

Aspectos constitucionales para la adecuada regulación de los grupos de interés

SANTIAGO GONZÁLEZ FERNÁNDEZ

Doctor en Derecho.

Técnico Titulado Superior de la Asamblea Regional de Murcia

Resumen

La urgente necesidad de regular el fenómeno del cabildeo no puede llevarnos a la importación irreflexiva de modelos ajenos a nuestro marco constitucional y a la evolución que los derechos de participación política han experimentado en los últimos años. La paulatina incorporación en el «bloque de la constitucionalidad» de nuevos catálogos de derechos mediante su codificación en los estatutos de autonomía de «tercera generación», supone un punto de inflexión en la restrictiva consideración que el Tribunal Constitucional ha venido elaborando sobre el derecho a la participación política. A pesar de las continuas recomendaciones de los organismos internacionales para que la regulación de los grupos de interés se lleve a cabo con respeto a los derechos y libertades constitucionales de cada estado, las incipientes regulaciones nacionales sobre esta materia parecen desoír estos consejos. Como resultado, las normas españolas sobre grupos de interés no están considerando adecuadamente aspectos esenciales de esta regulación, como es la identificación de qué es cabildeo y quien debe considerarse como un cabildero. Tampoco se está acertando sobre qué tipo de sanciones deben imponerse o mediante

qué instrumentos normativos debe realizarse esa regulación. Todo ello somete a las nuevas normas que se dictan a evidentes riesgos de inconstitucionalidad.

Palabras clave: Grupos de interés, cabildeo, participación política, Constitución, estatutos de autonomía.

Resum

La urgent necessitat de regular el fenomen del lobbisme no pot dur-nos a la importació irreflexiva de models aliens al nostre marc constitucional i a l'evolució que els drets de participació política han experimentat en els últims anys. La gradual incorporació al «bloc de la constitucionalitat» de nous catàlegs de drets mitjançant la seva codificació en els estatuts d'autonomia de «tercera generació», suposa un punt d'inflexió en la restrictiva consideració que el Tribunal Constitucional ha vingut elaborant sobre el dret a la participació política. Malgrat les contínues recomanacions dels organismes internacionals perquè la regulació dels grups d'interès es duga a terme amb respecte als drets i llibertats constitucionals de cada estat, les incipients regulacions nacionals sobre aquesta matèria semblen no fer cas a aquests consells. Com a resultat, les normes espanyoles sobre grups d'interès no estan considerant adequadament aspectes essencials d'aquesta regulació, com és la identificació de què és lobbisme i qui ha de considerar com un llobbista. Tampoc no s'està encertant sobre quin tipus de sancions s'han d'imposar o mitjançant quins instruments normatius ha de realitzar-se aquesta regulació. Tot això sotmet a les noves normes que es dicten a evidents riscos d'inconstitucionalitat.

Paraules clau: Grups d'interès, lobbisme, participació política, Constitució, estatuts d'autonomia

Abstract

The urgent need to regulate the phenomenon of lobbying cannot lead us to the thoughtless importation of models outside our constitutional framework and the evolution that the right of political participation have experienced in recent years. The gradual incorporation into the «block of the constitutionality» of new catalogs of rights through its codification in the statutes of autonomy of the «third generation», represents a turning point in the restrictive consideration that the Constitutional Court has

been elaborating on the right to political participation. In spite of the continuous recommendations of the international organisms so that the regulation of the groups of interest is carried out with respect to the constitutional rights and liberties of each state, the incipient national regulations on this matter seem to ignore these councils. As a result, the Spanish norms on interest groups are not adequately considering essential aspects of this regulation, such as the identification of what is lobbying and who should be considered as a lobbyist. Nor is it being right about what type of sanctions they should impose or by what regulatory instruments that regulation should be carried out. All this puts the new norms that are dictated through evident unconstitutionality risks.

Key Words: Lobby, lobbying, political participation, Constitution, Estatutes of Autonomy.

Sumario

- I. Introducción.
- II. La necesidad de regular los grupos de interés.
- III. Los grupos de interés. Elementos del concepto.
 1. El destinatario de la actividad de cabildeo.
 2. Los instrumentos de cabildeo.
- IV. El encaje de la actividad de los grupos de interés en el derecho constitucional.
 1. El derecho de participación política y la actividad de los grupos de interés en la Constitución Española de 1978
 2. Los «nuevos derechos» y el cabildeo.
- V. Peligros constitucionales.
 1. Los sujetos constitucionales como grupos de interés.
 2. La adecuada identificación de la actividad de cabildeo.
 3. Las sanciones aplicables.
 4. Otras consideraciones.
- VI. Conclusión.
- VII. Bibliografía.

I. Introducción

La regulación de los denominados grupos de interés es una necesidad inaplazable para el ordenamiento jurídico español. La creciente sensibilización sobre el trascendental papel que estos grupos juegan en el proceso de toma de decisiones públicas requiere, más pronto que tarde, de una respuesta normativa adecuada.

Pero esta urgencia no puede llevarnos, como está sucediendo, a la precipitación de importar sin una reflexión previa los modelos de toda índole y condición que se van implantando en otros sistemas jurídicos. La regulación de nueva planta de fenómenos que han permanecido ajenos a la doctrina jurídica desde antes incluso de la aprobación de nuestra Carta Magna no puede abordarse sin analizar los distintos derechos y libertades que se ven concernidos y el grado de protección que el ordenamiento constitucional les dispensa.

Por ello, este estudio no se centra en el análisis de los distintos sistemas regulatorios que sobre grupos de interés nos proporciona de modo creciente el derecho comparado, ni pretende determinar cuál de ellos o qué variante de los mismos es la más adecuada para producir los efectos deseados en cada caso, sino en clarificar qué condicionamientos constitucionales han de tenerse presentes a la hora de regular los grupos de interés, de modo que el marco jurídico de los derechos y libertades afectos no se vea comprometido por una regulación irreflexiva.

Si cuando emergen nuevas realidades susceptibles de ser reguladas por el derecho siempre es necesario reparar sobre los fundamentos constitucionales de la cuestión, en el caso que nos ocupa esta prevención es doblemente necesaria. Por un lado, porque el fenómeno de los grupos de interés tiene un origen marcadamente extrajurídico, más propio de la ciencia política que del derecho, y más proclive por tanto a reparar sobre procedimientos y resultados que sobre derechos y libertades. Por otro lado, porque sobre este fenómeno pende una permanente reclamación de limitación, sometimiento a control o incluso represión que lo hace especialmente peligroso a la hora de

confrontar esas limitaciones con los derechos constitucionalmente reconocidos.

Debemos pues estar vigilantes ante el impacto que la regulación de los grupos de interés tiene en el ámbito de los derechos y libertades ciudadanas, ya que una regulación mimética o por emulación puede producir efectos indeseados. Así ocurrió en el pasado en la nación con la mayor y más antigua regulación sobre grupos de interés, los Estados Unidos de América. Tras más de 40 años de esfuerzos, se aprobó en 1945 la «Federal Regulation of Lobbying Act», que supuso un fracaso regulatorio a consecuencia de las restricciones que le impuso la sentencia *US vs. Harriss*.¹ La «Federal Regulation of Lobbying Act» fue impugnada ante el Tribunal Supremo por atentar contra la 1ª enmienda que garantiza el derecho constitucional de petición y libre expresión. La ley no fue derogada,² pero la sentencia dictada por el juez Warren le privó de gran parte de su eficacia al limitar su ámbito de aplicación a los cabilderos profesionales que cobraban por sus servicios a favor de los lobbies, y excluyendo de su aplicación las actividades de presión realizadas sobre personas distintas de los miembros del Congreso. A consecuencia de esta regulación poco respetuosa con los derechos fundamentales fueron necesarios cincuenta años más para que la «Lobbying Disclosure Act» de 1995 pudiera enmendar los errores anteriores.

II. La necesidad de regular los grupos de interés

Existe un general consenso acerca de la necesidad de regular los grupos de interés. Motivos para ello no faltan. Se dice que la actividad de los lobbies es cada vez más determinante en la legislación y en la ejecución, y que no cabe esconder la cabeza ante la importancia de un fenómeno que compromete los pilares de la representación política y la autonomía

1 Disponible en <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/612/>>.

2 Recordamos aquí que el Tribunal Supremo de los EE. UU. no tiene atribuida capacidad para derogar leyes, si no sólo para determinar su inaplicabilidad.

del Estado. Por otro lado, las exigencias de la transparencia y del control abocan a levantar el manto de los secretos que recae sobre los grupos de interés y su actividad. Finalmente, la creciente regulación de esta actividad en los países de nuestro entorno y las últimas recomendaciones del Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO, 2019: 22)³ nos urgen a no quedar atrás en este empeño.

