

CONSTITUCIONALISMO(S) Y DEMOCRACIA(S)

*Por Santiago Sánchez González
Profesor de Derecho Constitucional, UNED*

I. SOBRE LA PERTINENCIA Y LA OPORTUNIDAD DE PREGUNTARSE POR LA CRISIS DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA.

Si dirigimos nuestra atención al marco geopolítico de la forma de gobierno de la democracia representativa, que no es otro sino el del Estado-nación, comprobamos que estamos atravesando una etapa de descomposición de dicho marco. Se trata de un proceso iniciado ya hace algunas décadas con la desintegración de los pilares que posibilitaron su construcción, es decir, de la desaparición de los ingredientes de índole ideológica y cultural –esto es: la unificación religiosa y lingüística, en torno a la idea de nación, y de su simbología-, así como de los elementos materiales, como los ejércitos nacionales, la centralización político-administrativa, el sistema impositivo o el mercado nacional.

Es evidente que a partir del fin de la segunda guerra mundial, la práctica totalidad de los Estados nación pierde la capacidad de defensa de sus fronteras y se establece una nueva correlación de fuerzas según un eje bipolar, (OTAN y Pacto de Varsovia), que perdura hasta la caída de la URSS y el ascenso de China a fines del siglo pasado. A la erosión de la soberanía estatal en el ámbito militar, se ha añadido una pérdida considerable de la capacidad de los Estados tradicionales para adoptar políticas independientes en materia de economía, empleo, educación, persecución de las nuevas formas de delincuencia, etc., que ha obligado a seguir una política de alianzas y recíprocas concesiones, materializada en la creación de organismos y la firma de tratados inter y supra-estatales (Tribunales de Justicia, Centros de Arbitraje y Mediación, ONU, Unión Europea, OEA,).

Con todo, lo que era un mero desfase entre la superestructura político-jurídica, configurada en la forma Estado-nación, y la articulación del sistema económico de producción e intercambio, se ha convertido en los últimos veinte años, como

consecuencia de la globalización, en un desajuste brutal entre los espacios políticos estatales incapaces de abordar de manera autónoma los problemas de sus sociedades civiles, y la des-territorialización del capital y de las finanzas. Los tres pilares del trípode sobre el que sustentaba la soberanía, es decir, la autosuficiencia defensiva, la independencia de las fuerzas económicas internacionales, y la identidad y particularidad de su población, se han quebrado.¹ Ciertamente es que los Estados-nación conservan aún si bien cuestionados- el poder político y la autoridad que les otorga la legitimación dimanante de su condición democrático-representativa, pero incluso su actividad reguladora se ve cada vez más sometida a restricciones.

En suma, la imposición a escala planetaria de las leyes de los mercados financieros, ha supuesto una metamorfosis de la condición de los Estados como titulares del monopolio del uso de la violencia legítima y de la potestad de formular e imponer normas y administrar los asuntos generales. Desempeñan ahora sobre todo la función de meras agencias gestoras de los asuntos e intereses de poderes externos. En suma, se ha reducido considerablemente, si es que aún existe, el margen de gobernabilidad autónoma de los Estados. En este contexto, plantearse la cuestión de la crisis de la democracia representativa tiene una importancia menor en la medida en que no parece mucho lo que puede hacerse, salvo comenzar a elaborar un nuevo modelo de constitucionalismo y tratar de adaptarse al nuevo sistema. Como dijo Niklas Luhmann, en estos tiempos de globalización, la política es el equivalente de la danza de la lluvia de los indios hopi de Arizona.

El caso de España es ilustrativo de la relativización de la importancia de la política ante el fenómeno de la globalización. En la actualidad, no es ya el gobierno democrático el que adopta de manera autónoma una u otra política macroeconómica, ni el que decide aprobar un presupuesto determinado. Y no sólo porque la integración en la Unión Europea nos imponga un techo de déficit, ni porque la descentralización autonómica condicione poderosamente la conducta del gobierno central, -que también-, sino, sobre todo, porque la política entendida como proceso de adopción de decisiones vinculantes de

¹ Zygmunt Bauman, *La Globalización. Consecuencias Humanas*, México, FCE, pp. 86-88, 2001.

