



BOLETIN INFORMATIVO

Procuraduría General de la República

CARMEN MARIA
MUÑOZ QUESADA
(FIRMA)

Firmado digitalmente por CARMEN
MARIA MUÑOZ QUESADA (FIRMA)
Fecha: 2017.06.21 16:10:46 -06'00'

www.pgr.go.cr/scij

AÑO XX

La Uruca, San José, Costa Rica, viernes 30 de junio del 2017

Nº 6 - 8 Páginas

OPINIONES JURÍDICAS

OJ: 054 - 2014 **Fecha:** 27-05-2014
Consultante: Nery Agüero Montero
Cargo: Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos
Institución: Asamblea Legislativa
Informante: Jorge Oviedo Alvarez
Temas: Principio de Libertad de Petición. Proyecto de Ley. Libertad de petición.
República. Lobby. Obligación de transparencia..

Mediante oficio CJ-20-2013 de 22 de mayo de 2013 se nos ha puesto en conocimiento el acuerdo de la Comisión Permanente Asuntos Jurídicos de someter a consulta el proyecto de Ley N.º 16.931, "Ley de Regulación del lobby en la Función Pública".

Por Opinión Jurídica N° OJ-054-2014, Lic. Jorge Oviedo, concluye: Con fundamento en lo expuesto, se tiene por evacuada la consulta del proyecto de Ley N.º 16.931.

NOTA: Debido a que el texto completo de la Opinión Jurídica no es incluido en el Boletín de la Procuraduría General de la República, como complemento de esta información, se adjunta la información copiada del Sistema Costarricense de Información Jurídica.

Opinión Jurídica : 054 - J del 27/05/2014

27 de mayo, 2014

OJ-054-2014

Licenciada

Nery Agüero Montero

Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos

Asamblea Legislativa

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Procuradora General de la República, doy respuesta a su oficio CJ-20-2013 de 22 de mayo de 2013.

Mediante oficio CJ-20-2013 de 22 de mayo de 2013 se nos ha puesto en conocimiento el acuerdo de la Comisión Permanente Asuntos Jurídicos de someter a consulta el proyecto de Ley N.º 16.931, “Ley de Regulación del lobby en la Función Pública”.

Ahora bien, es conocido que en lo que compete a la función consultiva, la Procuraduría General de la República es el Órgano Superior Consultivo de la Administración Pública. Esto está establecido en su Ley Orgánica. Sin embargo, también es notorio que, en un afán de colaboración y por un prurito de deferencia hacia el Poder Legislativo, ha sido práctica histórica de este Órgano Superior Consultivo atender las consultas formuladas por las distintas comisiones legislativas, o por señores o señoras diputados, en relación con determinados proyectos de Ley. Lo anterior en razón de la existencia de un evidente interés público y sin perjuicio de que las opiniones jurídicas, que en estos casos se emitan, carezcan de un carácter vinculante. (Sobre el punto, basta consultarse la Opinión Jurídica OJ-31-2011 de 7 de junio de 2011).

Con el objetivo de evacuar la consulta, se ha considerado oportuno referirse a los tres siguientes extremos: a. En orden a la regulación del Lobby, b. Cuestiones concretas del proyecto de Ley.

A. EN ORDEN A LA REGULACION DEL LOBBY

Es indudable que el artículo 27 de la Constitución ha garantizado la libertad de petición. Esta libertad de petición implica que las personas, en forma individual o colectiva, pueden presentar peticiones ante cualquier funcionario público.

Esta libertad de petición, pues, comprende la posibilidad de requerir legítimamente a un funcionario público una determinada decisión en materia de política pública, tanto en la esfera administrativa como legislativa.

Luego, la libertad de petición, aparte de ser una libertad fundamental, tiene un valor en la forma republicana de gobierno – adoptada por la Constitución desde su artículo 1 – pues implica que los funcionarios elegidos e investidos de la condición de representantes deban escuchar el criterio de las personas, en especial, aquellas eventualmente afectadas por las decisiones que se llegaren a tomar.

Efectivamente, es claro que bajo la forma republicana democrática de gobierno se reconoce que en la sociedad se encuentran, legítimamente, un número indeterminado de personas con diferentes opiniones e intereses. Igualmente se reconoce que parte de la tarea de elaborar una política pública es no desconocer esa multiplicidad de opiniones e intereses. Tal y como dice el artículo 113 de la Ley General de la Administración Pública, el interés público es la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados. (Al respecto, y a modo de referencia, es valioso considerar lo señalado por James Madison en el número 10 de los Papeles Federalistas)

Ahora bien, debe admitirse que actualmente existe la práctica del “lobby”, esto es la práctica de las personas de requerir, normalmente a cambio de una remuneración, la intervención de terceros – normalmente profesionales – para que puedan exponer sus criterios y defender sus intereses ante los funcionarios representativos del Poder Ejecutivo o de la Asamblea Legislativa. Esto con el objeto de que la defensa de sus intereses se realice de una forma, en principio, más efectiva y profesional. (Ver ALLARD, NICHOLAS. LOBBYING IS AN HONORABLE PROFESSION: THE RIGHT TO PETITION AND THE COMPETITION TO BE RIGHT. EN: Stanford Law & Policy Review, Vol. 19:1 2008, P. 31)

En este sentido, debe señalarse que se ha admitido la existencia de un interés público legítimo en regular la actividad del “lobby”.