Pero, además de estos factores, otras causas más profundas deben tomarse también en consideración. Duverger ya expuso que estos grupos de interés eran portadores de una representación de los ciudadanos más natural y directa, frente a «los partidos políticos, organizaciones propias de un cierto tipo de régimen en una determinada época de la historia. Por el contrario los grupos de presión se encuentran en todos los regímenes, en todas las épocas» (Duverger, 1983: 201). Es precisamente el escaso éxito de las democracias representativas en trasladar los intereses de los electores lo que provoca que en la segunda mitad del siglo XX, y con mayor empeño a partir de la década de los 70, surja la necesidad de avanzar en la democracia participativa, entendida como aquella en la que, constante la estructura formal de la democracia representativa, se articulan vías de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos mediante mecanismos que doten a la representación formal de un mayor grado de representación material (Bockenforde, 2000: 146).

El fruto de este sentimiento puede apreciarse en las constituciones del último cuarto del siglo XX y especialmente en la CE de 1978. Nuestra Constitución está plagada de alusiones a la participación en los asuntos públicos en una gran diversidad de ámbitos y a favor de una pluralidad de sujetos. Sin embargo, este éxito en cuanto al número de artículos dotados de este contenido no se corresponde, como veremos más adelante, con un triunfo de fondo de la democracia participativa frente a la democracia representativa sino, como mucho,

³ GRECO: *Informe de Evaluación, quinta ronda de evaluación, España*. Estrasburgo, Secretariado del GRECO, Consejo de Europa, 2019, p. 22, disponible en <<https://rm.coe.int/quinta-ronda-de-evaluacion-prevencion-de-la-corrupcion-y-promocion-de-/168098c693>>.

a un incremento de la diversidad de órganos que pueden encauzar la democracia representativa, pero sin una clara apuesta por la democracia participativa como derecho fundamental.

Prueba de ello fueron los debates constituyentes sobre los derechos de participación y de petición que tuvieron lugar en la Comisión que elaboró el anteproyecto de Constitución, donde ya se advertía de la conveniencia de regular estos grupos de interés.⁴ Sin embargo nuestra Carta Magna, en su esfuerzo por reservar a los incipientes partidos políticos la preponderancia necesaria, acabó limitando la participación indirecta en la toma de decisiones políticas a aquella que se efectúa exclusivamente a través de aquellos.

En suma, la necesidad de regular los lobbies obedecería también a un cierto fracaso de la democracia representativa formal que ha olvidado el carácter democrático de su componente de representación material.

⁴ Álvarez Vélez y De Montalvo Jääskeläinen, 2014: 354. Donde se recogen los debates en relación al derecho de petición siguientes: «Ya en los trámites de elaboración de la Constitución, tal cuestión estuvo presente en la redacción del artículo 77, en la regulación del derecho de petición ante las Cámaras. En un primer momento, la propuesta supuso incluir un nuevo artículo entre el 70 y el 71 del anteproyecto de Constitución, precepto en el que se regulaba el derecho de petición y en el que se añadían dos párrafos: «3. Las Comisiones podrán recibir delegaciones de grupos legítimos de intereses, en sesiones que siempre tendrán carácter público. 4. Una ley orgánica establecerá un sistema de control y registro para los grupos de intereses que actúen de modo permanente». La enmienda la presentó el Grupo Popular y la justificación que se adujo fue: «Es, sobre todo, importante regular a los «grupos de presión» y hacer públicas su existencia y gestiones ante los poderes del Estado». Celebrada la reunión de la Comisión Constitucional los diferentes grupos señalaron sus posturas sobre el tema. Por una parte, en defensa de los dos párrafos el Sr. Fraga señaló: «que realmente hoy la sociedad es una sociedad intervenida administrativamente, casi en todos los terrenos, y, por lo mismo, han ido apareciendo de un modo natural grupos de intereses, en la mayor parte grupos legítimos de intereses, que plantean de modo esporádico (y en muchos casos la tendencia es a que sea de modo permanente) la defensa y promoción de sus intereses ante las autoridades, y de modo muy particular, como es lógico, ante los cuerpos legislativos». Por su parte, el Sr. Solé Tura señaló: «aquí se habla de «grupos legítimos de intereses». Eso es una cuestión quizá demasiado indefinida y, aun cuando reconocemos que un posible registro de esos grupos fuera progresivo, como el asunto no está suficientemente esclarecido, entendemos que sería impropio incorporar estos textos a la Constitución». Efectuada la votación, fueron rechazados los apartados 3 y 4 por 15 votos en contra y dos a favor, con 16 abstenciones».

III. Los grupos de interés. Elementos del concepto

Para iniciar el análisis propuesto es necesario trazar, aunque sea a grandes rasgos, los elementos caracterizadores esenciales de la actividad que desarrollan los llamados «lobbies» o grupos de interés.

Los elementos subjetivo y objetivo de los grupos de interés responden a las cuestiones sobre qué es un lobby y un lobista y en qué consiste el objeto de ese interés.

La eficacia de una regulación sobre grupos de interés depende en gran medida de cómo se defina lo que es actividad de «lobby» y quién sea considerado un cabildero, resultando mucho menos relevante la identificación de qué es o quiénes constituyen un «lobby» o grupo de interés (Ferguson, 2018: 900). De hecho, parece no haber consenso alguno a la hora de definir al grupo de interés desde unas categorías jurídicas determinables. Ello se debe a la enorme multiformidad que el grupo puede adoptar y a la casi infinita diversidad de ámbitos en torno a los cuales puede constituirse. Por ello, la mayoría de las legislaciones sobre grupos de interés y los mejores estudios sobre la materia (Rubio Núñez, 2002: 175) han renunciado a definiciones subjetivas del grupo de interés como tal, descartando definir esta actividad en relación a su sujeto agente mediato debido a la enorme volatilidad del concepto de grupo de interés en sí mismo considerado (Baumgartner, Leech, 1998: 33). Solo el sujeto inmediato, el cabildero o «lobbista», es un elemento relevante para identificar a un grupo de interés, de modo que las distintas regulaciones sobre grupos de interés eluden de manera sistemática la definición del «lobby» como tal, centrándose en el concepto de cabildero.

De similar modo ha resultado imposible construir un concepto de grupo de interés en base al elemento objetivo, es decir, al interés común subyacente. Ello es debido a la enorme variedad de posibles intereses, tanto en lo relativo al campo material objeto del mismo, al carácter económico o meramente social o a la distinta extensión geográfica, temporal o modal del interés, sin que pueda predicarse del mismo otra cosa más que debe ser «común» y al menos no

abiertamente «incompatible»⁵ con el interés general. Pero es que además, el interés puede consistir en casi cualquier cosa, de modo que no es posible caracterizar al grupo de interés por que dicho interés sea de naturaleza exclusivamente económica o porque lo sea solo social, medioambiental o religiosa. Hay tantos tipos y categorías de intereses como facetas hay en la vida humana, de modo que aunque es posible hacer una clasificación sistemática de ellas, esto no arrojaría gran luz sobre su naturaleza.

Establecida la inconveniencia de sustantivar los grupos de interés en base a su elemento subjetivo u objetivo, el elemento funcional se constituye en piedra angular para caracterizar a estos grupos y su actividad. Solo existirá un grupo de interés jurídicamente considerable como tal si está dispuesto, directa o indirectamente, a realizar una actividad de presión encaminada a defender ante otros ese interés común del grupo.

Esa actividad de lobbying, cabildeo, presión o como queramos calificarla se caracteriza a su vez por dos elementos esenciales: ante quién se realiza la influencia o presión y con qué instrumentos.

1. El destinatario de la actividad de cabildeo

Respecto a los sujetos sobre los que se ejerce la influencia debe centrarse el análisis sobre aquellos a quienes el ordenamiento coloca en la posición de tomar las decisiones políticas.