relevancia colectiva e interés general, está más que nunca en la historia, sometida a la economía, a sus normas y a sus exigencias. Según dice Luigi Ferrajoli “La *lex mercatoria* se afirma como la nueva *Grundnorm* –norma fundamental- del orden internacional, con la consiguiente inversión de la relación entre Estado y mercado, pues ya no es la política la que gobierna y controla la economía, sino ésta la que gobierna aquélla.”² Ante tal estado de cosas resulta evidente que no existe apenas una esfera de libertad desde la que elegir, sino que la discrecionalidad marginal del gobierno democrático solo es tal en la medida en que resulta coherente con, o favorable a, los condicionantes existentes. Así pues, los asuntos sometidos a la decisión política colectiva son menos. “La crisis de la soberanía de los Estados y de las democracias nacionales y la globalización son fenómenos conexos y recurrentes.”³

Pero aunque, como hemos apuntado más arriba, hablar de política nacional en estos tiempos puede ser tan infructuoso como la danza de la lluvia de los indios hopi, no por ello vamos a renunciar a la reflexión y al análisis de algo que, aún en el contexto de la globalización, nos afecta directamente: la crisis de nuestra democracia representativa. Y así, pasamos al punto segundo de esta ponencia.

II. DEMOCRACIA Y CONSTITUCIONALISMO

En un proceso paralelo al de la emancipación global de la economía de la política, pero a escala nacional, hemos asistido en España a un cataclismo político cuyos efectos secundarios más sonados estamos percibiendo ahora. Me refiero a la pérdida del carácter constitucional de nuestro sistema democrático que, si bien ha seguido funcionando como *modus operandi* de selección y renovación periódicas de los gobernantes, se ha alejado del patrón diseñado por los redactores de la Constitución de 1978, que era el de una democracia constitucional, o democracia limitada. Al menos, así lo creíamos cuando se aprobó aquella, e incluso pocos años después.

² Luigi Ferrajoli, *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia. 2. Teoría de la Democracia*, p Madrid, Editorial Trotta, 2011. p. 517.

³ Luigi Ferrajoli, op. cit., 513-14. Sobre la relación entre la democracia y la globalización, el Profesor Gurutz Jáuregui escribió un magnífico ensayo titulado *La Democracia Planetaria*, Oviedo, Ediciones. Nobel, 2000.

Cuando se habla de la crisis de la democracia representativa, nosotros estamos pensando precisamente en la eliminación de la dimensión constitucional del sistema. Un tema alejado de la preocupación de la mayoría, que no ha llegado a imaginar la posibilidad de una democracia representativa moderna que pueda tildarse de inconstitucional o a-constitucional. A nosotros, no nos extraña porque, frente a lo que suele darse por supuesto, la Democracia y el liberalismo político⁴, o la Democracia y la Constitución, ni han estado necesariamente unidos, ni responden a idénticas preocupaciones, ni persiguen los mismos fines. La existencia de normas reguladoras del proceso gubernamental con arreglo a los criterios de la división de poderes y del respeto de determinadas libertades individuales no denotaba, a lo largo de todo el siglo XIX y la primera mitad del pasado, que el sistema político en cuestión fuera democrático. Todos los gobiernos representativos de Estados Unidos y la Europa occidental fueron constitucionales antes de convertirse en democráticos. Todavía a principios del siglo XX, todos contaban con textos constitucionales, pero las asambleas legislativas, parlamentos y gobiernos habían sido elegidos, cuando lo fueron, por núcleos reducidos de las respectivas poblaciones adultas. El constitucionalismo es muy anterior a la versión moderna de la democracia. Se trata, por lo tanto, de dos fenómenos que históricamente han llegado a solaparse y que hoy se presumen imbricados como si fueran recíprocamente dependientes. En cuanto a las constituciones actuales, se han limitado a yuxtaponer esas dos visiones de la política sin plantearse realmente el problema de su posible incompatibilidad.⁵ Ciertamente que a fuerza de repetirnos una y otra vez que nuestras formas de gobierno son democracias representativas, se produce un efecto subliminal que se traduce en una percepción borrosa de las fronteras entre el constitucionalismo y la democracia. Así, lo más frecuente es que, cuando hoy en día se habla de democracia en el lenguaje común y en las obras de sus teóricos y defensores más conspicuos, sus ingredientes liberales y/o constitucionales se suponen implícitos en, o inherentes a, esa forma de gobierno. Las obras de Alain Touraine⁶, Giovanni Sartori⁷, Robert A. Dahl⁸ por citar algunos ejemplos

⁴Para evitar malentendidos, conviene dejar claro desde un principio que el término 'liberalismo' se emplea aquí en su acepción estrictamente política, perfectamente deslindable de su significado en la historia y la teoría económicas, donde va asociado a la idea de libre mercado, libre competencia, etc.

