio de juridicidad en lo que nos aboca, es de suma importancia como manifestación primaria y esencial del Estado de Derecho. Entendemos por este principio, la necesidad que la

---

<sup>78</sup> VERGARA BLANCO, Alejandro; Curso de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica de Chile, apuntes de clase.

actuación de la autoridad administrativa debe necesariamente sujetarse a las facultades que le han sido entregadas expresamente por medio de un texto legal, no pudiendo expandir su acción más allá de lo que lo autoriza la ley ni la Constitución, al efecto el artículo 7º en su inciso 2º de la Constitución establece que *“Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes”*. Se ha dicho que el principio de legalidad es un *“instrumento directamente lanzado contra la estructura política del Estado absoluto: frente al poder personal y arbitrario, el ideal del gobierno por y en virtud de las leyes”*<sup>79</sup>.

En definitiva, existe una idea esencial, la cual es que el ejercicio del poder se legaliza de manera general, puesto que el pueblo, en quien radica la titularidad del poder lo asume mediante la Ley, que es la expresión de la voluntad general<sup>80</sup>.

En términos prácticos, siempre que la norma sea dictada en conformidad a lo establecido por el ordenamiento jurídico y conforme a los derechos y garantías establecidas por la Carta

---

<sup>79</sup> GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *La revolución francesa y la administración contemporánea*, Civitas, Madrid, 1994, 21p.

<sup>80</sup> GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; *La lengua de los Derechos. La formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa.*, Alianza, Madrid, 1994, 108p y ss.

Fundamental, el acto realizado por la autoridad pública será válido y, por tanto, vinculante para todos quienes se encuentren en la hipótesis planteada por la norma en cuestión. *A contrario sensu*, la inexistencia de ella deriva como consecuencia lógica que el acto sea tachado de arbitrario o ilegal.

En lo que se refiere a las potestades administrativas “*la habilitación, programación y determinación de la acción administrativa (...) (ha) de tener lugar mediante las correspondientes operaciones legislativas de atribución*”<sup>81</sup>. En el fondo, las potestades son títulos que habilitan a la Administración para actuar, condicionando a su vez “*las técnicas, los mecanismos y los instrumentos utilizables*”<sup>82</sup>

Este concepto, por el cual el actuar lícito está determinado detalladamente por una norma habilitante, ha sido matizado en su rigidez por el tema de las potestades discrecionales. Distinción clásica en la doctrina la constituye aquella que separa entre potestades regladas y discrecionales; una, agotando todas las condiciones de ejercicio de la potestad, donde la acción administrativa aparece “*estrictamente prefigurada y circunscrita a la ejecución de la norma o aplicación de la misma mediante subsunción en el caso concreto en el supuesto legal definido por*

---

<sup>81</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano; *Manual de Derecho Administrativo*, Barcelona, Ariel, 1990, 460p.

<sup>82</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano; *Op. Cit.*, 460p.

*ella*”<sup>83</sup>; la otra, confiriendo al Administrador una estimación subjetiva<sup>84</sup>, donde se “*remite la toma de la decisión pertinente (en grado variable) al juicio o a la voluntad de la propia Administración Pública*”<sup>85</sup>. Al hablar de discrecionalidad estamos confiriéndole al Administrador un amplio margen de actuación, el cual deberá necesariamente estar basado en prudencia entendida como máxima virtud.

### **3.2.- Potestades discrecionales y lobby.**

El ejercicio de las potestades discrecionales no supone, como debería pensarse, un amplio margen para que el agente público actúe a su arbitrio vulnerando la normativa vigente. Todo lo contrario, el Derecho le confiere la facultad de obrar de manera subjetiva<sup>86</sup>, sin que esto signifique la violación de ningún principio fundamental de lo que conocemos como Estado de Derecho. Como bien plantea Soto Kloss, “*La discrecionalidad se engarza con la prudencia gubernativa, aquella virtud propia del que gobierna...*”<sup>87</sup>. Lo anterior significa que en el ejercicio de una potestad tal,

---

<sup>83</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano; *Op. Cit.*, 462p.

<sup>84</sup> VERGARA BLANCO, Alejandro; *Op. Cit.*

<sup>85</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano; *Op. Cit.*, 462p.

<sup>86</sup> Existiendo, sin embargo, la discrecionalidad en sentido estricto y aquella de carácter “técnico” donde se le confiere un margen de apreciación y juicio que se da específicamente en los casos de regulación medioambiental. Ver PAREJO ALFONSO, Luciano; *Op.Cit.*, 464p.

<sup>87</sup> SOTO KLOSS, Eduardo; *Discrecionalidad administrativa: Notas sobre su noción* (Prólogo), en ALARCON, Pablo; *La discrecionalidad administrativa en la Jurisprudencia del Recurso de Protección*, Conosur, Santiago, 2000.

deberán distinguirse por el administrador las mejores medidas destinadas a la satisfacción de una necesidad pública determinada. No es menor decir que lo relacionado con el principio de legalidad se aplica acá de manera aún más estricta, puesto que esto no puede constituir una *“facultad de autodeterminación absoluta, fuera de toda ley”*<sup>88</sup>.

La discrecionalidad exigirá utilizar un arbitrio razonable, en caso contrario, el acto será nulo. En este sentido se señala como uno de los límites a la discrecionalidad el Principio de Razonabilidad, entendiendo por tal que *“el actuar del acto administrativo sea proporcionado a la finalidad que se persigue por la autoridad”*<sup>89</sup> y por otra parte los principios de la Proporcionalidad y de la Juridicidad, entendiendo por el primero aquel en que la autoridad, para satisfacer una necesidad pública, debe adoptar medidas que sean acordes a las circunstancias imperantes; y, finalmente, en cuanto al segundo, nos remitimos a lo ya dicho con respecto a que se debe actuar dentro del marco de la legalidad, bajo pena de acarrear la nulidad de derecho público.

Como habíamos establecido<sup>90</sup> se ha observado en los últimos años el abandono del modelo del Estado de Bienestar como prestador único de bienes y servicios. En esta coyuntura se

---

<sup>88</sup> SOTO KLOSS, Eduardo; Op. Cit.

<sup>89</sup> VERGARA BLANCO, Alejandro; Op. Cit.

<sup>90</sup> *Infra*, 5p.

ha puesto sobre el tapete la noción del Estado regulador, el cual en palabras de González Moras: *“Intentará ser entendido no como un Estado que se retira, sino como un Estado que cambia las modalidades de su intervención; es decir, que afirma las continuidades del modelo Welfare, más allá de estas disonancias o declinaciones. Se advertirá, entonces una creciente transformación de la presencia pública”*<sup>91</sup>. Esto nos lleva a concluir necesariamente que el ejercicio del lobby está ampliamente vinculado con la existencia de facultades discrecionales, ya que para ser sujeto pasivo de lobby, se requiere necesariamente que la autoridad este dotada de por lo menos un mínimo de discrecionalidad a la hora de tomar decisiones para lograr la consecución de los fines del lobbysta. De ahí concluimos que la mayoría de las hipótesis normativas acerca de que es lo que constituye lobby se refieran a este tipo de procesos.

No obstante, suponer que sólo las autoridades que toman sus decisiones con un amplio margen de discrecionalidad, a la hora de optar por uno u otro camino pueden ser objeto de lobby, resulta por lo menos ingenuo. Al efecto, aquellas autoridades sometidas a un estricto control en cuanto a la forma en que concretan sus decisiones, como lo son las decisiones adoptadas por el poder legislativo cuya expresión más sublime es la Ley -

---

<sup>91</sup> GONZÁLEZ Moras, Juan Martín. *Los servicios Públicos en la Unión Europea y el Principio de Subsidiariedad.*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, 78p.

como expresión de la voluntad soberana - y cuyo mecanismo de creación se encuentra estrictamente regulado tanto en la Constitución como en la Ley Orgánica respectiva, son frecuentes las presiones por parte de grupos de lobbystas que intentan que los congresistas voten a favor de una determinada postura que defienda los intereses particulares del grupo que en ese momento se encuentra ejerciendo presión.

Aún cuando el proceso de formación de la ley es extremadamente reglado, el catálogo normativo permite de manera amplia la subjetividad en el proceso mediante el establecimiento de una “válvula discrecional”. En efecto, es la misma Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, la que en su artículo 22 abre la posibilidad para que diputados y senadores puedan ser objeto de algún tipo de presión encubierta a la hora de tomar sus decisiones, al mencionar dicho artículo que *“Las comisiones reunirán los antecedentes que estimen necesarios para informar a la Corporación. Podrán solicitar de las autoridades correspondientes la comparecencia de aquellos funcionarios que estén en situación de ilustrar sus debates, hacerse asesorar por cualquier especialista en la materia respectiva y solicitar informes u oír a las instituciones y personas que estimen convenientes”*. Todo lo anterior se ve coronado en diversos ordenamientos, incluido el proyecto chileno, por el sometimiento a las reglas de la actividad de lobby a las comunicaciones establecidas, de manera verbal o escrita con los

parlamentarios o sus representantes, en el marco de la formación de la ley<sup>92</sup>.