Desde este punto de partida los sujetos destinatarios de la actividad de los grupos de presión son los tres poderes naturales de la trilogía clásica, si bien es cierto que, respecto al poder judicial, su especial independencia y el menor margen de discrecionalidad en la toma de decisiones les hace, en principio, menos propensos a recibir

⁵ El interés objetivo del grupo no requiere la calificación de legítimo, ni tan siquiera de legal. Es posible (de hecho existe) un «lobby de la marihuana» que pretenda la legalización de su producción y comercialización, asunto actualmente penalizado. Sólo los medios empleados para la defensa de ese interés deben ser legales.

influencias externas. El sometimiento del juez a la ley y al resto del ordenamiento limita en gran medida su margen de discrecionalidad y, por ende, su idoneidad para ser objetivo de la presión del grupo de interés. Es naturalmente en los otros dos miembros de la trilogía donde la influencia puede obtener mejores resultados. En cada forma de gobierno el particular equilibrio entre los poderes legislativo y ejecutivo generará una específica respuesta de los grupos de interés, que se esforzarán más en generar influencia en aquellos ámbitos donde crean que esta les reportará réditos superiores. Así, en situaciones de parlamentarismo fuerte y desvinculado del poder ejecutivo, el cabildeo se esforzará por influir en los parlamentarios, al ser estos efectivos legisladores y por lo tanto tener sus decisiones fuerza de ley. En sistemas donde exista una preeminencia de la rama ejecutiva o donde el parlamento esté fuertemente sometido al dictado de aquel, los grupos de interés preferirán consumir sus recursos en influenciar a los altos cargos del gobierno antes que en intentar convencer a unos diputados que actúan como correas de transmisión de las decisiones del ejecutivo.⁶

2. Los instrumentos de cabildeo

Existen múltiples vías para ejercer influencia en las decisiones de los poderes públicos. Desde la acción popular penal y la denuncia urbanística a los trámites de alegaciones en la creación normativa reglamentaria o en la instrucción de los actos administrativos,

⁶ A pesar de esta aparente evidencia, resulta sorprendente que la regulación de los grupos de interés suela referirse por lo común a los parlamentos y con menor frecuencia en la rama ejecutiva del poder. Así ocurre en numerosos países de la UE, como en Francia, Alemania o Italia, así como en otros países del entorno OCDE como Brasil o Méjico. Es en los países anglosajones donde puede observarse una regulación de grupos de interés comprensiva de la rama ejecutiva del estado (cuestión curiosa esta porque es en ellos donde las dinámicas de partido son menos estrictas y donde el parlamento es más independiente), así como en algunos países sudamericanos como Chile. Por su parte en la UE la regulación de grupos de interés comprende al Parlamento y a la Comisión en base a sometimiento voluntario, si bien existe una propuesta de acuerdo, de septiembre de 2016, para un registro obligatorio de grupos de interés. COM(2016) 627, de 28/9/2016.

la iniciativa legislativa popular, o el mero ejercicio del derecho de petición, un sin fin de caminos se abren a la participación y a la comunicación con la finalidad de generar influencia sobre una decisión. Y sin embargo, ninguno de estos instrumentos es ejercicio de lobbying o cabildeo.

El cabildeo es una forma de participación en lo público, pero no toda participación en estos asuntos es cabildeo. Las formas de participación que hemos citado anteriormente son cauces reglados, públicos o, al menos, de contenido accesible mediante la aplicación de las normas generales de publicidad y acceso a la información en manos del poder público, que se presentan como modalidades igualitarias y transparentes del ejercicio de la participación. Sin embargo las actividades de influencia de los grupos de interés no se limitan a la participación en estos procedimientos formales, si no que abarcan una casi ilimitada panoplia de formas y vías de comunicación con el poder para ejercer influencia en sus decisiones.

A pesar de la multiplicidad de medios para ejercer presión o influencia que pone a disposición de estos grupos la moderna sociedad de la comunicación global, es posible extraer algunas importantes características básicas comunes a la actividad de cabildeo de los grupos de interés.

Primero, se debe de producir una comunicación con un destinatario específico. Esta comunicación puede ser oral o escrita e instrumentada a través de los múltiples medios que la sociedad tecnológica pone a nuestra disposición. Pero, sin embargo, no cualquier recurso a las tecnologías de comunicación es ejercicio de cabildeo. Si la presión, influencia o interés se debe manifestar ante un sujeto es necesario que exista una comunicación entre el grupo y ese sujeto de modo que el destinatario de la comunicación se sienta directamente concernido como parte de dicha comunicación. Tal comunicación puede revestir todas las modalidades comunicativas, todas las plataformas y medios que las modernas tecnologías permiten, desde la comunicación por medios electrónicos o por escrito hasta la tradicional entrevista

de despacho, o la común asistencia a reuniones, congresos o presentaciones.

Sin embargo, es común encontrar en algún sector de la doctrina (más próxima a la ciencia política o a la comunicación corporativa) la inclusión en las actividades propias de los grupos de interés del denominado «astroturfing».⁷ Desde una perspectiva jurídica no podemos considerar esta práctica, por efectiva que sea, como actividad propia de cabildeo, ya que no es una comunicación en sentido propio al carecer de destinatario específico.

En segundo lugar, debe señalarse que solo hay actividad propia de grupo de interés cuando esta se desarrolla fuera de los cauces formales y normativamente reglados de la participación ciudadana. En efecto, un grupo de interés sólo actúa como tal cuando se comunica con los agentes de la decisión pública de manera informal o al menos no reglada. Los grupos de interés y sus representantes pueden participar, como el resto de ciudadanos y entidades, en los procedimientos participativos diseñados al amparo de diversas normas constitucionales en la iniciativa legislativa popular o en la regulación reglamentaria y por supuesto en la tramitación de los expedientes administrativos mediante el procedimiento de audiencia pública. Pero en tanto actúen dentro de estos cauces y en cuanto actúen valiéndose exclusivamente de los medios regulados para tal fin, su actividad es indistinguible de la realizada por cualquier otro ciudadano o grupo. La necesidad de establecer esta limitación es evidente, pues de lo contrario casi cualquier actividad de comunicación realizada por cualquier sujeto y ante cualquier instancia del poder público sería ejercicio de cabildeo. El ejercicio de la actividad propia de grupo de interés requiere, pues, un cierto grado de informalidad en la comunicación con el poder político, o al menos la inexistencia de normas de obligada aplicación que regulen

⁷ El «astroturfing» es una técnica de comunicación o marketing que consiste en ocultar al verdadero emisor de un mensaje publicitario o propagandístico, que se hace pasar por una expresión popular y espontánea. A través de esta técnica se crea popularidad y masividad ficticias, para que otras personas estén más proclives a aceptar la idea que se desea promover.

de manera general, uniforme y equitativa el quién, dónde, cuándo y el cómo de esa comunicación.

En tercer lugar, es necesario que el hecho de la comunicación y su contenido sean discretos, esto es, que no sean de general y abierto conocimiento público, de modo que el hecho de la comunicación o su contenido sean susceptibles de ser sacados a la luz o revelados (disclosure).⁸ No se ejerce, por tanto, como grupo de interés regulable por el derecho cuando la comunicación es pública, notoria y absolutamente transparente. Por ello no se incurre en cabildeo cuando, por ejemplo, se comparece ante órganos públicos en virtud de convocatoria realizada al efecto en un marco general de publicidad adecuado.⁹

IV. El encaje de la actividad de los grupos de interés en el derecho constitucional

La Constitución de 1978 es fruto de su tiempo y por ello está impregnada de un fuerte sentido de participación política. Desde su preámbulo en el que se proclama la voluntad de establecer una sociedad democrática avanzada, pasando por su título preliminar en el que se establecen los partidos políticos como instrumento fundamental para la participación (art. 6) y los sindicatos y las asociaciones empresariales como entidades encargadas de la defensa y promoción de sus intereses propios (art. 7) o los poderes públicos como encargados de facilitar la participación de los ciudadanos (art. 9.2), son muchos los lugares donde se refleja este espíritu de participación. Así, dentro de los derechos fundamentales tienen incidencia en la participación tanto la libertad de expresión del artículo 20, como el derecho de asociación del artículo 22 o el derecho

⁸ El término «disclosure» está fuertemente arraigado en la doctrina y legislación anglosajona. La ley reguladora de «lobbying» en EE.UU se denomina precisamente la «Lobbying Disclosure Act» de 1995.