⁵ La introducción del control de constitucionalidad de las leyes mediante los tribunales constitucionales y asimilables es la fórmula ideada para servir como instrumento de remedio de los conflictos entre el elemento democrático y el elemento constitucional del sistema.

⁶Alain Touraine, *Qu'est-ce que la Démocratie?*, Paris, Fayard, 1994, pp.44 y siguientes.

significativos, son muestras de esa percepción. En ese línea, en España el Prof. Gurutz Jáuregui escribió que para traspasar el "umbral democrático" un sistema debería contar con varios elementos, entre los que incluía, además de las elecciones libres y frecuentes o la igualdad de la representación, las notas características definidoras de un régimen constitucional, como son las libertades de expresión, información y asociación, la distribución horizontal y vertical del poder, la independencia del poder judicial y el sometimiento de los poderes públicos y de los ciudadanos al ordenamiento jurídico⁹.

Junto a esa absorción de la idea de constitución por la de democracia, hemos contemplado también el proceso inverso, de manera que la noción de constitución ha incorporado a su campo semántico el ingrediente democrático, como factor limitador del poder. Así, p.ej. según el Prof. Rubio Llorente, no hay otra Constitución que la Constitución democrática, ya que la constitución es un modo de orientación de la vida social en el que la titularidad de la soberanía corresponde a las generaciones vivas y en el que, por consiguiente, las relaciones entre gobernantes y gobernados están reguladas de tal modo que éstos disponen de unos ámbitos reales de libertad que les permiten el control efectivo de los titulares ocasionales del poder."¹⁰

Lo expuesto nos lleva a pensar en la conveniencia de recordar que las corrientes de la democracia y del constitucionalismo, acaban realmente de confluir en esta parte del mundo y que la democracia constitucional es una experiencia muy reciente. Pero, el ejercicio del poder, alcanzado y ejercido mediante procedimientos democráticos, no se traduce, ni conlleva necesariamente el respeto del principio de la separación de poderes, ni la independencia del poder judicial, ni la garantía de las libertades individuales, como la historia reciente española nos ha enseñado.¹¹

⁷Giovanni Sartori, "How far can Free Government travel?", *Journal of Democracy*, Vol.6,n.3,1995,pág.102.

⁸Robert A. Dahl, *Democracy and its Critics*, New Haven, Yale University Press, 1995

⁹Gurutz Jáuregui, *La Democracia en la Encrucijada*, Barcelona, Editorial Anagrama, pp. 30 y 31.

¹⁰Francisco Rubio Llorente, "La Constitución como fuente del Derecho", *La Constitución Española y las Fuentes del Derecho*, Madrid, Ed. Dirección General de lo Contencioso del Estado-Instituto de Estudios Fiscales, vol. I, 1979, pág.61. Lo que ha sucedido en España demuestra lo contrario.

¹¹ "Liberalismo y democracia son las denominaciones que resumen –junto, por otro lado, al socialismo y al comunismo–, la confrontación política de los siglos XIX y XX. Desde mediados del XIX los ideales liberales y democráticos se han fundido y han llegado a confundirse. Sus atributos cambiaron y continúan variando en función de si lo que preocupa al autor es mantener

Llegados a este punto, y a efectos de ilustrar apropiadamente las diferencias sustanciales entre las ideas de constitución y de democracia, quizás haya que traer a colación las razones subyacentes en defensa de la una y de la otra. La primera, la de **Constitución** –cuyos orígenes podemos rastrear hasta la idea griega del *nomos basileus* -la ley es el rey- , que luego recogería la célebre máxima de Cicerón “*Omnes legum servi sumus uti liberi esse possumus*”- todos somos siervos de la ley para poder ser libres -, nace como fruto de un movimiento dirigido a impedir el ejercicio discrecional y arbitrario del poder político, dadas su potencialidad perversa y su carácter expansivo. La primacía de la ley o del derecho se basa en la creencia en la propensión humana a una utilización indebida del poder y a su utilización con ocasión del ejercicio del gobierno para fines particulares o egoístas. La idea de la **Democracia**, en cambio, parte de la creencia en la igualdad sustancial de los hombres y de la creencia en que lo que a todos afecta debe ser decidido por todos. Y si hay algo que a todos afecta es la política. Lo que importa, por lo tanto, es quién o quienes deben gobernar y cuál es el procedimiento para gobernar. Según el **constitucionalismo**, el gobierno -el Estado- es un mal necesario creado para preservar la vida y la libertad, que debe limitarse y ser controlado. A tenor con la **democracia**, el objetivo es asegurar la mayor participación popular posible en los asuntos de gobierno. Para el **constitucionalismo**, el hecho de que los gobernantes sean los representantes de los gobernados por haber sido elegidos en condiciones de libertad e igualdad, no altera la condición del poder político, ni elimina el peligro de un uso indebido o absoluto del mismo: antes al contrario, el ejercicio de un poder popular legítimo entraña, por causa de su legitimidad, incluso más que el de cualquier otro poder político, riesgos de un empleo abusivo o sin limitaciones.