A fin de cuentas, y con el objetivo de reafirmar el Estado de Derecho, corresponde decir que en el caso del ejercicio de potestades discrecionales por parte del agente público, debe velarse porque la forma en que se manifiesta la voluntad de la autoridad sea el fiel reflejo del interés público y el resguardo de los principios fundamentales ya mencionados.

En detalle, el control judicial ha servido notablemente como resguardo de ilegalidades y/o arbitrariedades derivadas del actuar de agentes públicos, mediante varias acciones, pero especialmente, la acción constitucional de protección establecida en el artículo 20 de la Constitución, procedimiento de emergencia y de carácter cautelar que ha mostrado una notable eficacia en la restauración de lo que se ha denominado por la propia Carta Fundamental “el imperio del derecho” (Constitución, artículo 20).

---

<sup>92</sup> De hecho en el Proyecto de Ley Chileno (el contenido en el Boletín 3407-07), coincidentemente señala en el artículo 3° dentro de las actividades que constituyen lobby: “La actividad de lobby regulada en la presente ley, podrá desarrollarse a través de medios orales, escritos o electrónicos, realizadas por sí o por terceros, destinadas a influir en las siguientes categorías de decisiones: 2) La elaboración, tramitación, aprobación, modificación, adopción, derogación o rechazo de proyectos de ley, acuerdos, comunicaciones o declaraciones del Congreso Nacional o sus miembros, incluidas las comisiones permanentes y /o especiales de cada una de sus cámaras, así como de sus comisiones mixtas. En la *Lobbying Disclosure Act* de 1995, en el artículo 8 II se halla una redacción similar y en la ley de Québec y de Perú, considerando que la redacción es opuesta en cuanto considera lo que no es lobby, aplica la definición de igual manera en los artículos 4° y 4.2, respectivamente.

### **3.3.- Tratamiento de los conflictos de intereses.**

#### **3.3.1.- Nociones generales.**

Uno de los temas más clásicos, importantes e irritantes de la corrupción política son aquellos en que los intereses públicos son subordinados a los intereses privados<sup>93</sup>. La distinción entre ambos ámbitos y, de manera consiguiente, su regulación, se ha hecho una necesidad dado los límites difusos y dinámicos que se encuentran en estos mundos.

Según se ha sostenido, los intereses públicos son aquellos *“que se refieren a los asuntos y bienes que son de toda la comunidad, y que, en consecuencia, no pertenecen ni son apropiables por nadie (...) Los intereses privados (...) están vinculados con los fines individuales de cada miembro de la sociedad civil, especialmente con aquellos referentes a la propiedad, la riqueza y el lucro”*<sup>94</sup>. A raíz de esto se plantea el problema del conflicto de intereses, siendo problemático el asunto de la imparcialidad en materia de decisiones que tomen los funcionarios de la Administración del Estado en el ejercicio de sus cargos.

---

<sup>93</sup> Informe de la Comisión Nacional de Ética Pública de Chile, en "Pena y Estado", Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L., 1995.

<sup>94</sup> Informe de la Comisión Nacional de Ética Pública de Chile, *Op.Cit*, 310p.

La regulación de los conflictos de intereses es un paso importante en el fortalecimiento de las democracias, conforme lo cual se hace necesario imponer, entonces, lo que se ha denominado una infraestructura ética, que en concepto de la OCDE *“implica considerar la voluntad y el compromiso político para prevenir y erradicar la corrupción; la eficacia del marco institucional tanto en sus aspectos legales como administrativos; la capacidad de la sociedad civil organizada; y la sinergia que se produce entre todos estos elementos”*<sup>95</sup>.

Antes de analizar cualquier problema de la ética pública en particular, debemos dejar claro que la regulación ética o moral excede en lo mucho a cualquier regulación de carácter legalista; luego, pretender regular en detalle cualquier fenómeno que constituya causal futura de corrupción sería una quimera. Por consiguiente, en general la ley, en sentido amplio, es poco efectiva frente a formas sutiles de corrupción<sup>96</sup>.

Con respecto al caso chileno, ya habíamos adelantado como un gran primer paso contra el fenómeno corrupto, la creación de la Comisión Nacional de Ética Pública. Este cuerpo colegiado dentro de sus recomendaciones de carácter preventivo consideró que la regulación de los conflictos de intereses tiene como

---

<sup>95</sup> BINDER, Jaime; Op. Cit. 5p.

<sup>96</sup> BINDER, Jaime; Op. Cit. 2p.

propósito “establecer ciertas fronteras que los agentes públicos no deben traspasar”<sup>97</sup>. Se sostuvo por la Comisión, en primer lugar, un principio amplio de libertad en el ingreso a la función pública, sin que las prohibiciones constituyan un factor de disuasión para que las personas se incorporen a ella.

Con todo lo anterior, la Comisión tomó partido por establecer “procedimientos instrumentales y prohibiciones que hagan incompatible la simultánea o sucesiva realización de actividades que podrían afectar a la supremacía del interés público como principio rector de las funciones estatales”<sup>98</sup>. Muestra de esto fueron las proposiciones relacionadas con el fortalecimiento de las inhabilidades específicas que se encuentran en todo el ordenamiento, como también la declaración jurada de bienes; la regulación del traspaso de agentes públicos a la esfera privada, en los casos en que existan intereses incompatibles; la prohibición de aceptar o demandar dádivas, el “fideicomiso ciego”, entre otras.

La gestión de intereses o lobby no fue tomado en cuenta de manera específica por la Comisión, ya que ésta sólo se hizo cargo de recomendar transparencia en el acceso a los cargos públicos de quienes detentan intereses privados significativos, como también del famoso problema de la puerta giratoria ya anunciado, el que

---

<sup>97</sup> Informe de la Comisión Nacional de Ética Pública de Chile. *Op. Cit.*, 310p.

<sup>98</sup> Informe de la Comisión Nacional de Ética Pública de Chile. *Op. Cit.*, 310p.

sin que signifique gestión de intereses en sí está íntimamente ligado a su regulación.

### **3.3.2.- El principio de abstención en el Procedimiento Administrativo.**

Las recomendaciones de imparcialidad en el ejercicio de la función pública, hechas tanto por la Comisión como por la doctrina, tuvieron su eco en la dictación de varios cuerpos legales, dentro de los que se destacan la llamada Ley Sobre Probidad Administrativa (1999) y la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo (2003). Más beneficiosa aún fue la consagración de los principios de probidad y publicidad de la reforma constitucional de 2005.

Es frecuente observar cómo en reiteradas ocasiones funcionarios públicos al momento de tomar una determinada decisión “formando un acto administrativo” que implica un cierto grado de discrecionalidad, se vean afectados a determinados factores inherentes a su persona, que de alguna u otra forma afectan a la imparcialidad de su decisión.

Estos factores dicen relación con el hecho que el agente público tenga algún grado de parentesco o amistad con quienes

vaya a afectar su decisión, o que ésta le afecte a su interés patrimonial, y que, en definitiva, lo hacen más vulnerable a ser objeto de presiones y consiguientemente, ser un sujeto pasivo de lobby de baja calidad, permeable a todos los problemas derivados del mal tratamiento de los conflictos de intereses.

Es en esta lógica, es que la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo, Ley 19.880, en su artículo 12 establece el denominado Principio de Abstención que sugiere a las autoridades y funcionarios de la Administración que se encuentran bajo determinados supuestos<sup>99</sup>, abstenerse de intervenir en el procedimiento. Sin embargo, este principio se ve matizado por el hecho que, a pesar de que el funcionario actúe bajo el supuesto de algunas de las circunstancias señaladas, no inválida “necesariamente” el acto en el cual intervino, lo que no obsta a que se de lugar a responsabilidades del funcionario ejecutor del acto.

---

<sup>99</sup> El artículo en comento establece como causales las siguientes:

1. Tener interés personal en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudiera influir la de aquél; ser administrador de sociedad o entidad interesada, o tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado.
2. Tener parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo, con cualquiera de los interesados, con los administradores de entidades o sociedades interesadas y también con los asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento, así como compartir despacho profesional o estar asociado con éstos para el asesoramiento, la representación o el mandato.
3. Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las personas mencionadas anteriormente.
4. Haber tenido intervención como perito o como testigo en el procedimiento de que se trate.
5. Tener relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto, o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar.

## **CUARTO CAPÍTULO**

### **EL ESTABLECIMIENTO DE PROHIBICIONES PARA LOS LOBBYSTAS COMO PALIATIVO AL PROBLEMA GENERADO POR “LA PUERTA GIRATORIA”.**

#### **4.1.- La puerta giratoria como traba al legítimo ejercicio del lobby.**

Uno de los supuestos fundamentales dentro del ejercicio legítimo de la actividad de lobby es que ésta se ejerza en términos de equidad en cuanto al acceso a determinada información que puede ser útil para la consecución de los fines del grupo de presión, tanto aquellas que tienen que ver con el objeto mismo de la acción como respecto de los agentes públicos a quienes se pretende influir en su decisión.

Se pueden observar innumerables situaciones en que frente a una determinada decisión a adoptarse por la autoridad pública sean determinados grupos quienes manejan “información privilegiada” respecto a cómo se toman determinados acuerdos y a la forma en que el agente público actúa al momento de tomar una decisión. Esto va más allá del principio general de no discriminación entre lobbyistas, ya que tiene que ver cuál es el

proceso de búsqueda de información relevante que hacen quienes se dedican habitualmente a la actividad.