⁹ En Eslovenia están expresamente excluidas del concepto de actividad de «lobbying» las actividades públicas en las que se ejerce influencia o presión, según establece la «Integrity and Prevention of Corruption Act», art. 4, disponible en <<https://www.kpk-rs.si/upload/datoteke/ZintPK-ENG.pdf>>.

a la participación política del artículo 23 y el de petición del artículo 29. Fuera de esta especial zona de protección, pero también vinculados a la participación en los asuntos públicos, tienen relevancia los artículos 36 y 52 sobre los colegios y otras organizaciones profesionales o la específica mención del artículo 48 sobre participación de la juventud. Pero también en los títulos siguientes, al hablar de la organización del Estado, se advierte este recurso a la participación. Así ocurre en el artículo 77 relativo al derecho de petición ante las Cortes Generales, el artículo 103.1 al hablar sobre la objetividad de la administración, el artículo 105, letras a y c, regulando las disposiciones de carácter general y los actos administrativos, el 129 sobre participación en la empresa y organismos públicos o el artículo 131.2 al establecer las bases del Consejo Económico y Social. A estos ejemplos se añaden la participación en la justicia mediante la institución del jurado en el artículo 125 y la participación directa de los vecinos en el concejo abierto del artículo 140, por no hablar del recurso al referéndum como supremo ejercicio de participación directa. Y todo ello por señalar solamente aquellos lugares donde más directamente se aprecia esta vocación participativa.

1. El derecho de participación política y la actividad de los grupos de interés en la Constitución Española de 1978

Precisar qué reconocimiento constitucional tiene la actividad de los grupos de interés o cabildeo no es tarea sencilla. A ello ha contribuido la escasa exégesis constitucional que no ha reparado demasiado en este fenómeno. La actividad de los grupos de interés no ha sido objeto de análisis jurisprudencial específico ni por parte del Tribunal Constitucional ni por la justicia ordinaria,¹⁰ no tanto porque se trate de un fenómeno nuevo, cosa discutible, si no por el hecho de tratarse de una actividad informal y muchas veces oculta, carente de normas

¹⁰ Citamos como excepción la alusión tangencial que la Sala Primera del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 11 de junio de 2012 (recurso núm. 2101/2009) realiza sobre la actividad de «lobbying».

que la regulen y disciplinen. Hasta el momento actual, la actividad de los grupos de interés ha formado parte del «no derecho».

Ante la falta de jurisprudencia directa sobre el concepto de grupos de interés o sus actividades es necesario operar a la inversa, es decir, habrá que partir del concepto que la doctrina y jurisprudencia han forjado sobre el contenido de los distintos derechos fundamentales para, artículo por artículo, ir descartando aquellos que reputadamente no sean comprensivos de la actividad de los grupos de interés.

De entre los artículos citados en el capítulo anterior vamos a comenzar nuestro análisis por el derecho de petición del art 29.1 y su correlativo derecho a formular peticiones a las Cámaras del art 77.

«Todos los españoles tendrán el derecho de petición individual y colectiva, por escrito, en la forma y con los efectos que determine la ley».

Se ha dicho que el derecho de petición es una reliquia de otros tiempos (García Escudero, 1983: 246) o que su interés es residual en un marco de derechos sometidos a específica y creciente regulación. Prueba de ello es que fueron necesarios veintitrés años para que se procediera a su desarrollo mediante Ley Orgánica 4/2001, habiendo permanecido durante ese tiempo bajo el amparo de una ley preconstitucional. También se le ha considerado como el más inofensivo de los derechos (Pérez Serrano, 1932: 159) y actualmente poco controvertido o que se mantiene tan solo por una consideración respetuosa, «como una madre que se ha agotado dando a luz a sus hijos, el derecho de petición, que está en el fondo de todos los que hoy regulan las Constituciones, se vacía y parece quedar sin objeto aunque se respete su permanencia» (García Escudero, 1983: 247).

Tampoco su constitucionalización actual fue fuente de debates especialmente virulentos o de reflexiones especialmente trascendentes,¹¹ pero lo cierto es que, con mejor o peor suerte, ha

11 Durante los debates constitucionales solo se introdujeron dos modificaciones a este artículo. El número 1 del actual artículo 29 estaba redactado en el Anteproyecto en los mismos términos que en el texto final con la sola adición de una palabra; «...tendrán el derecho de petición o reclamación»; el número 2 prohibía en el Anteproyecto el ejercicio de este derecho a los miembros de las Fuerzas e Institutos armados.

permanecido en los textos constitucionales desde unos orígenes que se pierden en la niebla del pasado más remoto. Ciertamente es que el nacimiento histórico de este derecho lo asemejaba bastante a la actividad actual de los grupos de interés, como derecho a comparecer ante el Rey o ante las Cortes para pedir justicia, realizar quejas o solicitar alguna actuación graciable, pero en la actualidad la jurisprudencia constitucional lo ha reconducido a su ser actual.

Cabildeo y derecho de petición coinciden en que su objeto es algo a lo que no se tiene estricto derecho o que es graciable¹² o al menos está dentro de la potestad del órgano al que se dirige y dentro de sus zonas discrecionales de actuación. El hecho de que, según el tenor literal del artículo, la petición deba sustanciarse por escrito no es un óbice insalvable para vincularlo a la actividad de cabildeo, ya que esta, además de poder ejercerse mediante comunicación oral directa, también se lleva a cabo mediante la entrega de memorándums, propuestas de regulación, etc. El carácter escrito del ejercicio del derecho tiene más que ver con una condición de certeza sobre la existencia de la petición y su contenido que con un elemento sustantivo del derecho, por lo que podría ejercerse si existiese algún otro medio indubitado para probar el hecho de la petición y su contenido. De hecho, no es infrecuente en otros ordenamientos que esta exigencia no esté constitucionalizada, si no que se remita a la ley la forma en que deba realizarse.¹³

La causa que aleja definitivamente el derecho de petición del ejercicio de la actividad de influencia de los grupos de interés radica en que no se trata realmente de un derecho que proteja la participación, por el sencillo motivo de que su contenido es mínimo, ya que lo que se garantiza, su contenido esencial, es acusar recibo y dar el tratamiento

12 STC 242/1993 de 14 de julio, F.J. 1º.

13 Así ocurre con el derecho de petición recogido en el artículo 44 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en la que no se exige el formato escrito, ni tampoco en los artículos 20 y 227 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Diario Oficial de la Unión Europea C303/17 – 14/12/2007.

que corresponda.¹⁴ Por ello no se participa en nada, en el sentido en que no se interviene «junto con otros»¹⁵ en asunto alguno, si no que solo se incita el acto inicial, a partir del cual no existe derecho ulterior alguno. Es, por tanto, un mero derecho instrumental (Tomás Mallén, 2004: 224) que desentona dentro de la trascendencia de los demás derechos reconocidos en el capítulo constitucional (derecho a la vida, la propiedad, la libertad de expresión, etc) otorgándole un desproporcionado grado de protección en consideración a la escasa virtualidad del derecho.

A pesar de la exégesis constitucional sobre este derecho, algún sector doctrinal lo continúa catalogado como derecho de participación política,¹⁶ y los nuevos estatutos de autonomía parecen reclamar esta calificación, ya que todos ellos regulan el derecho de petición bajo el epígrafe de participación política y lo incluyen junto a las normas regulatorias del sufragio activo y pasivo y las instituciones de democracia directa.

Descartada la inclusión de la actividad de cabildeo dentro del derecho de petición del artículo 29, corresponde ahora examinar su eventual vinculación con otro de los derechos subjetivos que pudiera tener relación con la actividad de los grupos de interés, el derecho de participación en los asuntos públicos del art. 23.1 CE.

«Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.»

14 Sobre el contenido esencial de este derecho la STC 242/1993 de 14 de julio establecía: «Conviene anticipar, al respecto, que el contenido de este derecho como tal es mínimo y se agota en la mera posibilidad de ejercitarlo, formulando la solicitud sin que de ello pueda derivarse perjuicio alguno al interesado, garantía o cautela que está en el origen histórico de este derecho y ha llegado a nuestros días. Ahora bien, hoy el contenido comprende algo más, aun cuando no mucho más e incluye la exigencia de que el escrito al cual se incorpore la petición sea admitido, se le de el curso debido o se reexpida al órgano competente si no lo fuera el receptor y se tome en consideración».

15 Véase voz «participar» en el diccionario de la RAE. y también el mismo concepto en Chiti, M. P.: *Partecipazione popolare e pubblica amministrazione*. Pisa, Pacini, 1977, pp. 34 y ss.