¿Cuál debe ser entonces la relación entre la democracia y la constitución? Evidentemente, una relación de mutua complementariedad. Toda Constitución que demande legitimidad plena, como orden regulador de la dinámica política de una comunidad, tiene que ser el resultado de la decisión soberana del poder constituyente popular; o, en otras palabras, el reconocimiento de la validez de cualquier texto constitucional dimana de la participación del pueblo -por sí o por medio de representantes- en su elaboración y aprobación. Por su parte, una vez

la democracia dentro de la órbita del liberalismo o destacar la integración del liberalismo en la democracia [...]” G. Sartori, *Teoría de la democracia*, 2, Madrid, Alianza Editorial, 1988, pp. 444-5.

en vigor, la forma democrática diseñada en el texto constitucional debe reconocer el carácter auto-limitado del poder constituido y proceder en consecuencia, resistiendo la tentación de convertir en ineficaces los frenos y contrapesos constitucionales mediante la apelación a la voluntad popular. El constitucionalismo, pese a que pueda considerarse como un obstáculo -porque indudablemente es un límite- para el gobierno democrático, contribuye en realidad a que la democracia arraigue y no degenera en formas despóticas o totalitarias¹². Es el fundamento de la democracia. A partir del momento en que la democracia deja de respetar las normas establecidas para solucionar pacíficamente los conflictos, se convierte en una autocracia. Una mirada retrospectiva nos permite comprobar que en España la relación entre constitución y democracia no ha sido de complementariedad, sino de incompatibilidad, e incluso de enfrentamiento, una oposición real -una Realrepugnanz en términos kantianos-, que ha concluido con la merma del ingrediente constitucional. Pero ¿acaso podría haber sido de otro modo? No, mientras que la democracia sea considerada *potestas legibus soluta* por la sola razón de ser una democracia, y la idea de constitución siga exigiendo la limitación del poder político, aunque sea un poder democrático. Entre ambas no cabrá mediación alguna.

III LA SITUACIÓN EN ESPAÑA

La pregunta que hay que formular entonces es ¿qué ha ocurrido en España?

El advenimiento de la democracia en el siglo XX produjo una alteración radical de la actitud del ciudadano frente al poder estatal. Si, durante siglos, la preocupación de los gobernados giraba en torno a la idea del establecimiento de límites al poder de los gobernantes, una vez conquistado el derecho de sufragio universal, comenzó a pensarse que el hecho de que el gobierno quedara sometido al control de la mayoría hacía innecesario mantener cualquier control sobre él, y que podían abandonarse sin grave repercusión los mecanismos concebidos para protegerse de él. Además, tras las aspiraciones

¹² “El peligro de un despotismo o de una dictadura popular se agrava en el mundo contemporáneo. De ahí la necesidad de preparar un correctivo liberal en el seno de la democracia. Por consiguiente, el liberalismo no pierde su autoridad ni queda apartado con el advenimiento de la democracia; antes bien su función se torna aún más necesaria.” Guido de Ruggiero, *Política y Democracia*, B. Aires, Ed. Paidós, 2ª ed., 1960 p. 28.

democráticas subyacía un afán igualitario que en principio legitimaba al Estado para asumir más poder. Naturalmente no se pensaba que “cuando más deje de ser un Estado mínimo, más importante es que siga siendo un Estado constitucional.”¹³O, en otras palabras, cuanto más Estado haya, más necesario será el control.

La paulatina conquista del sufragio universal se produjo al mismo tiempo que el cambio de actitud ante los partidos políticos, que después de años de verse combatidos o ignorados, fueron reconocidos y legalizados. Ello conllevó un cambio sustancial en la naturaleza de las primeras asociaciones privadas surgidas en el seno de la sociedad civil como ordenaciones de articulación de intereses y cauce de las demandas a los poderes públicos. Adquirieron así, en principio, la condición de entes auxiliares del Estado y, posteriormente, asumieron funciones públicas tan importantes como el establecimiento de las normas reguladoras de las elecciones y conexas. De ahí a la unión entre los órganos de los partidos, transformados ya en organizaciones, y los órganos estatales, solo había un paso.