Muy bien explica Peña citando a Carl Schmidt que el poder radica no en quien tiene legitimidad formal, sino en “quien maneja el entramado de pasillos y puertas falsas que conducen a él”<sup>100</sup>. Como sabemos que el proceso de lobby se resume como un mecanismo de traspaso de información entre los grupos de presión y los decisores públicos, el ideal democrático protector de las garantías fundamentales nos indica que si, analizamos el fenómeno desde una manera realista, nos queda tan sólo cautelar que el acceso a la información sea, por sobretodo, público.

Cuando no existe regulación en la igualdad en el acceso a la información, las asimetrías que existen en el proceso de toma de decisiones entre los distintos actores que participan del proceso se constituyen como altamente distorsionadoras así como también vulneratorias de derechos. La información, por sobre todo, aquella valiosa, es un bien escaso por el cual se paga caro.

En este sentido, observamos como relevante el constante tránsito que algunos ex funcionarios públicos mantienen desde el ente regulador al regulado, y viceversa, convirtiéndose en presas muy apetecibles para los grupos de lobbystas, ya que al pasar a

---

<sup>100</sup> El Mostrador, 5 de diciembre de 2003.

formar parte del directorio o *staff* de determinada compañía, esa organización se verá beneficiada frente a sus pares competidores e incluso frente al regulador, obteniendo grandes beneficios, ya que su directorio se encontrará conformado por agentes que manejan información clave de los procesos de formación de las políticas públicas<sup>101</sup> y, por lo tanto, con mucho más fácil acceso a la autoridad pública y mayor posibilidad de influir en su decisión.

La administración del Estado posee, sobre todo desde una óptica tecnocrática, profesionales que combinan conocimientos específicos con otros intangibles - como podría ser un buen mapa de contactos - de alto valor patrimonial. Es frecuente observar como las empresas, especialmente aquellas privadas que prestan servicios públicos, buscan captar en sus estructuras a quienes han detentado un cargo estatal, sobre todo si han estado relacionados con los decisores públicos del área en la cual estas empresas se desenvuelven. Mediante el incentivo de multiplicación de sus rentas se puede observar una alta rotación entre el mundo público y el privado, fenómeno que es conocido con el nombre de “puerta giratoria”. A decir de Hula: *“Algunas organizaciones se vinculan a través de las trayectorias profesionales de los miembros de su equipo técnico. Este fenómeno ha sido descrito en términos de*

---

<sup>101</sup> Así podría verse reflejada esta situación en las recientes contrataciones de Ricardo Solari (ex Ministro del Trabajo de Ricardo Lagos) al directorio de Alsacia, (concesionaria del plan de transporte Transantiago); y de Ximena Rincón (Ex superintendente de Seguridad Social) al Directorio de AFP Provida, que recientemente planteó aumentar la edad de jubilación de las mujeres, en plena discusión de la más grande reforma al sistema de pensiones de los últimos veinte años.

*una puerta giratoria, en la cual los miembros del equipo técnico llevan consigo su experiencia y contactos en los sectores público y privado. Los movimientos en esas carreras facilitan el flujo de información sobre las preferencias de las organizaciones, tanto a través del flujo del capital de la experiencia, como de la mayor comunicación directa”<sup>102</sup>.*

Dada la poca investigación que existe en materia de probidad puede parecer atrevido explicar ciertos fenómenos sin un dejo de pudor. Como en Estados Unidos el negocio del *lobbying* ha sido reconocido, investigado y tratado desde hace doscientos cincuenta años, algunas afirmaciones como esta son normales: “*Los individuos pasan de manera cíclica por puestos relacionados con la industria, con lo cual llevan al gobierno los intereses de las principales corporaciones cuando esos mismos individuos llegan al servicio público, y cuando dejan el servicio público, venden la influencia gubernamental al sector de los negocios*” <sup>103</sup>. En definitiva, esto es la extrapolación de un fenómeno que se viene repitiendo cada vez con mucha más frecuencia en nuestro país, y que sólo en el último tiempo ha sido puesto en el tapete, cuestionándose por la opinión pública este tipo de situaciones.

---

<sup>102</sup> HULA, Kevin; *Lobbying*, Limusa, Mexico, 2002, 82p.

<sup>103</sup> HULA, Kevin; *Op. Cit*, 84p.

A modo de ejemplo, Hula nos demuestra que las puertas giratorias entre los grupos de interés<sup>104</sup> y el gobierno constituyen un elemento importante en la forma de influenciar en el proceso de formación de las políticas públicas en países como Estados Unidos. Como forma de dejar planteada una interrogante similar en Chile, expondremos algunas conclusiones extraídas de sus estudios:

a.- El 80% de las organizaciones activas en los sectores de transporte, promoción de los derechos civiles y educación, dicen haber contratado como miembros de su equipo a personas con experiencia en el gobierno, generando nexos de manera fácil y reduciendo notablemente el costo de acceso a la información.

b.- El 70% de los miembros del equipo técnico de los grupos de intereses encuestados, percibe como “*muy útil*” o “*bastante útiles*” los contactos con sus antiguos empleadores.

c.- Similares resultados arroja la pregunta acerca de la importancia de los vínculos que deben tener los miembros del equipo técnico con sus antiguos empleadores.

d.- Se concluye por Hula que “*un representante trae conocimiento de las posiciones adoptadas en el pasado por otros grupos, y*

---

<sup>104</sup> Hula utiliza el término “grupos de interés” de manera unívoca.

*aumenta la capacidad de una organización para anticipar la posición que los antiguos empleadores del representante tomarán sobre nuevos asuntos”<sup>105</sup>.*

e.- Las conexiones que son consideradas valiosas para los encuestados son sólo aquellas miradas desde la perspectiva de sujeto activo de lobby. Mirada la encuesta desde una perspectiva contraria, sólo un 10 % de los encuestados (antiguos empleadores) dijo que los contactos entre los antiguos miembros del equipo técnico y la entidad gubernamental eran “muy importantes”. De aquí Hula concluye abrumadoramente que *“más que un modelo de puertas giratorias entre grupos, encontramos una puerta en la que el flujo de la comunicación y coordinación política va predominantemente en una dirección. Los individuos buscan a sus ex empleadores, pero los empleadores llaman a los empleados con mucho menos frecuencia”<sup>106</sup>.*

Acá vuelve a aparecer como relevante el tema de la asimetría de la información, ya que en base al estudio realizado por Hula, se puede desprender que un ex empleado sabe en qué temas su ex empleador está interesado, como respecto de qué asuntos está influyendo; sin embargo, esta ventaja no se observa hacia el antiguo empleador, quien probablemente no tiene forma de saber

---

<sup>105</sup> HULA, Kevin; *Op. Cit.*, 90p.

<sup>106</sup> HULA, Kevin; *Op. Cit.*, 91p.

en qué consiste el nuevo trabajo de su ex empleado, ni aquellos asuntos en los que influye o está interesado el nuevo empleador de aquél, a menos que éste último le haga saber dicha información.

#### **4.2.- Conflictos de intereses.**

El tema de la puerta giratoria, tratado en el apartado anterior, nos evidencia un aspecto frecuentemente visto en la Administración Pública y que se vincula directamente con lo que estamos hablando, el de los conflictos de intereses.

Su precaución se vincula estrictamente a la preeminencia del interés general como base del principio de probidad administrativa.

Como bien dice Barra, existen dos formas en doctrina para tratar esta noción, la cual puede ser, en principio, difusa. La primera de ellas estima que el conflicto de intereses se da cuando *“un funcionario público tiene un interés privado o personal suficiente para actuar en un determinado sentido en las actividades administrativas”*<sup>107</sup>. Esta noción de carácter amplio comprendería conductas desde el nepotismo hasta los tipos de tráfico de influencias. Otra tendencia, de carácter estricto, reduce el tema a

---

<sup>107</sup> BARRA, Nancy; *Op. Cit.*, 75p.

aquellos conflictos de intereses de carácter financiero, suponiendo que por su estrecha vinculación patrimonial, son éstos los únicos susceptibles de regulación jurídica<sup>108</sup>.

Compartimos la opinión dada en doctrina, en cuanto consideramos como elemento principal de la definición la alteración de la decisión emitida por el agente público, como noción amplia, en pos del beneficio a un interés privado al cual éste se encuentra vinculado.

Hacer frente a este tema se hace imperioso, ya que el establecer un catálogo de incompatibilidades, inhabilidades y prohibiciones significa fortalecer el régimen democrático, con el fin de evitar que los intereses privados se alcen sobre el bien común. En particular, implicaría hacer frente al tema de la puerta giratoria y, por consiguiente, regular los conflictos de intereses que derivan del constante traspaso de agentes desde el sector público al privado, y viceversa.

Una prevención eficaz, aunque insuficiente, se advierte en la incorporación al ordenamiento jurídico chileno de varias instituciones, como son, la separación entre los formuladores de políticas públicas (Ministerios), los ejecutores (Servicios) y los fiscalizadores (Superintendencias). También aquellos catálogos

---

<sup>108</sup> BARRA, Nancy; Op. Cit., 76p.

establecidos detalladamente en la Constitución y leyes especiales acerca del Poder Judicial (Código Orgánico de Tribunales), Poder Legislativo (Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional) y el Poder Ejecutivo (Estatuto Administrativo y Ley de Bases Generales de la Administración del Estado).