16 Entre los autores que lo consideran un derecho de participación política se encuentran: García Cuadrado, 1991: 154; Sánchez Agesta, 1987: 177; López Guerra *et al.*, 2007: 341; y Sánchez Ferriz, 1987: 2223.

Este reconocimiento a participar directamente o mediante representantes en los asuntos públicos, por su excesiva ambigüedad, requirió una pronta interpretación del alto tribunal que estableció una línea que, prácticamente sin fisuras, se ha prolongado hasta el momento actual. Para el Tribunal Constitucional «la participación en los asuntos públicos a que se refiere el art. 23 es en primera línea la que se realiza al elegir los miembros de las Cortes Generales, que son los representantes del pueblo, según el art. 66 de la Constitución, y puede entenderse asimismo que abarca también la participación en el gobierno de las entidades en que el Estado se organiza territorialmente, de acuerdo con el art. 137 de la Constitución».¹⁷ A esta primera línea pronto se añadirán las instituciones de participación directa, el referéndum y el concejo abierto en la organización municipal.

Esta drástica restricción del concepto de participación en asuntos públicos ya venía perfilándose en sentencias aún anteriores como las SSTC 53/1982, 5/1983 y 23/1984 donde se negaba la titularidad de este derecho a las personas jurídicas con el argumento de que se trataba de un derecho *uti cives* solo reconocible a quienes tienen la consideración de ciudadanos titulares del ejercicio de la soberanía popular consagrada en el artículo 1.2 CE.

Por tanto, desde la sentencia 51/1984 queda consagrada la interpretación restrictiva del derecho a participar en los asuntos públicos, identificando éste con la idea de representación política, al decir que: «Por ello no se trata, como es manifiesto, de un derecho a que los ciudadanos participen en todos los asuntos públicos, cualquiera que sea su índole y su condición, pues para participar en los asuntos concretos se requiere un especial llamamiento, o una especial competencia, si se trata de órganos públicos, o una especial legitimación si se trata de Entidades o sujetos de derecho privado, que la Ley puede, en tal caso, organizar...».¹⁸

El círculo argumentativo queda cerrado con la interpretación que la STC 119/1995 hace sobre el derecho a participar en los asuntos

¹⁷ STC 51/1984, de 25 de abril. FJ 2º.

¹⁸ *Ibidem*.

públicos del artículo 23.1, limitándolo a aquellos casos en los que se ejerce la participación política y englobando el resto de manifestaciones de participación en un nuevo concepto que denomina «democracia participativa». «(N)o estamos ante cauces articulados para conocer la voluntad de la generalidad de los ciudadanos –en los distintos ámbitos en que territorialmente se articula el Estado– precisamente en lo que tiene de general, sino más bien para oír, en la mayor parte de los casos, la voz de intereses sectoriales de índole económica, profesional, etc. Se trata de manifestaciones que no son propiamente encuadrables ni en las formas de democracia representativa ni en las de democracia directa, incardinándose más bien en un *tertium genus* que se ha denominado democracia participativa.»¹⁹

Esta misma sentencia establece cuál es el anclaje constitucional de este nuevo concepto de democracia participativa, ubicándolo en el artículo 9.2 CE al decir: «Se trata de un llamamiento a las personas o colectivos interesados al objeto de que puedan intervenir en el procedimiento de adopción de acuerdos. Evidentemente este último dato no quita relevancia a estas formas de participación que, por otra parte, se han visto reforzadas por el mandato contenido en el art. 9.2 C.E.»²⁰

En resumen, la jurisprudencia del supremo intérprete de la Constitución ha trazado una línea (casi diríamos que una infranqueable barrera) para dejar sin la especial protección derivada de la sección primera del capítulo segundo del título I al derecho a la denominada democracia participativa, en cuyo ejercicio hoy tiene su acomodo la actividad que desarrollan los grupos de interés. Esta actividad como materialización de la democracia participativa queda pues bajo el exclusivo amparo del art 9.2.

«Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos

¹⁹ STC 119/1995 de 17 de julio, FJ 6º.

²⁰ *Ibidem*.

que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.»

Solo las formas de la democracia política integran el contenido del derecho fundamental del artículo 23 de la CE, teniendo el resto de instituciones participativas la eficacia jurídica que se desprende del precepto constitucional en el que se integran. En algún caso, la participación en el ámbito educativo (artículo 27) o laboral por medio de los sindicatos (artículo 28 CE) por ejemplo, serán derechos subjetivos *ex Constitutione*. En otros, la mayoría, el derecho subjetivo de participación nacerá solo con el desarrollo legislativo del precepto constitucional (Pérez Alberdi, 2008: 188).

La jurisprudencia constitucional ha excluido del ámbito de los derechos fundamentales toda aquella participación en los asuntos públicos que no se circunscriba a la representación política o al ejercicio directo de la decisión política. Por lo tanto, toda la participación restante en la «cosa pública» queda agrupada dentro del vaporoso concepto de democracia participativa y encomendada su protección a otros lugares distintos de la sección primera del capítulo segundo del título I de la CE.

2. Los «nuevos derechos» y el *cabildeo*

Frente a este granítico proceder de la jurisprudencia constitucional, inamovible en sus postulados, estamos asistiendo en el último decenio a un despertar de nuevos derechos. La evolución social y el cambio de paradigma en los principios de actuación del poder de la mano de las teorías sobre buen gobierno y buena administración, han puesto sobre la mesa la necesidad de implantar nuevos derechos subjetivos ciudadanos, o al menos de dotar de una unidad de sentido a derechos o principios rectores antes desperdigados por los ordenamientos constitucionales.

La sociedad del tercer milenio ha ido, por una parte, perfilando derechos que antes no existían, y, por otra, alterando la trascendencia constitucional de derechos reconocidos con distinto grado de

protección. Así por ejemplo, como hemos visto anteriormente, se discute la ubicación sistemática y la protección en nuestra Constitución del derecho de petición tal y como está construido, mientras que se reclama la inclusión como derechos fundamentales del derecho a la democracia participativa, a la salud y a la sanidad, al medio ambiente o a la transparencia.

Fruto de este sentimiento de insatisfacción con los derechos fundamentales típicos se han venido sucediendo un sin número de nuevos catálogos de derechos, que pretenden readaptar los ejes de relación entre el poder y los ciudadanos. Entre los catálogos internacionales cabe reseñar por su especial trascendencia la Carta Social Europea,²¹ hecha en Turín el 18 de octubre de 1961 y ratificada por España el 29 de abril de 1980. En el espacio común europeo ha cristalizado como paradigma de compilación de nuevos derechos la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea,²² formalmente proclamada en Niza en diciembre de 2000 por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, que se convirtió en instrumento jurídicamente vinculante en la UE con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en diciembre de 2009, y disfruta ahora de la misma validez jurídica que los tratados de la UE.

No es este el lugar para profundizar sobre el valor «constitucional» de la Carta de Derechos de la UE, sobre lo cual existen ya trabajos ejemplares (Tomás Mallén, 2004), si no de advertir sobre la paulatina incorporación al bloque de la constitucionalidad, (mediante su inclusión en los Estatutos de Autonomía) de estos derechos y el giro interpretativo que el legislador está dando al derecho de participación política y a la democracia participativa. En efecto, al socaire de estos nuevos derechos, y ante la rigidez constitucional típica de las democracias de nuestro entorno, han sido los Estatutos de Autonomía los que han liderado la consagración de estos nuevos derechos en los

²¹ Publicado en BOE de 26 de junio de 1980.

²² La versión vigente desde 2007 puede consultarse en DOUEC, núm. 303, de 14 de diciembre de 2007.

llamados Estatutos de «tercera generación». Tampoco es el momento para profundizar sobre los efectos o el valor que dichos derechos estatutarios tienen²³ o si, como defiende algún sector de la doctrina (Díez Picazo, 2006: 71), existe una «reserva de Constitución» para declarar estos derechos. Lo cierto es que tales nuevos derechos han tenido entrada (y la seguirán teniendo según avancen los procesos de reforma estatutaria) en el bloque de la constitucionalidad y que, sin perjuicio de su eficacia jurídica, tienen un gran significado como reflejo de la voluntad presente y futura del legislador. Todo ello anticipa que este movimiento reformador de los derechos fundamentales se acabará haciendo extensivo al propio texto constitucional cuando las actuales circunstancias de tensión política en otros títulos de nuestra Carta Magna se reconduzcan a niveles que permitan un sereno diálogo político.