La inclusión de los partidos en el texto constitucional de algunos países europeos después de la Segunda Guerra Mundial –Italia, Alemania, Francia-, que otros como Portugal y España imitarían más tarde, posibilitó la integración de los mismos en el Estado. El punto de inflexión fue la confusión de los partidos y los órganos estatales. A partir de ese desafortunado suceso, comenzó a hablarse de Estado de partidos porque las democracias representativas se transformaron en partidocracias. Desde entonces, se gobierna por los partidos, desde los partidos y para los partidos –sus dirigentes, familiares, afiliados y simpatizantes. Los partidos se han convertido en organizaciones oligárquicas que ocupan todos los poderes del Estado y de otras instancias que desempeñan funciones de interés general, e incluso de aquellas entidades creadas con la pretensión de aparentar independencia o autonomía respecto de los poderes clásicos.

¹³ Giovanni Sartori, Teoría de la Democracia, 2 Alianza Ed. P. 468, 1988.

El proceso podría describirse de la forma siguiente: en principio, el partido o coalición de partidos que accede al gobierno de la nación, constituye una unión contradictoria de dos tendencias dimanantes respectivamente de su procedencia social y privada y de las funciones públicas que asume. Esa unión inestable acaba por inclinarse del lado político de la balanza y, desde la nueva posición dominante, promueve y auspicia una manipulación del ordenamiento jurídico, que le permite asegurar su continuidad en el poder político o sus aledaños, y socavar los fundamentos constitucionales del sistema, sorteando los obstáculos que dificultan el ejercicio de su influencia. De este modo, el desempeño temporal de la gestión de gobierno se convierte en la ocupación permanente y se extiende hasta el control de los distintos órganos e instituciones, incluyendo las dos instancias que deberían funcionar como contra poderes, o sea, el Poder Judicial y las Administración Pública.¹⁴

Los partidos políticos controlan el nombramiento de todos los cargos importantes del gobierno y la Administración de Justicia y de otros órganos del Estado, como el Tribunal Constitucional, el Defensor del Pueblo, el Consejo de Estado, el Tribunal de Cuentas, los Consejos de las Radios y Televisiones Públicas, el Consejo Económico y Social, la Agencia Española de Cooperación al Desarrollo, y los de todos los que dirigen las Autoridades Administrativas denominadas independientes, como la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la Comisión Nacional de la Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Agencia de Protección de Datos, del Banco de España, etc. La estructuración político-territorial del Estado ha facilitado, además la reproducción en los ámbitos autonómicos de los esquemas nepotistas seguidos por los partidos en el Estado central, duplicando esas entidades dentro de las respectivas esferas de competencia.¹⁵

En lo que hace al instituto de la representación política en España, los partidos han modificado la condición del diputado o concejal, porque su elección se

¹⁴ El Consejo de Europa emitió un informe en enero de 2014, elaborado por el GRECO en el que manifestaba su preocupación por la proliferación de los escándalos de corrupción y alertaba de algunos fallos estructurales en el sistema judicial español. Asimismo, exigía medidas para garantizar la independencia de los magistrados y fiscales y poner fin a su excesiva politización, reconsiderar el método de selección y la duración del mandato del fiscal general.

¹⁵ El 7 de mayo del 2012 el diario *ABC* publicaba en sus páginas 26 y 27 una información titulada “España gasta más de 700 millones al año en entes oficiales duplicados”.