En efecto, es claro que la actividad de “lobby” implica la posibilidad de riesgos o males públicos, el más importante consiste en el hecho de que se le otorgue, a través de prácticas corruptas, un tratamiento especial e injustificado a determinados grupos en perjuicio del interés público. (Respecto ver Opinión de mayoría, redactada por el Juez Warren, en el caso de la Corte Suprema de Estados Unidos UNITED STATES v. HARRISS, 347 U.S. 612 (1954))

Así las cosas, resulta de interés destacar que, en el Derecho Comparado, la actividad de lobby ha sido sujeta a diversas obligaciones.

En primer lugar, se ha prescrito una obligación de los “lobistas” de registrarse ante las autoridades administrativas, especialmente de los cuerpos legislativos. Luego, se ha provisto para que los “lobistas se encuentren sujetos a una obligación de descubrimiento e información que permita conocer sobre sus ingresos dinerarios y sus gastos, personas a quienes les fueron hechas transferencias dinerarias y los propósitos de esas transferencias y la información sobre quiénes son sus clientes y el monto de la tarifa y demás sumas de dinero cobradas a sus clientes. Esta obligación de información comprende el deber de entregar informes en forma cuatrimestral. (Al respecto, ver del CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE: LOBBYING REGISTRATION AND DISCLOSURE: THE ROLE OF THE CLERK OF THE HOUSE AND SECRETARY OF THE SENATE y LOBBYING REGISTRATION AND DISCLOSURE: BEFORE AND AFTER THE ENACTMENT OF THE HONEST LEADERSHIP AND OPEN GOVERNMENT ACT OF 2007)

Por supuesto, debe advertirse que, según la literatura, un exceso en la complejidad de la regulación y en los costos que imponga, más allá de lo proporcional, puede tener un efecto no previsto que es incrementar la actividad del lobby, pues frente al exceso regulatorio, las personas y empresas pueden preferir la contratación de un profesional para poder hacerse escuchar por parte de los funcionarios representativos. (ver KELLOG SARAH. CONGRESSIONAL UPHEAVAL: LAWYERS- LOBBYISTS RIDE THE POLITICAL RIPTIDE, Washington Lawyer, Abril, 2007)

Finalmente, debe indicarse que ya en nuestro Ordenamiento Jurídico existen normas que, parcialmente, regulan algunos aspectos ilícitos que podrían darse durante el ejercicio de la actividad del lobby.

En este orden de ideas, cabe destacar que los artículos 3, 20 y 38.m de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (LCEIFP) impiden a los funcionarios recibir

obsequios por actos u omisiones en el ejercicio de las competencias de su cargo. Asimismo esas normas establecen que aquellos obsequios, de valor menor, que sean recibidos como parte de la cortesía o costumbre diplomática deben ser registrados y entregados a la Nación por ser considerados, ex lege, de su propiedad. Incluso el artículo 55 LECIFP sanciona el soborno internacional.

Asimismo, el artículo 53 LCEIFP también ha establecido limitaciones, cuya violación podría constituir una infracción penada, que impiden a los funcionarios, dentro del año siguiente a la celebración de un contrato administrativo, aceptar un empleo o participaciones accionarias con la empresa favorecida dentro de un procedimiento en el cual el funcionario haya tenido participación de decisión en alguna de las fases. Con esto se ha pretendido impedir la práctica de la puerta giratoria conocida en la literatura como “revolving door”.

Finalmente, los artículos 58 y 5 LCEIFP sancionan el fraude en la función administrativa, sea aquella conducta administrativa que persiga un resultado no conforme a la satisfacción de los fines públicos y que favorezca ilegítimamente a un particular.

B. CUESTIONES CONCRETAS DEL PROYECTO DE LEY

Luego, el proyecto de Ley que se ha sometido a consulta tiene por objetivo expreso, según su numeral 1, regular la actividad de “lobby” para procurar que se realice bajo los principios de transparencia y legalidad.

En este sentido, el proyecto de Ley ha adoptado una concepción de lobby que comprende a toda aquella persona que, a cambio de una remuneración, realiza una labor para influir directa o indirectamente en la aprobación de políticas públicas, especialmente en la aprobación y promulgación de leyes de la República. Esto según lo prescrito en los artículos 2 y 3 del proyecto de Ley.

Debe destacarse que a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos, este proyecto de Ley pretendería regular la actividad de “lobby”, tanto la que se realiza ante los diputados como aquella que se efectúa ante las autoridades del Poder Ejecutivo y de la administración descentralizada.