Complementando lo precedente, el establecimiento de una infraestructura ética constituye una necesidad, puesto que la norma jurídica no logra regular de forma eficiente esta situación.

La LOCBGAE en su artículo 55 inciso 3° tiene una tenue regulación que plantea la incompatibilidad siguiente, incorporada por la Ley N° 19.653 en 1999: *“Del mismo modo, son incompatibles las actividades de la ex autoridades o ex funcionarios de una institución fiscalizadora que impliquen una relación laboral con entidades del sector privado sujetas a la fiscalización de ese organismo. Esta incompatibilidad se mantendrá hasta seis meses después de haber expirado en funciones”*. Como existe un alto riesgo de captura, precisamente por la necesidad de mantener un nivel de vida, se ha planteado aumentar el periodo estableciendo una mixtura entre salarios de transición o indemnizaciones para paliar efectivamente el tiempo de carencia, lo que resultaría gasto ínfimo para el Estado versus los riesgos del conflicto de intereses.<sup>109</sup>

---

<sup>109</sup> La Segunda, 15 de mayo de 2006.

Si bien existen variadas prescripciones en los ámbitos de la responsabilidad administrativa y penal de los agentes públicos, existen casos que exceden por mucho estas regulaciones, sobre todo, porque no se puede descuidar la afectación de derechos fundamentales como la libertad de trabajo, lo que podría recaer sobre el agente público que deja de servir a la Administración del Estado. Resulta esencial, entonces, que al momento de configurar un catálogo de prohibiciones se tome en cuenta lo anterior, porque como la misma Comisión de Ética Pública lo señaló, *“la función pública (sic) debe estar abierta a los mejores talentos y las prohibiciones no pueden constituir un factor de disuasión para que estas personas se incorporen a ella”*<sup>110</sup>.

#### **4.3.- Incompatibilidades e inhabilidades. Noción.**

Siendo el establecimiento de prohibiciones para lobbystas el tema fundamental de este trabajo, es necesario delimitar este concepto, diferenciando claramente lo que se entiende por inhabilidades e incompatibilidades.

El Diccionario de la Real Academia Española define la inhabilidad, en su segunda acepción, como el *“Defecto o impedimento para obtener o ejercer un empleo u oficio”*.

---

<sup>110</sup> Informe de la Comisión Nacional de Ética Pública de Chile. Op. Cit, 310p.

Al respecto, se señala que *“las inhabilidades se encuentran relacionadas con las condiciones que los postulantes a un cargo público deben reunir para el desempeño del mismo, cuyo tratamiento se expresa en dos momentos, al ingresar a una determinada entidad, y durante la permanencia en ella”*<sup>111</sup>. Esto significa, en términos simples, que el funcionario de la Administración del Estado debe cumplir ciertos requisitos que el legislador ha establecido como indispensables para ejercer la función pública.

Por otra parte, por incompatibilidades el Diccionario de la Real Academia Española la define como aquel *“impedimento o tacha legal para ejercer una función determinada, o para ejercer dos o más cargos a la vez”*.

En el caso de las prohibiciones que afectan hipotéticamente a aquellos que ejerzan el lobby, encuadramos la definición antedicha en su primera hipótesis, puesto que, como lo veremos, no hay una confusión de cargos, sino que un impedimento.

La ley de probidad, N°19.653 de 1999, modificó la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, N°18.575. La normativa en comento es bastante clara en cuanto limitar actitudes que, sin ser encasilladas como lobby

---

<sup>111</sup> BARRA, Nancy; *Op. Cit.*, 154p.

formalmente podrían derivar en responsabilidades de carácter administrativo.

A continuación veremos como el nuevo artículo 3° de la LOCBGAE menciona que “*la Administración del Estado está al servicio de la persona humana; su finalidad es promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y la ley...*”. En el segundo inciso, plantea que la Administración del Estado entre otros debe velar “*por los principios de (...) probidad, transparencia y publicidad administrativa...*”.

En el mismo sentido, el artículo 54 en su inciso 2° define el principio que consiste en “*observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular*”. Luego, el artículo 55 apunta que el interés general se expresa, entre otras cosas, “*en lo razonable e imparcial*” de las decisiones de la autoridad administrativa.

Luego, en el artículo 64 se incluye un estatuto con conductas que “*contravienen especialmente el principio de probidad administrativa*” y que derivan en responsabilidad. Entre ellas, y

con especial acento entre aquellas distorsiones de la actividad de lobby, tendremos en cuenta las siguientes:

1. *Usar en beneficio propio o de terceros la información reservada o privilegiada a que se tuviere acceso en razón de la función pública que se desempeña;*
2. *Hacer valer indebidamente la posición funcionaria para influir sobre una persona con el objeto de conseguir un beneficio indirecto para sí o para un tercero;*
5. *Solicitar, hacerse prometer o aceptar, en razón del cargo o función, para sí o para terceros, donativos, ventajas o privilegios de cualquier naturaleza.*  
*Exceptúanse de esta prohibición los donativos oficiales y protocolares, y aquellos que autoriza la costumbre como manifestaciones de cortesía y buena educación.*
6. *Intervenir, en razón de las funciones, en asuntos en que se tenga interés personal o en que lo tengan el cónyuge, hijos, adoptados o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive.*  
*Asimismo, participar en decisiones en que exista cualquier circunstancia que le reste imparcialidad.*

#### **4.4.- Análisis del catálogo de prohibiciones de un lobbysta habitual en cuanto a su calidad específica de agente público.**

Habiendo planteado el problema suscitado por la “puerta giratoria”, urge en este momento buscar soluciones paliativas y eficientes que tiendan a transparentar la actividad de los grupos de presión, que se ven favorecidos con la asimetría de información existente por la captura de ex funcionarios o agentes públicos.

Frente a esto, planteamos el establecimiento de un catálogo de prohibiciones del ejercicio de la actividad a quienes se dedican habitualmente a ella mediante diversas regulaciones legales o reglamentarias. En este punto, la legislación comparada ya se ha adelantado imponiendo tiempos de carencia para determinados servidores públicos que transiten al sector privado.

Al respecto existen problemas previos que se relacionan con las garantías constitucionales envueltas en pugna, y que cualquier legislación sobre prohibiciones de llobyistas debe resguardar.

En primer lugar, resolver si las condiciones de la prohibición del derecho a ejercer una libre actividad económica y de la libertad de trabajo, son eficientes para evitar el conflicto de intereses y resguardar el bien común. Esto tiene un estrecho vínculo con el tiempo de prohibición de ejercicio y la garantía constitucional que

establece que la “seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que éste establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio” (Artículo 19 N° 26 de la Constitución). En definitiva, cualquier limitación a ejercer alguna actividad laboral, en principio, atenta contra la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 N° 16 inciso 4°, pero que se hace necesario establecer en pos de los principios de probidad y publicidad (artículo 8° de la Constitución). Conforme a lo anterior, el legislador debe velar porque las prohibiciones tengan fuente, según la exigencia del Constituyente, legal y jamás reglamentarias.

En segundo lugar, está el problema de cuáles son los sujetos activos de lobby que serán objeto de la prohibición. Como se dijo en la discusión del proyecto chileno, no es posible *“sostener que los sujetos pasivos de captura por parte de los grupos de interés, son sólo aquellos que tienen un cargo de representación popular (Presidente, parlamentario u alcalde), pues esto dejaría fuera a todos aquellos funcionarios del Ejecutivo con poder de tomar decisiones como, asimismo, a los miembros del Poder Judicial”*<sup>112</sup>. El razonamiento anterior implica considerar como posibles sujetos

---

<sup>112</sup> Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia; Intervención de José Francisco García García, disponible en [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl)

de captura a los funcionarios públicos de nivel directivo, no importando el Poder del Estado en el cual se desempeñen, y también a aquellos que pertenecen a organizaciones político-partidistas.

Con relación a lo que venimos hablando, el proyecto de ley chileno, establece en su artículo 13 un catálogo detallado de prohibiciones para sujetos activos de lobby que se hayan desempeñado en la Administración del Estado y en la dirección de organizaciones político-partidistas, fijándose un plazo durante el cual se les prohíbe ejercer del lobby de manera profesional.

#### **4.4.1.- Prohibiciones establecidas en el Derecho Comparado.**

Al momento de observar la legislación extranjera, un componente esencial de la normativa es la prohibición o incompatibilidad que se produce entre la función pública y el ejercicio del lobby o de la gestión de intereses. Analizaremos ese punto anterior en la legislación peruana, único referente latinoamericano en lo que a regulación de lobby se refiere; la *Lobbying Disclosure Act* norteamericana con sus comentadas últimas modificaciones y la llamada Ley de Québec.

#### **4.4.1.1.- El caso peruano.**

Al momento de analizar la eficacia de la prohibición de ejercicio para los lobbystas que hayan ejercido una labor como funcionarios de la Administración del Estado, habíamos dicho ya que debemos establecer como presupuestos previos tiempos de carencia, en segundo lugar, cuáles son los funcionarios afectados por la prohibición y finalmente, en qué calidad se les prohíbe ejercer el lobby. Lo último se refiere a si establecemos categorías y estatutos distintos para lobbystas que, como veremos, no es algo unánime en la legislación comparada.