debe a su inclusión en las listas del partido y no a su aptitud o méritos individuales –lo que le hace manipulable por los órganos directivos del partido-. Carece, pues, de facto, el diputado de la legitimidad última para seguir su propio criterio cuando difiere del establecido por su partido o grupo parlamentario. Por eso, ha de seguir los dictados de su partido y no puede votar en muchos casos de acuerdo con su conciencia. Es cierto que legalmente, los partidos no pueden privar al representante de su cargo representativo, pero sí pueden decidir excluirlo de las candidaturas en siguientes elecciones. En pocas palabras, la propia dinámica democrática ha conducido a la pérdida por el diputado individual de la condición de representante del pueblo y a la reintroducción *de facto* de un mandato imperativo ejercitable por el partido en el que milita, que se convierte en realidad en el verdadero representante. Así, en la actualidad, ni la idea del mandato imperativo de la época del sufragio restringido, ni la del mandato representativo, sirven para caracterizar a la representación política. La doctrina ha recurrido para explicar ese cambio a la noción de mandato electoral, según la cual el apoderamiento se otorga no a una persona, sino a un candidato integrado en un partido y sometido a su disciplina, programa e ideología, es decir, a un grupo. Y aunque se ha dicho que la sustitución de un individuo por un grupo no es importante, en realidad sí lo es, y mucho, porque ese grupo impone normalmente su voluntad a los representantes elegidos bajo sus siglas. En definitiva se ha desvirtuado absolutamente el carácter democrático de la representación.” Los partidos políticos –dice el Profesor E. Linde- se han convertido en representantes de sí mismos.”¹⁶

La partidocracia imperante era el resultado previsible del funcionamiento de un sistema democrático. No podemos sorprendernos por ello. El problema es que la concentración del poder político en el partido o partidos gobernantes ha afectado a la totalidad de la dinámica democrática en sus diversas fases: la inicial, de formación de la voluntad popular; la ulterior, de manifestación de la voluntad del pueblo; y, finalmente la de ejecución de la voluntad del pueblo. La primera, porque es objeto de continua orientación mediante el control directo o indirecto de los medios de comunicación por los poderes públicos, sancionado además por la interpretación que se ha hecho del artículo 20. 3. de la

¹⁶ Enrique Linde Paniagua, *La Crisis del Régimen Constitucional*, Madrid, Colex, 2013, p. 87.

Constitución La opinión pública, ese estado ideal de juicio que el ciudadano se forma con la lectura, la visión o audición cotidianas de la prensa, es más “un efecto reflejo de los medios de información que un demo-pensamiento.”¹⁷ La segunda, porque aunque todos tenemos derecho al voto, no todos los votos tienen el mismo valor; porque no votamos a candidatos, sino a listas cerradas elaboradas por las camarillas de los partidos; porque la fórmula electoral no es la más adecuada, etc, etc. En cuanto a la ejecución de la voluntad popular, la incidencia de la participación del cuerpo electoral en la orientación y gestión de los asuntos públicos es mínima o, en otras palabras, la clase política muestra una escasa sensibilidad ante las necesidades y las preocupaciones que acucian a millones de votantes. No existe ninguna forma de obligar a los elegidos a cumplir con las promesas electorales del partido ganador. Y es que la paradoja de la democracia electoral consiste en que su materialización conlleva la negación de la propia idea de representación, que implica, en primer lugar, una sustitución, por la que una persona – el representante- actúa en nombre de otra; y, en segundo lugar, implica que la sustitución se realiza bajo la condición de hacerlo en interés del representado, condición esta última que evidentemente no se cumple.

¿Es posible evitar la desnaturalización de la representación política y el consiguiente deterioro de la democracia? ¿Es factible impedir que los partidos y sus dirigentes ocupen la totalidad de las instituciones del Estado y de las CCAA y se sirvan de ellas para satisfacer a sus intereses y de los de sus clientelas, con exención de la responsabilidad aneja al desempeño de toda función pública? ¿Existe algún medio para combatir y, si fuera posible, acabar con la corrupción propiciada por la concentración del poder político en nuestra democracia?

IV A LA BÚSQUEDA DE SOLUCIONES

A nuestro juicio, la solución a esos problemas no se encuentra en la aprobación de un código ético, del tenor del que adoptó el gobierno británico en octubre de 1994, siguiendo las directrices de la Comisión Nolan. A juicio de dicha

¹⁷ Giovanni Sartori, *Elementos de teoría política*, Madrid, Alianza Ed., 1992, p.312.

Comisión, todas las instituciones y organismos públicos deberían elaborar un código de conducta que incorporara los siete principios de la actuación pública: el altruismo, de forma que se actúe sólo en interés del bien común; la honestidad, que obliga a dejar a un lado cualquier interés particular; la integridad, que circunscribe su actuación al cumplimiento de los deberes oficiales; la objetividad, que obliga a guiarse solo por el mérito; la responsabilidad, que implica someter el desempeño de la función a un escrutinio apropiado; la transparencia, que conlleva la exposición de las razones de las decisiones que se adopten, limitando la información cuando el interés público claramente lo exija; y el liderazgo, que implica seguir los principios expuestos y defenderlos