Lo trascendental aquí, para el tema que nos ocupa, es si el ejercicio de la actividad de los grupos de interés tiene acomodo entre estos nuevos derechos que se están proclamando en el ámbito internacional y autonómico y si, por lo tanto, la construcción y diseño de estos nuevos derechos debe tomarse en consideración a la hora de plantear cómo deben regularse los grupos de interés.

A pesar de que estas nuevas compilaciones exponen un variopinto catálogo de derechos de toda índole, en relación a la democracia participativa puede extraerse un común denominador. Existe una especial preocupación en este punto que se manifiesta en una regulación, si no homogénea sí al menos ampliamente coincidente, que se basa en la participación y la consulta como dos caras de la misma moneda: el buen gobierno o buena administración.

Los estatutos de autonomía de tercera generación coinciden sustancialmente en la regulación en capítulos atributivos de derechos, tanto del derecho a la democracia participativa como del derecho de

²³ Baste aquí con remitirnos a la controvertida STC 247/2007 de 15 de enero de 2008 en sentido positivo o a sus numerosos votos particulares en sentido negativo.

las autonomías a la consulta ciudadana. Así, el de Castilla y León²⁴ y el de las Islas Baleares²⁵ los aglutinan bajo el epígrafe de derechos sociales, mientras que en el aragonés²⁶ y valenciano²⁷ aparecen dispersos a lo largo de la Declaración de Derechos. Por último, el Estatuto de Autonomía de Cataluña²⁸ se refiere en el artículo 29 a los derechos de participación política y en el 25 a las formas de participación en el ámbito laboral. En el Estatuto de Autonomía de Andalucía²⁹ los derechos de participación aparecen recogidos en los artículos 30 y 31. A la redacción de este trabajo la Región de Murcia ha aprobado su proyecto de nuevo Estatuto, pendiente de tramitación en las Cortes Generales, en el que de manera mimética se reproducen estos mismos derechos de participación en su artículo 8.³⁰

Incluso en el nivel local se ha ido extendiendo este derecho a la participación (Pérez Alberdi, 2008: 280 y ss), puesto que la reforma de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), efectuada por la Ley 57/2003 de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del Régimen Local define la participación ciudadana a este nivel como un derecho de los vecinos –artículo 18.1, letras a), b), e) y f)– y una institución básica en el funcionamiento de la vida municipal, regulando los aspectos esenciales de las consultas populares locales, de la iniciativa popular en los ayuntamientos y de la participación ciudadana (artículos 69 a 72). Hay que destacar que la LRBRL exige que todas las Corporaciones municipales aprueben un reglamento orgánico de participación ciudadana (art. 70 bis).

24 Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León.

25 Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears.

26 Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón.

27 Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana.

28 Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

29 Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

30 Se hace notar que este proyecto de Estatuto para la Región de Murcia pretende quedar sometido a ratificación por referéndum mediante un procedimiento equívoco. Esperamos que en la tramitación ante las Cortes Generales se solviente el error.

Todos estos nuevos derechos (entre ellos los de participación) se recogen desde la lógica vertiente positiva que emana de su intencionalidad constitutiva a favor de los ciudadanos. Por contra y como era de esperar, no se recogen en los artículos dedicados a los deberes ciudadanos especiales sometimientos o limitaciones del ejercicio de estos derechos. La incorporación de estos derechos autonómicos de participación, en tanto que referidos a la propia administración autonómica, son plenamente aplicables y vinculantes en el desarrollo normativo que los propios estatutos establecen. Por lo tanto, la definición estatutaria de estos derechos será crucial a la hora de establecer los límites que la ley de desarrollo no pueda rebasar.

V. Peligros constitucionales

El reconocimiento de nuevos derechos a participar en los asuntos públicos no plantea especiales problemas de constitucionalidad en cuanto que confiere a sus titulares un plus de facultades que no hacen sino ampliar las ya reconocidas en el texto constitucional. Pero cuando se pretenda legislar el cabildeo, y debido al riesgo de que la legislación sea restrictiva o limitativa de ese mismo derecho, es previsible que se produzcan conflictos antagónicos que deberán ser armonizados. Dicho de otro modo, habiendo dado entrada en el bloque de la constitucionalidad a través de los Estatutos de Autonomía³¹ al derecho a participar en la toma de decisiones políticas, será difícil establecer limitaciones específicas para los grupos de interés si no se otorga también el mismo rango a las causas que sirvan de límite o condición a la participación. Entre estos derechos que pueden justificar la imposición de límites o sanciones a los lobbies estarían el derecho a la transparencia y al buen gobierno o a la igualdad de acceso o a la participación, que posibilitarían que aquellos que están en una posición de predominio vean sometida su participación a restricciones

³¹ Volvemos a recordar aquí la controvertida STC 247/2007 de 15 de enero de 2008.

o requisitos que a otros no les son aplicables. Por lo tanto, es preciso «constitucionalizar» estos otros derechos reflejos de la participación, so pena de generar problemas de constitucionalidad de las normas sobre grupos de interés y de las sanciones aparejadas.

El Consejo de Europa ya estableció como recomendación³² al afrontar la regulación de los grupos de interés en relación a la libertad de expresión, actividades políticas y derecho a participar en la vida pública que:

«La regulación legal de las actividades de cabildeo no debe, en ninguna forma o manera, infringir el derecho democrático de los individuos a:

- a) Expresar sus opiniones y peticiones a los funcionarios públicos, organismos e instituciones, ya sea individual o colectivamente.
- b) Hacer campaña por el cambio político y el cambio en la legislación, política o práctica en el marco de actividades políticas legítimas, individual o colectivamente.»

La OCDE también ha alertado acerca del cuidado que debe ponerse en la regulación de los grupos de interés para no vulnerar los derechos fundamentales. La regla nº 2 de sus 10 Principios para la transparencia y la integridad del «Lobbying»³³ es consciente de esta necesidad al decir que:

«Los países deberían considerar particularmente los principios constitucionales y prácticas democráticas establecidas, como audiencias públicas o procesos de consulta institucionalizados.»

Incluso la UE (cuya regulación es de sometimiento voluntario) es consciente de esta necesidad al establecer en el punto I, «Principios del registro» del Acuerdo Interinstitucional sobre el Registro de Transparencia que:

³² Consejo de Europa: «Legal regulation of lobbying activities in the context of public decision making», *Recommendation CM/Rec (2017) 2*, p. 22.

³³ OECD: *Transparency and integrity in lobbying*. 2013, disponible en <<http://www.oecd.org/corruption/ethics/Lobbying-Brochure.pdf>>.

«El funcionamiento del Registro respetará los principios generales del Derecho de la Unión, incluidos los principios de proporcionalidad y no discriminación y respetará el derecho de los diputados al Parlamento Europeo a ejercer su mandato parlamentario sin restricciones.»³⁴

También la «Lobbying Disclosure Act» de 1995 ha sido especialmente cauta para evitar la restricción constitucional que sufrió la «Federal Regulation on Lobbying Act» de 1945 y dice en la Sección 8, «Reglas de Construcción», lo siguiente:

- a) DERECHOS CONSTITUCIONALES. Nada de lo dispuesto en esta Ley se interpretará de manera que prohíba o interfiera con: (1) el derecho a solicitar al Gobierno la reparación de las reclamaciones; (2) el derecho a expresar una opinión personal; o (3) el derecho de asociación, protegidos por la primera enmienda a la Constitución.
- b) PROHIBICIÓN DE ACTIVIDADES. Ninguna parte de esta Ley se interpretará como una prohibición o autorización de ningún tribunal para prohibir actividades de cabildeo o contactos de cabildeo por parte de cualquier persona o entidad, independientemente de si dicha persona o entidad cumple con los requisitos de esta Ley».

Sin embargo, todas estas cautelas y recomendaciones parecen no haber tenido el suficiente eco en el ánimo de nuestros legisladores, más interesados en copiar sin reparos las definiciones, procedimientos y sanciones del derecho ajeno que en diseñar una legislación propia adaptada a nuestro sistema de derechos y libertades. Ello acarrea posibles conflictos de orden constitucional que pueden afectar a diversas facetas de la regulación sobre grupos de interés, como son sus sujetos, la identificación de lo que constituye actividad de influencia y las sanciones aplicables.

³⁴ Acuerdo entre el Parlamento Europeo y la Comisión Europea relativo al Registro de Transparencia sobre organizaciones y personas que trabajan por cuenta propia que participan en la elaboración y aplicación de las políticas de la Unión Europea. Publicado en el DOUE 19 de septiembre de 2014.