En términos generales, los “lobistas” quedarían, por disposición de los artículos 4 y 5 del proyecto de Ley, sujetos a una obligación de registro, que impondría el deber de inscribirse para ejercer la actividad de “lobby”, y luego a una obligación de informar y mediante declaración jurada de sus ingresos y beneficios económicos percibidos como “lobbyista” y luego del nombre de las personas que representó y los montos dinerarios pagados por sus clientes, incluidos los gastos. Finalmente, deberían informar de la identidad de los funcionarios públicos que visitaron o contactaron en ocasión de su actividad de “lobby”. Asimismo, los funcionarios públicos que reciban a los “lobistas” quedarían sujetos a un deber de llevar un registro público y una minuta de sus reuniones.

Además, el proyecto de Ley, específicamente en sus artículos 7 y 8, impondría limitaciones a las personas dedicadas a la actividad del “lobby” – con la definición del proyecto de Ley - para contribuir en campañas políticas, de tal manera que se establecería una presunción absoluta de que sus contribuciones constituirían un pago quid pro quo por la aprobación de un proyecto de Ley o la aprobación de una política pública.

Ahora bien, debe destacarse que el proyecto de Ley podría presentar algunas cuestiones importantes de técnica legislativa.

En primer lugar, es subrayable que el incumplimiento de la obligación de registro sería sancionado penalmente de forma que se asimilaría al tráfico de influencias prescrito en el artículo 52 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. Empero, debe destacarse que el sujeto activo del tipo penal de artículo 52 debe ser un funcionario público.

Precisamente, el artículo 52 LCEIFP pretende castigar al funcionario público que, prevaliéndose de su cargo, influya en otro funcionario para realizar un acto indebido.

Es decir que, en principio, el artículo 52 LCEIFP no sería la norma apropiada para sancionar al “lobista” que actúe en violación de su obligación de registro, pues dicha sanción solamente aplicaría a los funcionarios públicos que se dediquen al “lobby”, lo cual, en todo caso, se contraría prohibido por el proyecto de Ley.

En efecto, nótese que el proyecto de Ley, específicamente en su artículo 9, contiene una prohibición para que los directores de los partidos políticos, y los cargos electos, y cualquier funcionario público con poder de decisión, ejerzan la actividad de “lobby” siquiera como actividad secundaria. Igualmente, debe advertirse que la violación de esta prohibición sería sancionada, de acuerdo con la proposición de Ley, administrativamente, sin perjuicio de que su conducta configure también el delito de tráfico de influencias.

En segundo lugar, es notorio que la violación del deber de informar que se impondría al “lobista” carecería de sanción de cualesquiera naturaleza, lo cual incidiría sobre la efectividad de la disposición.

Asimismo, como tercer punto, conviene llamar la atención de que el proyecto de Ley encargaría a la Contraloría General la competencia para administrar el registro de los lobistas y de recibir sus informes. Igualmente, sería competente para imponer las sanciones administrativas previstas en el proyecto de Ley.

En este sentido, debe indicarse que el proyecto de Ley adicionaría, entonces, una competencia legal más a la Contraloría General que no es consustancial a su función constitucional y natural de la vigilancia de la Hacienda Pública.

Luego, la técnica legislativa recomienda que se realicen los estudios técnicos necesarios para determinar el impacto que esta nueva competencia podría tener en la Contraloría General y en el costo que podría tener. (Ver: MUÑOZ QUESADA, HUGO ALFONSO. LA TÉCNICA LEGISLATIVA EN LA ASAMBLEA. En: La Técnica Legislativa en Centroamérica y República Dominicana. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2001.)

En todo caso, debe advertirse que lo usual en el Derecho Comparado es que el registro de “lobistas” y sus informes, sea administrado por las direcciones administrativas de los propios Poderes Constitucionales, sea la Asamblea Legislativa o el Poder Ejecutivo.

Otro punto relevante es que, de acuerdo con el proyecto de Ley, la obligación de informar de los “lobistas” quedaría circunscrita a los ingresos y beneficios económicos que perciba en ejercicio de esa actividad.

Considerando que el proyecto de Ley no exige, para efectos de ser calificado como “lobista”, que esta actividad sea la única y exclusiva de la persona, es claro que la determinación de cuáles ingresos deben informarse quedaría a discreción y criterio exclusivo del “lobista” informante, sin que el proyecto de Ley habilite que la administración pueda verificar o controlar esa información. Esto, por supuesto, podría incidir en la efectividad de la medida, que podría quedar solamente como un deber formal.

Finalmente, conviene señalar que el artículo 11 contiene una prohibición que impediría realizar Lobby ante los jueces y magistrados del Poder Judicial y del Tribunal Supremo de Elecciones. Por el carácter general de la disposición, esta prohibición comprendería no solamente la actividad jurisdiccional de los jueces, sino también aquella actividad administrativa que realicen.

C. CONCLUSION

Con fundamento en lo expuesto se tiene por evacuada la consulta del proyecto de Ley N.º 16.931.

Atentamente,

Jorge Oviedo Álvarez

Procurador Adjunto

JOA/jmd

Procuraduría General de la República. Opinión Jurídica 054-2014. Recuperado el 13 de julio del 2017, de:
[http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Pronunciamiento/pro_ficha.aspx?param1=PRD¶m6=1
&nDictamen=18318&strTipM=T](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Pronunciamiento/pro_ficha.aspx?param1=PRD¶m6=1&nDictamen=18318&strTipM=T)