Tampoco hallaríamos un completo remedio a nuestros males mediante la aplicación de fórmulas del estilo de 'más democracia', en sus versiones de democracia 'popular', democracia 'inclusiva', democracia 'deliberativa', o democracia 'participativa', o en el retorno a formas de democracia directa, con consultas populares frecuentes, o la tele-democracia. Podría pensarse quizás en reducir la duración del mandato representativo, o en limitar la posibilidad de ser elegido como candidato a representante a un solo mandato¹⁸, evitando así la profesionalización de la política, aunque si contribuiría a paliar esta última, habida cuenta del increíble número de 'empleos' políticos creados por partidos y sindicatos.¹⁹ Hay que admitir, sin embargo, que existen medidas, como la posibilidad de revocación de la representación conferida al diputado o concejal, y el establecimiento por ley de una relación fluida y cuasi permanente entre los representantes y el cuerpo electoral, que introducirían un cierto control sobre el partido y/o los diputados, al menos a los efectos de garantizar el cumplimiento de las promesas electorales y, en su caso, de la justificación de su incumplimiento. Se trataría de dificultar o impedir la dependencia de los diputados de los respectivos partidos, personalizando la representación mediante la adopción de sistemas como el inglés de circunscripciones

¹⁸ Cuanto más tiempo se encuentra el mismo partido, diputado o concejal en el poder, mayor es la posibilidad de un mal uso del mismo (corrupción, prácticas irregulares, etc.)

¹⁹ El diario *El Mundo* en un suplemento titulado Mercados, de fecha 10 de noviembre de 2013 lo cifraba en 145.000, y apostillaba: "En la España del paro, los partidos políticos dan más empleo que Inditex, Telefónica, FCC y ACs juntos. Casi no tienen nóminas pero su capacidad para poner a dedo a cargos públicos y asesores los sitúa como principal fuerza empleadora del país."

uninominales, según el cual el escaño el candidato que obtiene la mayoría relativa del total de votos válidos emitidos en la correspondiente circunscripción es el que logra el escaño. Quizás, a la postre, lo más democrático sería como hacía en Atenas la asamblea o *ecclesia* con los magistrados o arcontes, seleccionar a nuestros representantes por sorteo entre todos los que se presentasen a las elecciones.

Pero el problema no se encuentra en el procedimiento de elección de nuestros gobernantes, sino en cómo evitar que, una vez electos, **envueltos en la bandera de su condición de elegidos por el pueblo –a manera de patente de corso-**, extiendan su esfera de influencia a toda la estructura del Estado, de las Administraciones Públicas territoriales o institucionales, a los organismos reguladores, y a cualesquiera otras agencias y entidades públicas y semipúblicas. Y que lo hagan valiéndose de sus cargos y funciones. Para ello no hay mejor remedio que restablecer un sistema de control y de exigencia de responsabilidades, tanto políticas y administrativas como penales, que impida o dificulte la acumulación de poder político y su utilización desviada y torticera. Es decir, restablecer la naturaleza constitucional de la democracia. En ese sentido, aparte de la instrucción de procedimientos penales a bastantes personas que han ostentado cargos políticos en los últimos años, a la que estamos asistiendo, una muestra del camino que debería seguirse para reconducir la democracia al Estado de Derecho, ha sido la inclusión a partir del 17 de enero del año 2013, dentro del régimen general de responsabilidad penal, de los partidos políticos y de los sindicatos (Leyes Orgánicas 5/2010 de 22 de junio y 7/2012 de 27 de diciembre). Parece haberse puesto así fin a la vigencia del principio romano *societas delinquere non potest*, a tenor con el cual las personas jurídicas no podían cometer delitos²⁰, aunque hay quien opina que en realidad lo que aquellas leyes han sancionado es solamente la posibilidad de imponer penas o sanciones a las personas morales o jurídicas.

En ese camino de reintegración del principio de la separación de poderes y de desagravio a Montesquieu, la primera reforma institucional que debería

²⁰ Se habría así puesto fin también al trato excepcional de favor de que eran objeto, en comparación con las personas físicas, habida cuenta de que, para mayor escarnio, ya hace algunos años que se habían reconocido en España a las personas jurídicas privadas –los partidos políticos lo son- derechos como la libertad de expresar pensamientos y opiniones y el derecho al honor. ¡Increíble, pero cierto!

emprenderse es la del Consejo General del Poder Judicial, teniendo en cuenta su naturaleza de órgano de garantía, y de protector de la forma de Estado y de la forma de gobierno constitucionalmente establecida. Consideramos absolutamente necesario asegurar su condición de órgano independiente. Para ello lo recomendable sería restaurar la elección de los doce miembros de procedencia judicial por los jueces y magistrados pertenecientes a todas las categorías judiciales. Y si se llevara a cabo con ocasión de la preconizada reforma de la Constitución, la totalidad de los integrantes del mismo debería ser elegida por los propios jueces y magistrados.