1. Los sujetos constitucionales como grupos de interés

El derecho comparado ofrece dos sistemas o visiones para la regulación de los entes que pueden ser catalogados como grupos de interés. Podemos distinguir entre una visión anglosajona o igualitaria, donde todos los tipos de entidades de naturaleza privada se encuentran sometidas a una igual consideración por el derecho público, y la visión europea continental, que otorga un estatus especial a algunos entes privados que realizan funciones públicas, como los partidos políticos, sindicatos y otras organizaciones. Estos entes, por ser instrumentos fundamentales de la participación política o por tener atribuida la representación de sectores específicos, están dotados de especiales facultades y no pueden ser sometidos al mismo régimen regulatorio que sería aplicable a otros grupos de interés. Por ello habrá que estar muy vigilantes cuando se definan los ámbitos subjetivos de aplicación de las normas de cabildeo para no someter a aquellas entidades que tienen un nivel de protección específico a las mismas exigencias, limitaciones y sanciones que al resto de grupos de interés.

Así ocurre en el ámbito del Acuerdo Interinstitucional sobre el Registro de Transparencia de la UE, donde se excluye a los partidos políticos (disposición 14) y a los sindicatos y patronal (disposición 11) de la obligación de registro. Sin embargo, a pesar de la evidente influencia que esta norma ha ejercido sobre la regulación autonómica en la materia, no sucede lo mismo en la ley 19/2014 de Cataluña, que no los excluye del deber de registro. Tampoco están expresamente³⁵ excluidos en la Ley 4/2016 de Castilla-La Mancha, ni en la Ley 8/2018 del Principado de Asturias, al regular quienes deben inscribirse en el registro de grupos

³⁵ La legislación de Asturias y de Castilla La Mancha (arts. 43 y 51 respectivamente) reproducen casi al pie de la letra la misma definición de grupo de interés. En ambas se dice: «...se dedican profesionalmente, como todo o parte de su actividad, a influir directa o indirectamente en...». Pudiera interpretarse que la exigencia de profesionalidad excluye a partidos políticos y sindicatos. No obstante, si esa era la intención hubiese sido preferible excluirlos de manera expresa y no dar lugar a dudas sobre su sujeción al registro y a las sanciones aparejadas.

de interés.³⁶ Por contra la Ley 25/2018 de la Comunidad Valenciana sí establece la exclusión de su ámbito subjetivo de los partidos políticos, pero no de los sindicatos ni de las asociaciones empresariales.

Estos entes de relevancia constitucional no deben estar sometidos a la regulación de cabildeo y a las sanciones asociadas a ella en tanto en cuanto realicen las actividades de participación política que constitucionalmente tienen encomendadas, ni pueden estar sometidos a restricciones o limitaciones en el ejercicio de esa función.

2. La adecuada identificación de la actividad de cabildeo

Como ya dijimos en su momento, la multiformidad que pueden revestir los grupos de interés y la amplitud del objeto material de los posibles intereses a defender han avocado a una definición de grupo de interés en base a la actividad que desarrollan para la defensa de sus fines. De este modo son grupos de interés quienes se valen de las actividades de cabildeo en beneficio de su interés, y son cabilderos o «lobistas» quienes materialmente llevan a cabo dichas actividades.

Por ello, el derecho comparado y las recomendaciones de los organismos internacionales nos indican que la adecuada identificación de la actividad de cabildeo es esencial para conseguir una regulación eficaz y sin lagunas o «loopholes» de la actividad de los grupos de interés. Esa identificación debe partir desde una consideración general, lo más amplia posible, del concepto de actividad de presión o influencia para, a continuación, establecer supuestos de exclusión lo más concretos posibles. Estos supuestos de exclusión se deben centrar en dos categorías: por un lado los sujetos que quedarían exentos aunque su actividad estuviese incluida en el concepto general de cabildeo, presión o influencia, y por otro lado actividades que por sus especiales condiciones de ejercicio no tengan la consideración de cabildeo.

³⁶ Cabe señalar que las leyes de Asturias y Castilla-La Mancha apuestan por regular solamente el cabildeo profesional, creando una nueva laguna o «loophole» sobre los cabilderos corporativos o «in house-lobbists».

Esto permitirá excluir de la regulación a aquellos sujetos de especial consideración constitucional (partidos políticos, sindicatos, otras administraciones públicas, gobiernos extranjeros, etc.) así como aquellas actividades que por suponer ejercicio de derechos subjetivos especialmente protegidos no deban someterse a las limitaciones propias de la regulación sobre cabildeo (ejercicio del derecho de petición, o libertad de expresión, participación en procesos públicos y abiertos de consulta o en trámite de alegaciones en audiencia pública...). Este último aspecto parece bastante olvidado por las recientes normas sobre grupos de interés que, salvo excepciones, se limitan a excluir las actividades de prestación de asesoramiento jurídico o profesional vinculadas a actividades de conciliación o mediación realizadas en el marco de la ley o en defensa de los intereses afectados por los procedimientos administrativos. Solo la legislación valenciana³⁷ sobre grupos de interés sigue el esquema descrito.

3. Las sanciones aplicables

Como ya hemos comentado con anterioridad, la eficacia de una regulación sobre cabildeo se asocia a la existencia de medidas sancionatorias para asegurar su cumplimiento. Aparte de las medidas de privación de libertad o «imprisonment», más propias de los países anglosajones, tres son los tipos de sanciones que por lo común se aplican en este ámbito. Por un lado, las multas pecuniarias en cuantías diversas. Por otro, la exclusión del registro, que lleva aparejada la prohibición de comunicarse con los servidores públicos. Y, por último, la sanción de inhabilitación o cese para los sujetos implicados.

Respecto a las sanciones pecuniarias no plantean especiales problemas dignos de mención.³⁸ La sanción de exclusión temporal del registro y la

³⁷ Artículos 3 y 4 de la Ley 25/2018, de 10 de diciembre, de la Generalitat, reguladora de la actividad de los grupos de interés de la Comunitat Valenciana.

³⁸ Las multas, en cuantías variables pueden llegar hasta los 300.000€ en el caso de la Comunidad de Madrid, ex art. 84.2 de su Ley 10/2019 de 10 de abril.

correspondiente imposibilidad de comunicar con los servidores públicos está extendida por todas las regulaciones sobre grupos de interés. No obstante existen, incluso en nuestro ordenamiento, ejemplos de exclusión permanente del registro de cabilderos, como es el caso de la Ley catalana de Transparencia, acceso a la información y buen gobierno,³⁹ de la Ley de Aragón de Integridad y Ética Públicas⁴⁰ o de la Ley Foral Navarra de transparencia.⁴¹ Parece bastante evidente que la imposición de este tipo de sanciones a perpetuidad resulta desproporcionada y contraria al fin que se pretende alcanzar mediante la normativa sobre grupos de interés, sin olvidar que la exclusión del registro supone la pérdida efectiva del derecho de participación mediante la prohibición de toda comunicación con los servidores públicos, atentando contra el derecho de participación política.

En relación a las sanciones sobre inhabilitación para ejercer cargos públicos y otras medidas sancionadoras similares, es preciso tener en consideración el especial régimen estatutario que puede asistir a algunos sujetos destinatarios de las actividades de los grupos de interés.⁴² Por otro lado las sanciones de inhabilitación, cese o

39 Ley 19/2014 de 29 diciembre de 2014.

40 Artículo 39.1 de la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas.

41 Artículo 59.1.a). 5º de la Ley Foral 5/2018, de 17 de mayo, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno.

42 Por ejemplo, en tanto estas regulaciones pretendan afectar a la esfera de los derechos y deberes de los parlamentarios o afectar de otro modo al régimen interior de las Cámaras, su regulación debe encomendarse al reglamento parlamentario, pero solo en este aspecto interno, no pudiendo regularse vía reglamento la imposición de deberes a terceros no incluidos dentro de su particular «ius in officium». Así lo contempla la Ley Valenciana 25/2018 de 10 diciembre reguladora de la actividad de los grupos de interés de la Comunitat Valenciana en su artículo 11 al decir que: «en el caso de la actividad de influencia que se realice en el ámbito de Les Corts, únicamente corresponderá a este órgano (en relación al Registro Único de Grupos de Interés) los actos de inscripción. Les Corts definirán su ámbito subjetivo de aplicación y las actividades que se deben inscribir, y establecerán las potestades de seguimiento, los sistemas de control y fiscalización y las medidas a aplicar en caso de incumplimiento que les puedan corresponder en cada caso. En cualquier caso, el funcionamiento del Registro de Grupos de Interés debe respetar el derecho de los diputados y diputadas a ejercer su mandato sin restricciones. Del mismo modo la ley excluye a las Cortes valencianas del sistema de infracciones, remitiendo al reglamento parlamentario para la imposición de sanciones a sus miembros. De análoga manera se manifiesta el Decreto Ley de Cataluña 1/2017 de 14 febrero, por el que se crea y se regula el Registro de grupos de interés de Cataluña, cuya disposición adicional primera encomienda al registro la función de prestar el apoyo que le requiera el Parlamento de Cataluña para garantizar el intercambio de información, el reconocimiento recíproco de actuaciones y la interoperabilidad registral con el Registro de grupos de interés del Parlamento.

destitución que se establecen en algunas normas autonómicas⁴³ deben considerar que algunos de los altos cargos sometidos al régimen disciplinario están así mismo dotados de una regulación especial de las posibles causas de cese e inhabilitación en sus propios estatutos de autonomía que no puede obviarse.