Como parámetro latinoamericano, la ley peruana N° 28.024 dictada durante el mandato de Alejandro Toledo, establece un estatuto único de obligaciones para, en palabras de la misma normativa, los gestores de intereses que se encuentran denominados en la misma ley como tales. Tal como el proyecto chileno lo pretendía, se consideran lobbystas tanto aquellos que defiendan sus propios intereses (organizaciones gremiales, sindicatos, sociedades civiles o comerciales representadas legalmente) como aquellos que contraten un intermediario (gestores profesionales). En relación a lo anterior, los funcionarios de la Administración del Estado están impedidos de ejercer como gestores durante el ejercicio de su cargo y hasta doce meses después de concluir respecto del área en que tengan “competencia

funcional directa”. Asimismo, se establece que este impedimento debe quedar registrado en el llamado Registro Público de Gestión de Intereses.

#### **4.4.1.2.-La ley de Québec.**

La ley de Québec (*Lobbying Transparency and Ethics Act*) es emblemática respecto de cualquier regulación de lobby. En términos generales clasifica a los lobbystas en *consultant lobbyists* (intermediador prestador de servicios habituales), *enterprise lobbyists* (aquel que perteneciendo a una empresa realizan lobby en beneficio de ella) y *organization lobbyists* (aquellos que realizan lobby en beneficio de organizaciones sin fines de lucro). Todos deben registrarse por sí mismos, como en el caso de los *consultant lobbyists*, o mediante el representante de la asociación en caso del resto de los lobbystas.

En relación a los impedimentos, la ley establece la prohibición de ejercicio a los lobbystas habituales (*consultant lobbyists*) quienes no podrán ejercer como tales si han estado en la Administración Pública, ya como miembros del Poder Ejecutivo, del Poder Legislativo o como parte del *staff* de las autoridades que se mencionan en la misma normativa, hasta dos años después de haber cesado en el cargo.

#### **4.4.1.3.- La *Lobbying Disclosure Act* y sus recientes reformas.**

Estados Unidos a pesar de tener regulaciones de antigua data no ha estado exentos de la discusión del problema de la “*revolving door*” (puerta giratoria). De hecho, varias organizaciones civiles se han preocupado de denunciar con escándalo cómo prominentes funcionarios de la administración estatal han pasado desde importantes cargos de gobierno a presidentes o consejeros de grandes compañías y viceversa<sup>113</sup>. El lobby y sus tejidos internos están puestos en el tapete de la prensa desde hace tiempo y el caso del lobbysta Jack Abramoff – el escándalo por soborno más grande en el Congreso - fue sólo considerado como un detonante para hablar más de este tema. La *Lobbying Disclosure Act (LDA)*, nueva regulación que vino a renovar la ineficiente regulación anterior de 1945, ha sufrido modificaciones profundas, la última de 2006.

La LDA define como lobbysta a estos efectos a aquel que remuneradamente ejerza la actividad, ya de manera autónoma o como parte de una empresa u organización, tomando en cuenta para ello que realice más de un contacto, a no ser que eso no

---

<sup>113</sup> Varios interesantes ejemplos son los que se pueden encontrar en [http://www.sourcewatch.org/index.php?title=Government-industry\\_revolving\\_door](http://www.sourcewatch.org/index.php?title=Government-industry_revolving_door), página web dependiente de una famosa ONG estadounidense denominada *Center for Media & Democracy*. Se establecen ahí de manera casuística variados ejemplos de autoridades directivas del gobierno que pasan al sector privado o llobbistas que pasan a ejercer cargos importantes, como el caso de James Connaughton, famoso llobbysta en el área de recursos naturales se convierte en *Chairman of the Council on Enviromental Quality* (uno de los principales consejeros del Gobierno en materia medioambiental).

alcance a ser el 20% de la actividad que se le desarrolla a ese cliente en seis meses. De esto deriva la calidad de lobbysta registrado, ya sea interno (*in-house lobbyist*) o, externo o contratado (*outside lobbyist*).

Respecto a las prohibiciones para ejercerlo de manera profesional existe el periodo de “no contacto”, que se puede aplicar a todos aquellos funcionarios que dejen de servir en la Administración aun cuando no sean llobyistas. Como bien explica García, *“todos los funcionarios y empleados del Ejecutivo tienen la prohibición de “cambiarse de lado” en un tema o caso específico, esto es, les está prohibido “intentar influir” alguna comunicación a favor de una parte privada ante un departamento o agencia federal en un caso particular, involucrando partes específicas si el empleado trabajó personalmente y en forma sustancial en tal materia para el Gobierno”*<sup>114</sup>. Una restricción similar se aplica por 2 años *“al personal del Ejecutivo que, aunque no haya trabajado en la materia personal o sustancialmente, haya tenido interés particular que involucre partes específicas bajo su responsabilidad oficial mientras estaba en el Gobierno”*<sup>115</sup>.

El tema de la puerta giratoria en la legislación norteamericana ha sido largamente analizado por varias

---

<sup>114</sup> GARCIA, José Francisco; *Lobby, ¿Qué se debe regular?*; Serie Informes Políticos, Instituto Libertad y Desarrollo, 17p, disponible en [http://lyd.org/biblioteca/serie/politico/86\\_serie\\_informe\\_politico.pdf](http://lyd.org/biblioteca/serie/politico/86_serie_informe_politico.pdf).

<sup>115</sup> GARCIA, José Francisco; Op. Cit., 17p.

asociaciones civiles que vigilan el desarrollo de la actividad y de sus problemas colindantes. La ONG norteamericana *Public Citizen* lanzó un bullado informe llamado “*Congressional Revolving Doors: The Journey from Congress to K Street*” – haciendo alusión a la calle donde se encuentran la mayoría de las oficinas de los lobbystas - que concluyó que el 43% de los legisladores se convierten en lobbystas luego de abandonar su cargo<sup>116</sup>.

La *Lobbying Transparency and Accountability Act* de 2006, con el escándalo Abramoff encima, reformó la *Lobbying Disclosure Act* en varios temas controvertidos. Uno de ellos fue la prohibición de ejercer el lobby para los ex miembros del Parlamento por dos años en vez del año que contemplaba la antigua legislación. Asimismo, se les impide a aquellos que pertenecieron al Senado que mantengan los privilegios derivados de su condición (*floor privileges*), como estar dentro de las sesiones, mientras ejerzan como lobbystas.

#### **4.4.2.- Prohibiciones establecidas en el proyecto de ley chileno que regula el lobby.**

El artículo 13 del proyecto de ley chileno que pretende regular la actividad de lobby señala:

---

<sup>116</sup> El informe está disponible en <http://www.citizen.org/pressroom/release.cfm?ID=1999>

*Artículo 13: No podrán ejercer la actividad de lobbystas profesionales:*

*a) Las autoridades, miembros y funcionarios de los órganos de la Administración del Estado y del Congreso Nacional, durante el ejercicio de sus funciones;*

*b) Quienes se encuentren inhabilitados para ejercer cargos u oficios públicos por sentencia ejecutoriada;*

*c) Los fallidos;*

*d) Los condenados por crimen o simple delito que merezca pena aflictiva;*

*e) Aquellos a quienes se les haya cancelado, en cualquier tiempo, su inscripción en el Registro Público de Lobbystas;*

*f) Los ex miembros del Poder Judicial, hasta un año después de hacer abandono de sus funciones;*

*g) Las autoridades unipersonales nacionales de partidos políticos, durante el ejercicio de su cargo y hasta un año después de hacer dejación del cargo, y*

*h) Quienes contribuyan al financiamiento de partidos políticos, incluidas sus campañas electorales.*

En primer lugar, se hace importante señalar que el mencionado artículo se ubica dentro del proyecto de ley en el Párrafo 3° del Título II, que se denomina “*De las obligaciones y prohibiciones aplicables a los lobbystas profesionales*”, lo que nos lleva a observar inmediatamente que este estatuto de

prohibiciones no es aplicable a todos quienes de alguna u otra forma ejerzan la actividad, ya que como expresamente señala el encabezado del mencionado artículo, estas prohibiciones sólo son aplicables a los lobbystas profesionales.

Al respecto, se hace necesario precisar que el proyecto de ley en su artículo 2º previene una serie de definiciones que afectan considerablemente la actividad de lobby y, en especial, encuadran las prohibiciones o incompatibilidades sólo a determinados sujetos activos de lobby.