4. Otras consideraciones

En conexión con las sanciones antes señaladas es preciso referirnos aquí al peligro que supone, en ocasiones, el quebranto del principio de previsibilidad en la comisión de infracciones.

En el ejercicio de su actividad de influencia, los grupos de interés se pueden valer de multitud de vías y de personas interpuestas de diversa condición. Es normal que para acceder a comunicar con los más altos escalones del ejecutivo sea necesario pasar por un cadena de intermediarios, jefes de gabinete o de prensa, asesores personales o miembros del partido que no forman parte del gobierno ni tienen la condición de altos cargos o diputados. Es necesario fijar con claridad dónde empieza el cabildeo y dónde empieza la relación interna de partido no sujeta al registro de grupos de interés.

Debe extremarse la precaución para que las personas sujetas a las obligaciones derivadas de la regulación (y por tanto a sus sanciones) puedan saber cuándo están siendo objeto de cabildeo y cuándo las comunicaciones que realizan están exentas. Sobre todo, porque para que una sanción sea legítima es necesario que pueda ser mínima y racionalmente previsible que se está cometiendo la infracción. Dicho de otro modo, es preciso que los servidores públicos y quienes pretenden comunicar con ellos tengan un marco claro para identificarse

⁴³ Así, por ejemplo, el artículo 84.1 de la Ley 10/2019, de 10 de abril, de Transparencia y Participación de la Comunidad de Madrid establece la sanción de «destitución» por infracción muy grave para los altos cargos. La Ley 4/1995 de la comunidad de Madrid incluye entre los altos cargos al Presidente de la Comunidad. Sin embargo ni el Estatuto de Autonomía ni la Ley 1/1983 de 13 de diciembre del Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid prevén esta causa de cese.

como sujetos pasivos y activos del cabildeo, a fin de evitar incurrir en conductas infractoras. En aquellas regulaciones que incluyen como cabildeo no solo la comunicación con cargos públicos y su personal de confianza, si no también con funcionarios «de carrera», puede llegar a ser difícilmente discernible para estos últimos si una comunicación de un tercero está sujeta a regulación de cabildeo o si por el contrario forma parte de las actividades propias de la función pública y está no sujeta a esa regulación.⁴⁴ Si bien para el caso de algunos funcionarios superiores o de confianza, pudiese existir esa posibilidad de influencia, parece excesivo hacer extensivo a todos los empleados públicos tal posibilidad.

VI. Conclusión

A pesar de la interpretación restrictiva que el Tribunal Constitucional ha venido haciendo del concepto de participación política, el último decenio ha sido testigo de una creciente ola de codificación de nuevos derechos subjetivos a través de los estatutos de autonomía de «tercera generación». Dejando a un lado la polémica suscitada en la jurisprudencia constitucional respecto a estos nuevos derechos de rango estatutario, es evidente que la amplia acogida dada por el legislador a estos catálogos de derechos anticipa una alteración sustancial del restrictivo concepto de participación política sostenido tradicionalmente por el Tribunal Constitucional. Es por ello que el diseño de las normas sobre cabildeo, como parte de esta democracia participativa, debe construirse como desarrollo de unos derechos que ya han entrado en el bloque de la constitucionalidad, y que acabarán erigiéndose, tarde o temprano, como auténticos derechos fundamentales de rango constitucional.

⁴⁴ A modo de ejemplo, en las regulaciones que incluyen a los funcionarios como sujetos a influenciar dentro del cabildeo, una simple reunión técnica para formar el criterio del funcionario sobre la redacción de un pliego de prescripciones para una contratación pública podría llegar a ser considerada como constitutiva de la obligación de inscribirse en el registro de grupos de interés.

Las primeras normas sobre grupos de interés en España se han caracterizado por la importación más o menos mecánica de técnicas regulatorias procedentes de tradiciones constitucionales ajenas sin reparar en los peligros constitucionales que tal práctica conlleva. En la inmensa mayoría de las ocasiones, las regulaciones nacionales de grupos de interés, se han limitado a la creación de un registro de estos grupos y al establecimiento de una serie de sanciones en caso de infracción. La delimitación conceptual de los sujetos sometidos a la obligación de registro ha sido pobre al no considerar las especiales atribuciones constitucionales de algunos actores políticos. Tampoco se ha tratado suficientemente la delimitación de las actividades de cabildeo y su separación de otro tipo de comunicaciones con el poder que no tienen tal consideración.

Con demasiada frecuencia se establecen sanciones que implican la pérdida definitiva del derecho a la participación política. Por otro lado, la extraordinaria generalidad del ámbito subjetivo y material de aplicación de estas normas, unido a una defectuosa definición de la actividad de influencia o cabildeo hacen que la comisión de infracciones por comunicar con quienes no están incluidos en los registros sea bastante difícil de prever, por lo que el principio de racionalidad y tipicidad de las sanciones podría verse comprometido.

En resumen, nos encontramos en un momento de evolución de los derechos constitucionales de participación ciudadana que supone un punto de inflexión en relación a la tradicional doctrina constitucional sobre el alcance y protección de estos derechos. La regulación sobre grupos de interés, en cuanto que afecta restrictivamente al ejercicio de estos derechos por parte de determinados sujetos debe de considerar con mayor profundidad la implicación de estos aspectos constitucionales.

VII. Bibliografía

Álvarez Vélez, M. I., De Montalvo Jääskeläinen, F.: «Los lobbies en el marco de la Unión Europea», *Teoría y Realidad Constitucional*, 33, 2014, pp. 354-374.

- Baumgartner, F., Leech, B.: *Basic Interests: The Importance of Groups in Politics and Political Science*. Princeton, Princeton University Press, 1998.
- Bockenforde E. W.: *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Madrid, Trotta, 2000.
- Díez Picazo L. M^a: «¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 78, 2006, pp. 65-75.
- Duverger, M.: *Introducción a la Política*. Barcelona, Ariel, 1987.
- Ferguson, G.: *Global Corruption, law, theory and practice*, 3^a ed. Victoria, University of Victoria, 2018.
- García Escudero, J. M.: *Comentario a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, dirigido por O. Alzaga, tomo III. Madrid, Edersa, 1983.
- García Cuadrado, A.: «El Derecho de Petición», *Revista de derecho político*, 32, 1991, pp. 119-170.
- López Guerra, L. et al.: *Derecho Constitucional*, vol. I, 7^a ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.
- Pérez Alberdi, M. R.: «Los derechos de participación en los Estatutos de Autonomía reformados recientemente», *Revista de Derecho Público*, 73, septiembre-diciembre de 2008, pp. 181-205.
- Pérez Serrano, N.: *La Constitución española de 1931. Antecedentes, texto y comentario*. Madrid, 1932.
- Rubio Núñez, R.: «Los grupos de presión en España, una revisión pendiente», en *Revista de la Cortes Generales*, nº 55, (1er cuatrimestre 2002), pp. 165-188.
- Sánchez Agesta, L.: *El sistema político de la Constitución española de 1978*, 5^a ed. Madrid, 1987.
- Sánchez Ferriz, R.: «El derecho de petición y su ejercicio ante las Cámaras», en VV. AA., *Las Cortes Generales*, vol. III. Madrid, IEF, 1987.
- Tomás Mallén, B.: *El derecho fundamental a una buena administración*. Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2004.