El mencionado artículo 2º, en lo que atañe, prescribe:

*“Para los efectos de la presente ley se entenderá por:*

*a) Lobby o gestión de intereses: aquella actividad, remunerada o no, que tenga por objeto promover, defender o representar cualquier interés de carácter individual, sectorial o institucional, en relación con cualquier decisión que, en el ejercicio de sus funciones, deban adoptar los órganos de la Administración del Estado y el Congreso Nacional.*

*b) Lobbyista o gestor de intereses: la persona natural o jurídica, chilena o extranjera, que realice actividades de promoción, defensa o representación de intereses propios o de terceros, sean de carácter individual, sectorial o institucional.*

c) *Lobbysta profesional: aquella persona que realiza habitualmente y en forma remunerada acciones de gestión de intereses ante alguna de las autoridades que tienen la obligación de registrar los contactos o actividades de lobby efectuadas ante ellas. Se entenderá por habitual el realizar, dentro de los últimos seis meses, dos o más de las acciones de gestión de intereses que define esta ley.*

Podemos observar, en definitiva, que el proyecto de ley establece una diferenciación entre quienes ejercen la actividad de modo profesional que son llobystas no profesionales, pero que sin embargo realizan igualmente gestión de intereses o lobby. Para estos efectos señala que llobysta profesional será quien ejerza la actividad en forma habitual y remunerada, entendiendo por habitual el realizar como promedio, dentro de los últimos seis meses, dos o más de las acciones de gestión de intereses.

A raíz de lo anterior, resulta necesario preguntarse en primer lugar, si para definir a un gestor de intereses como llobysta profesional es de la esencia que está actividad sea o no remunerada, ya que en ocasiones puede resultar difícil establecer una efectiva fiscalización a si el sujeto activo de lobby está siendo o no remunerado por su actividad.

Por otra parte, el que sea necesario realizar como mínimo dos o más acciones de gestión de intereses en un período de seis meses para ser calificado como lobbysta profesional, a nuestro entender es insuficiente; ya que este tipo de actividad puede requerir una preparación que puede implicar el que alguien que se dedique en forma exclusiva a realizar actividades de gestión de intereses, pueda no alcanzar a concretar el mínimo de contactos exigidos por la ley para ser calificado como lobbysta profesional, eximiéndose así de las obligaciones derivadas de su estatuto. Seguramente habría que establecer un criterio de porcentajes de “actividades de lobby”, más flexible, que establezca de forma certera qué significa habitualidad para todos los efectos, como lo hace |a *Lobbying Disclosure Act*.

De hecho, las compañías que ejercen el lobby de manera habitual han reclamado ante las instancias legislativas de discusión por la discriminación en el trato que podrían recibir a raíz de la exigencia de habitualidad. Al respecto, una representante de una conocida empresa de lobby (Burson-Marsteller) señaló que “*Es relevante la inclusión dentro de la definición de lobbysta profesional del artículo 2º letra c), de las personas que prestan servicios a una empresa o persona jurídica con el objetivo de hacer lobby. De no existir esta disposición se corre el riesgo de que las empresas, para eludir la obligación de registro, en lugar de contratar a llobystas externos contraten en forma*

*permanente a personas que se dediquen a esta actividad. De hecho, actualmente muchas compañías cuentan con departamentos de comunicaciones o jurídicos que se dedican a hacer lobby. Ellos también deben inscribirse.”<sup>117</sup>*

Creemos que el hacer aplicables las prohibiciones del artículo 13 del proyecto sólo a los que se dediquen al lobby en forma profesional<sup>118</sup> se pone fin al problema de la “puerta giratoria”, ya que el espectro de agentes públicos que se encuentran sujetos a dichas prohibiciones se ve considerablemente acotado, quedando al margen una gran cantidad de ex funcionarios públicos que pasan del ente regulador al regulado y respecto de los cuales no existe ningún tipo de incompatibilidades en este sentido<sup>119</sup>.

Además, si se agrega a lo que venimos diciendo que el artículo 6° del proyecto de ley previene un Registro de Lobbyistas obligatorio sólo para aquellos que son calificados como lobbyistas profesionales - dejando al margen de la obligación de registrarse a los que no se dedican a la actividad en forma profesional -, queda de manifiesto que respecto de éstos últimos al no encontrarse registrados, y no siéndoles aplicables las prohibiciones del artículo

---

<sup>117</sup> Intervención de Claudia Adriasola, representante de la compañía Burson-Marsteller en el Informe de la Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que regula el lobby. Disponible en [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl).

<sup>118</sup> Al referirnos con el término de “*lobbyista profesional*”, estamos hablando de lo que por este se entiende por el artículo 2° del proyecto de ley, o sea, “aquella persona que realiza habitualmente y en forma remunerada acciones de gestión de intereses”.

<sup>119</sup> *Infra*, 87p.

13, no existiría problema en que al dedicarse a actividades de lobby o gestión de intereses en forma “no profesional” se vieran constantemente envueltos en lo que se ha denominado como la “puerta giratoria”.

Al respecto, sólo cabe mencionar adicionalmente que en la discusión del proyecto de ley, algunos senadores de derecha han abogado por la derogación de las normas que someten a la normativa de lobby a quienes defienden sus propios intereses. Esto le quitaría peso a la regulación, pues hemos ido sosteniendo en el transcurso de este trabajo que es precisamente la acción, ya por sí mismo o representada, de los grupos de presión, la que hace el problema. Ergo, necesitamos transparencia para este tipo de lobbystas, pidiendo incluso estudiar la conveniencia de un estatuto único.

Consecuente con la postura legislativa establecida por la oposición, es la intervención del ex senador socialista José Antonio Viera-Gallo, al momento de la aprobación en general del Proyecto, cuatro días antes de dejar su cargo como Senador y de ingresar luego a formar parte al Directorio de AFP Provida:

*“Porque todos nosotros, en el ejercicio de la función parlamentaria, recibimos sugerencias de gente que lucha por sus intereses. Sin embargo, eso no constituye lobby.*

*O sea, entiendo que aquí se regula el lobby profesional, que se define con claridad en la letra c) del artículo 2º. Pero no se debiera regular de igual manera la defensa que cada grupo de personas o cada individuo o categoría social hace de sus propios intereses.*

*Si mañana los pescadores artesanales, por ejemplo, contratan un abogado para influir en la modificación de la Ley de Pesca, ¿eso será lobby o no?.*

*Pienso, señor Presidente, que la ley en proyecto debiera llamarse "De la regulación del lobby profesional".*

*A mi entender, la definición del lobby como una actividad de promoción, defensa o representación de intereses de personas, entidades u organizaciones privadas o públicas, que puede ser gratuita o remunerada, resulta demasiado amplia. Porque es factible sostener que, en gran medida, cualquiera que se reúna con una autoridad administrativa o legislativa puede tener un interés detrás. Y sería absurdo pretender establecerle a esa persona la regulación del lobby profesional, o bien, que se intentara sancionar al parlamentario o a la autoridad administrativa que no cumpliera todas las funciones que la iniciativa en debate prevé para los efectos de recibir a quienes luchan por sus intereses. O sea, si mañana se reúne con uno u otra una agrupación de deudores habitacionales o de deudores del INDAP que desean que se les cambien las condiciones para repactar sus créditos, o un grupo de*

*enfermos que aspiran a ser atendidos de mejor forma en determinado hospital, eso no constituye lobby.*<sup>120</sup>”

Como señalara un informe en Derecho “... resulta necesario revisar las categorizaciones y definiciones empleados en el proyecto de ley con el propósito de evitar que esta diferenciación termine por desnaturalizar el conjunto de la propuesta, por la vía de estimular el despliegue subrepticio de acciones de lobby profesional pero haciéndolas pasar como acciones de lobby no habitual y no remunerada”<sup>121</sup>. Advirtamos, en definitiva, que de quedar el proyecto de ley en la forma en que actualmente se encuentra, no existe solución eficaz para el incordio de la puerta giratoria, razón por la que estimamos que se hace necesario establecer una homologación de responsabilidades y de prohibiciones entre los lobbystas profesionales y quienes no lo son, con el fin de evitar el fraude a la ley.

Sin embargo, y a pesar de las deficiencias señaladas que a nuestro entender presenta el proyecto de ley, las prohibiciones de ejercicio establecidas en el artículo 13 – las que se debieran hacer extensivas a todo tipo de lobbystas, tanto profesionales como a los que no lo son –, establecen un estatuto de prohibiciones que merecen ser analizadas.

---

<sup>120</sup> Sesión 60ª, 7 de marzo de 2006; disponible en [sil.senado.cl](http://sil.senado.cl)

<sup>121</sup> FERNÁNDEZ, Miguel Angel y otros; Op. Cit., 7p.

Este artículo establece un catálogo que tiende a establecer requisitos mínimos para ejercer la actividad de lobbysta profesional y que busca, principalmente, evitar el conflicto de intereses producido por el hecho de que quienes se desempeñan como lobbystas profesionales hayan formado parte del ente regulador sobre el cual se pretende influenciar en una decisión. Más precisamente *“Se trata de evitar que tales funcionarios públicos, utilizando información, contactos y relaciones adquiridos en el desempeño de sus cargos, los coloquen al servicio de empresas de lobby inmediatamente de finalizadas sus tareas públicas. Esta última cuestión a su vez posee una doble perspectiva, cual es por una parte, asegurar niveles razonables de equiparidad y competitividad entre las empresas dedicadas al giro de lobby, y por otra –y más importante-, evitar que el funcionario público utilice mala manera las prerrogativas del cargo público, tanto durante el ejercicio del mismo, como inmediatamente de finalizada tal tarea”*<sup>122</sup>.

Dentro de todo el catálogo de prohibiciones establecido por el artículo 13, existe un grupo de aquellas que se vinculan mucho más estrechamente con lo que venimos hablando y que tienden precisamente a evitar el problema de la puerta giratoria, siendo éstas las siguientes vigentes durante su tramitación en el Senado:

---

<sup>122</sup> FERNÁNDEZ, Miguel Angel y otros; Op. Cit., 10p.

**Artículo 13°.-** *No podrán ejercer la actividad de lobbystas profesionales:*

*a) Las autoridades, miembros y funcionarios de los órganos de la Administración del Estado y del Congreso Nacional, durante el ejercicio de sus funciones.*

*f) Las autoridades unipersonales nacionales de partidos políticos, durante el ejercicio de su cargo, y*

*g) Quienes contribuyan al financiamiento de partidos políticos, incluidas sus campañas electorales.*

Compartimos lo expresado por el Informe en Derecho sobre el Proyecto de Ley que regula el Lobby en Chile elaborado por la Universidad Alberto Hurtado, en cuanto expresa que estas prohibiciones evitan situaciones como el uso indebido de información privilegiada y de cargos públicos, la generación de conflicto de intereses y el favorecimiento de ciertos sujetos o conglomerados privados.

Las hipótesis mencionadas, constituyen el intento al día de hoy de impedir que personas que con anterioridad desempeñaron labores dentro de uno de los poderes del Estado puedan, de cierto lapso de carencia, ejercer como lobbystas profesionales; toda vez que puedan haber tenido acceso a determinada información que posteriormente puede ser de mucho interés a empresas de

lobbystas que quieran influir en un determinado ámbito, sobre todo si el lobbyista ha formado parte de algún organismo directamente relacionado con los intereses que ahora representa.

Y con relación a las autoridades de Partidos Políticos, esta prohibición *“está destinada a evitar la utilización de la estructura de los partidos políticos, fuente generadora de líderes políticos, de parlamentarios, etc., y por tanto de gestores y elaboradores de políticas públicas y responsables de la toma de decisión pública”*<sup>123</sup>.

Con respecto a estas prohibiciones, hemos podido observar que dentro de la discusión del proyecto de ley, se han planteado indicaciones tendientes a restaurar el plazo de las prohibiciones a dos años después de haber cesado en el ejercicio de sus funciones, como también extenderla a familiares directos en el caso de la letra a) del referido artículo 13 del proyecto de ley. Igualmente, se ha pedido incorporar en la prohibición antedicha a los miembros del Poder Judicial, tal como lo hacía el proyecto original, hasta el plazo de dos años después de haber abandonado sus cargos.

Sería lamentable que estas indicaciones destinadas a solucionar de manera medular, aunque no definitiva, el problema del cual hemos estado hablando no vieran la luz.

---

<sup>123</sup> FERNANDEZ, Miguel Angel y otros; Op. Cit., 12p.

## **CONCLUSIONES**

Las ganas de influir en las políticas públicas han existido desde siempre. Los intentos deliberados con esos fines, especialmente en el ámbito de las asociaciones gremiales, son de antigua data. Ahora, una fase posterior, sobretodo en nuestros países, es la toma de conciencia acerca de la regulación del tema. Como desgraciadamente siempre ha ocurrido, los impulsos legislativos en Chile han estado marcados por escándalos de corrupción que pudiesen haberse prevenido en otra coyuntura.

Por desgracia, la tendencia al secretismo en nuestra cultura, la cual poco a poco se ha ido atenuando mediante la Reforma Procesal Penal y la reforma a la Constitución hecha en 2005, hace un incalculable daño. Si ese manto de secreto no velara las actuaciones de los funcionarios públicos de la forma que lo hace, se dejarían atrás una buena parte de las suspicacias que llevan a la ciudadanía a desconfiar de la clase política.

Aquí surgen como indispensables los temas del derecho al acceso de la información pública y del efectivo control de la transparencia en los actos públicos. En esto tienen una tarea importante de estímulo, más allá de las propias instituciones, las

fiscalizaciones de las organizaciones civiles que se hayan creado al efecto.

El tema del lobby, en cuanto trascendente, no ha sido abordado con la intensidad requerida. Incluso nos sorprendimos con algunas intervenciones de parlamentarios, los cuales, habiendo reconocido que habían sido objeto de lobby, despreciaban la iniciativa y calificaban su contenido como algo ambiguo y carente de valor.

La regulación del lobby es indispensable por cuanto asegura el pleno ejercicio por parte de todos los ciudadanos de derechos esenciales que se encuentran reconocidos por la Constitución, como lo es, específicamente, el Derecho de Petición y la garantía de Igualdad ante la Ley. De manera consiguiente, y con relación al primer derecho señalado, debe analizarse por parte del legislador una vía efectiva para asegurar la facultad de presentar peticiones a la autoridad, con un remedio parecido a la acción constitucional de protección del artículo 20 de nuestra Carta Fundamental.

El constante tránsito, sin prohibiciones ni fiscalizaciones, de los funcionarios públicos al mundo privado, ya sea a la industria o al lobby profesional, afecta gravemente el fortalecimiento del sistema democrático, ya que sólo determinados grupos, quienes tienen el poder de capturar, pueden influenciar de manera

relevante al momento de tomar decisiones públicas. No queremos decir que el problema expuesto sea *per se* negativo, sino que la ausencia regulatoria, ya sea ética o legal, da lugar a los graves problemas diagnosticados a lo largo de este trabajo.

En este sentido, se hace indispensable el establecimiento de un catálogo de prohibiciones que formule de manera casuística las diversas situaciones donde existan los conflictos de intereses que se busquen prevenir, como lo señala el artículo 13 del Proyecto de ley que pretende regular el lobby en Chile. Aunque la casuística puede ser objeto de críticas, por las trabas que se le pueden incorporar al ejercicio de esta actividad legítima, ayudan, incluso de modo analógico por vía jurisprudencial, a cumplir los fines propuestos.

Ahora bien, aún cuando éstas resultan útiles estando bien formuladas, existen otros mecanismos igualmente indispensables como la creación de oficinas de ética que establezcan recomendaciones claras y obligatorias a seguir tanto por parte de los funcionarios públicos como de los agentes de lobby.

Temas importantes a resolver en posteriores legislaciones, serán la búsqueda de mecanismos que permitan la conciliación entre el derecho a ejercer libremente cualquier actividad laboral y el principio de probidad que dictamina la preeminencia del interés

público por sobre el particular. Colindante con lo anterior, temas como estos deberían de tener prevalencia en el trabajo legislativo y dejar de ser mirados como “buenas prácticas”. La legislación de lobby lleva con “suma urgencia” más de tres años y los resultados han sido inferiores a lo esperado.

Las prohibiciones que se establezcan también deben responder a una técnica legislativa eficiente, que sepa conciliar la pugna entre los derechos establecidos por la Constitución, en especial, aquellos derivados de la libertad económica, asunto el cual quedó descrito en esta obra.

En definitiva, sólo con una legislación de calidad que permita dejar la preeminencia de intereses particulares a un lado y una posterior fiscalización que permita reafirmar los principios ya señalados, permitirán a todos los ciudadanos, sin exclusión, acceder a la autoridad de manera presta y eficiente. De otra manera, los ideales democráticos y libertarios establecidos como base esencial de nuestro sistema político-institucional se verán diluidos.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **Libros**

ALARCON, Pablo; *La discrecionalidad administrativa en la Jurisprudencia del Recurso de Protección*, Conosur, Santiago de Chile, 2000.

ALONSO Piñeiro, Armando; *El Quinto Poder: Teoría y Práctica del Lobbying*, Macchi, Buenos Aires, 1992.

ALCALDE Rodríguez, Enrique; *Los Principios Generales del Derecho*. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2003.

BARRA, Nancy; *Probidad Administrativa*, LexisNexis, Santiago de Chile, 2002.

BOBBIO, Matteucci y Pasquino; *Diccionario de Política*. Siglo XXI Editores, México, 2002.

CORREA, Sofia y otros; *Historia del Siglo XX Chileno*, Sudamericana, Santiago de Chile, 2001.

DE TOCQUEVILLE, Alexis; *La Democracia en América*, Fondo de Cultura Económica, México, 1984.

EVANS de la Cuadra, Enrique; *Los derechos constitucionales, tomo II*, 2ª edición, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1999.

FERNANDEZ, Miguel Ángel y otros; *Informe en Derecho, Proyecto de Ley que regula el Lobby en Chile*. Universidad Alberto Hurtado, Inédito, Santiago de Chile, sin fecha.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; *La revolución francesa y la administración contemporánea*, Civitas, Madrid, 1994.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; *La lengua de los Derechos. La formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa*. Edit. Alianza, Madrid, 1994.

GONZÁLEZ Moras, Juan Martín; *Los servicios Públicos en la Unión Europea y el Principio de Subsidiariedad*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.

HULA, Kevin; *Lobbying*, Limusa, Mexico, 2002.

HUNNEUS, Carlos; *El Régimen de Pinochet*, Sudamericana, Santiago de Chile, 2000.

JERÉZ, Miguel. *Los grupos de presión*, en Rafael Del Águila (comp.); *Manual de Ciencia Política*, Tecnos, Madrid, 1999.

MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia; *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial*, Editorial Universidad de Talca, Talca, 2001.

MEYNAUD, Jean; *Los grupos de presión*, 5ª edición, Eudeba, Buenos Aires, 1972.

MONCKEBERG, María Olivia; *El Saqueo de los Grupos Económicos al Estado Chileno*. Ediciones B, Santiago de Chile, 2001.

PAREJO Alfonso, Luciano; *Manual de Derecho Administrativo*, Ariel, Barcelona, 1990.

RODRÍGUEZ Collao, Luis. *Delitos contra la función pública*, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005.

ROJAS Sánchez, Gonzalo y otros. *Derecho Político, Apuntes de las clases del Profesor Jaime Guzmán Errázuriz*, Editorial Universidad Católica de Chile, Santiago, 1996.

VERDUGO, Mario, PFEFFER, Emilio y NOGUEIRA, Humberto. *Derecho constitucional, tomo I*, 2º edición, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997.

XIFRA, Jordi. *El lobbying: cómo influir eficazmente en las decisiones de las instituciones públicas*, Gestión, Barcelona, 1998.

### **Artículos, informes, ponencias y papers (incluye referencias a páginas web)**

Actas Oficiales de la Comisión de Estudios para una Nueva Constitución.

BINDER, Jaime; *La infraestructura ética en Chile: problemas y desafíos*, ponencia en el VII Congreso CLAD; disponible en <http://www.bcn.cl/alegislativo/pdf/cat/docs/2394-07/341.pdf>

CERRILLO, Agustí; *La regulación de los grupos de presión. El sistema de los Estados Unidos de América y de la Unión Europea*, disponible en [http://iigov.org/papers/?p=1\\_0012](http://iigov.org/papers/?p=1_0012)

Discusión que aprueba el proyecto en general, Cámara de Diputados, Sesión 29ª, martes 14 de diciembre de 2004; disponible en [sil.senado.cl](http://sil.senado.cl).

DRAGO, Mario; “El lobby y su regulación”, ponencia en Seminario “El lobby en Chile y su regulación”, Universidad Diego Portales, 27 de Noviembre de 2003: disponible en [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl)

Elites Políticas y su Percepción sobre la actividad de lobby en Chile, ICSO, Universidad Diego Portales, Informe de Prensa; disponible en <http://www.udp.cl/icsso/investigacion/doc/lobby.pdf>.

*El lobby en Chile*, Revista Capital, 1 de marzo de 2002.

GARCIA, José Francisco; *Lobby, ¿Qué se debe regular?*; Serie Informes Políticos, Instituto Libertad y Desarrollo, 17p, disponible en [http://lyd.org/biblioteca/serie/politico/86\\_serie\\_informe\\_politico.pdf](http://lyd.org/biblioteca/serie/politico/86_serie_informe_politico.pdf).

HELLMANN, Joel, KAUFFMANN, Daniel; “*La captura del estado en las economías en transición*”, Revista Finanzas y Desarrollo, disponible en <http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/2001/09/pdf/hellman.pdf>.

Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia; disponible en [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl)

Informe de la Comisión Nacional de Ética Pública de Chile, en "Pena y Estado", Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L., 1995.

Informe del “Barómetro Nacional” emitido por la Corporación Chile Transparente, Capítulo Chileno de la ONG Transparency International; disponible en [http://www.chiletransparente.cl/BAROMETRO\\_NACIONAL.htm](http://www.chiletransparente.cl/BAROMETRO_NACIONAL.htm).

Informe de la Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización, sesión de 19 de octubre de 2005, 16p; disponible en [\*\*sil.senado.cl\*\*](http://sil.senado.cl).

*Lobby, democracia y socialismo*, El Mostrador; disponible en [\*\*www.elmostrador.cl\*\*](http://www.elmostrador.cl), 23 de julio de 2004.

Mecanismo de Seguimiento de la implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC), 6 de febrero de 2004, disponible en [\*\*www.chiletransparente.cl\*\*](http://www.chiletransparente.cl)  
Informe Chile, Convención Interamericana contra la Corrupción, Corporación Chile Transparente, disponible en [\*\*http://www.bcn.cl/alegislativo/pdf/cat/docs/2394-07/343.pdf\*\*](http://www.bcn.cl/alegislativo/pdf/cat/docs/2394-07/343.pdf)

Mensaje de S. E. el Presidente de la República con el que se inicia un proyecto de ley que regula el lobby.

Mesa redonda sobre lobby efectuada en el Congreso Nacional, 8 de octubre de 2004, disponible en [\*\*www.bcn.cl/pags/home\\_page/ver\\_articulo\\_en\\_profundidad.php?id\\_destaca=334\*\*](http://www.bcn.cl/pags/home_page/ver_articulo_en_profundidad.php?id_destaca=334)

MOLINS, Joaquín; *La Teoría de Grupos*, Working Papers, Universitat Autònoma de Barcelona; disponible en [\*\*www.recercat.net/bitstream/2072/1323/1/ICPS143.pdf\*\*](http://www.recercat.net/bitstream/2072/1323/1/ICPS143.pdf)

Respuesta del Estado de Chile al Mecanismo de Seguimiento de la Convención Interamericana contra la Corrupción; disponible en [\*\*http://www.oas.org/juridico/spanish/chi\\_res1.pdf\*\*](http://www.oas.org/juridico/spanish/chi_res1.pdf).

SARDON, José Luis; *“La Democracia Constitucional como alternancia ordenada de partidos”*, Ponencia presentada en el SELA 2004 de Yale Law School; disponible en [\*\*http://islandia.law.yale.edu/sela/SELA%202004/SardonPaperSpanishSELA2004.pdf\*\*](http://islandia.law.yale.edu/sela/SELA%202004/SardonPaperSpanishSELA2004.pdf)

VERGARA Blanco, Alejandro; Curso de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica de Chile, apuntes de clase.

## ÍNDICE

INTRODUCCION.....	3
CAPITULO PRIMERO	
HACIA UNA LIMPIEZA DEL CONCEPTO.....	5
1.1.- A manera de introducción.....	5
1.2.- Consideraciones preliminares.....	7
1.2.1.-Lobby, subsidiariedad y Estado regulador.....	7
1.2.2.- El lobby no es una actividad nueva en Chile.....	11
1.2.3.- El lobby y asociaciones intermedias como regla general de su ejercicio.....	17
1.3.- ¿Qué vamos a regular?.....	20
1.4.- Esfuerzos regulatorios.....	23
1.5.- Concepto.....	26
1.5.1.- Su naturaleza dentro de la politología. Teoría de los Grupos de Presión. Diferencia entre Grupos de Interés, Grupos de Presión y lobbying.....	26
1.5.2.- Usos corrientes del concepto lobby.....	36
1.5.3.- Uso estricto.....	40
1.6.- Esbozo de una propia definición.....	48
1.7.- El lobby y los delitos funcionarios.....	48
1.7.1.- Compromisos del Estado Chileno en cuanto a regular el lobby y su nivel de cumplimiento.....	48
1.7.2.- Delitos cometidos por funcionarios públicos.....	54
1.7.2.1.- Tráfico de influencias.....	55
1.7.2.2.- Negociación incompatible.....	57
CAPITULO SEGUNDO	
LA NECESIDAD DE UNA REGULACION.....	60
2.1.- El bien común como marco orientador de las decisiones públicas.....	61
2.2.- En búsqueda de una mayor transparencia en los actos del Estado.....	63
2.3.- Regular el lobby para reforzar algunas garantías constitucionales.....	68

2.3.1.- Igualdad ante la ley.....	69
2.3.2.- Derecho de presentar peticiones a la autoridad.....	75
2.3.3.- Garantía de no discriminación en el trato en materia económica.....	78
2.4.- La captura del Estado como peligro asociado a la desregulación del lobby. El planteamiento de Hellman y Kaufmann.....	79

### CAPITULO TERCERO

EL PROCESO DE TOMA DE DECISIONES PÚBLICAS COMO SUPUESTO NECESARIO PARA EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD DE LOBBY.....	86
3.1.- Maneras de actuación de los órganos públicos.....	86
3.2.- Potestades discrecionales y lobby.....	89
3.3.- Tratamiento de los conflictos de intereses.....	94
3.3.1.- Nociones generales.....	94
3.3.2.- El principio de abstención en el Procedimiento Administrativo.....	97

### CAPITULO CUARTO

EL ESTABLECIMIENTO DE PROHIBICIONES PARA LOS LOBBYISTAS COMO PALIATIVO AL PROBLEMA GENERADO POR “LA PUERTA GIRATORIA”.....	99
4.1.- La “puerta giratoria” como traba al legítimo ejercicio del lobby.....	99
4.2.- Conflictos de intereses.....	105
4.3.- Incompatibilidades e inhabilidades. Noción.....	108
4.4.- Análisis del catálogo de prohibiciones de un lobbyista habitual en cuanto a su calidad específica de agente público.....	112
4.4.1.- Prohibiciones establecidas en el Derecho Comparado.....	114
4.4.1.1.- El caso peruano.....	115
4.4.1.2.- La ley de Québec.....	116
4.4.1.3.- La <i>Lobbying Disclosure Act</i> y sus recientes Reformas.....	117

4.4.2.- Prohibiciones establecidas en el proyecto de ley chileno que regula el lobby.....	119
CONCLUSIONES.....	131
BIBLIOGRAFIA.....	135