La segunda e indispensable sería reformar el artículo 20 de la Constitución²¹. Este precepto que reconoce la existencia de unos medios de comunicación dependientes del Estado y otros entes públicos²², está reñido con la idea de la libertad de expresión entendida como la libertad política por excelencia de la ciudadanía frente a los poderes públicos. No se puede atribuir al poder político, es decir al objetivo principal del ejercicio de la libertad de expresión, la titularidad de lo que es un derecho fundamental subjetivo, convirtiéndolo en una potestad pública. Porque el contenido esencial de la libertad de expresión es la denuncia y crítica de los poderes públicos. Y si nos fijamos en su dimensión objetiva, no puede, por su condición de contrapeso principal de los otros poderes, restringirse sin lesionar gravemente la estructura constitucional de la democracia. Sabemos que la supresión del control y financiación públicos -estatal y de las comunidades autónomas-, de los medios de comunicación social es una medida que sería rechazada de plano, por lo que supondría de pérdida de poder, pero que, de adoptarse, significaría el reconocimiento de la existencia plena de la libertad de expresión en España, de su carácter preferente en la formación de la opinión pública, y de presupuesto indispensable para el ejercicio de las libertades de pensamiento, reunión,

²¹ Reforma innecesaria, si el Tribunal Constitucional en una de sus sentencias interpretativas, expusiera el contenido real de lo que la libertad de expresión significa en el contexto de una democracia que se dice constitucional. Vid la obra de F.J. Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Valladolid, Editorial Lex Nova, 2001.

²² En la actualidad -noviembre de 2016-, el número de televisiones públicas pasa de cuarenta, y su mantenimiento con cargo a nuestros impuestos, asciende a cerca de dos mil millones euros. Cada españolito paga algo más de cuarenta euros anuales para sufragar un instrumento cuyo destino debería ser exclusivamente de información pública. En realidad sirve más bien de conformador del pensamiento y la opinión, al modo de la droga que consumían los personajes de la obra de A. Huxley *Un mundo feliz*. Las televisiones públicas deberían quedar reducidas a los canales 1 y 2, y aun así sobraría uno de ellos.

asociación y del derecho al voto. Mientras los que ostentan el poder controlen y subvencionen los medios de información –básicamente la televisión y la radio, aunque también buena parte de la prensa escrita-, la libertad de expresión será una realidad virtual, un desiderátum, por mucho que se invoque su condición formal de derecho constitucionalmente reconocido. Y esto es algo que pocos españoles parecen tener claro.

Una tercera medida debería ser, tal como fue anunciada por el otrora Ministro de Justicia el Sr. Ruiz Gallardón, la supresión del aforamiento y/o del tratamiento jurídico especial, que ampara a un total de 17.621 personas en España, de los que 15.263 son miembros del poder judicial y 2.358, políticos.²³

En el mismo sentido de saneamiento de la esfera pública, serían aconsejables, entre otras, la eliminación de la prerrogativa parlamentaria de la inmunidad de los parlamentarios; la prohibición de indultar a los políticos condenados por sentencia firme por la comisión de algún delito; la sanción de la pérdida del derecho al sufragio activo y pasivo de los políticos y representantes sindicales condenados como delincuentes; la privación de la competencia para contratar consejeros y asesores; la realización y publicación de auditorías periódicas de partidos, sindicatos, organizaciones empresa-riales y entidades dependientes de los mismos; el condicionamiento de las convocatorias masivas de plazas de funcionarios de las distintas administraciones, al cumplimiento de requisitos tales como la necesidad imperiosa de prestar servicios adicionales y la disponibilidad presupuestaria; y la transformación de la acción popular en una acción en interés público y social.

Con todo, la promulgación de nuevas leyes no basta, según nuestra experiencia, para combatir los efectos y las causas de la concentración del poder político. Un ámbito en el que habría que trabajar a fondo es el la educación cívica y del sentimiento constitucional. Son estos terrenos difíciles cuyo cultivo demanda un esfuerzo continuo y deliberado por parte de los que, desgraciadamente, prefieren producir consumidores dóciles en lugar de ciudadanos libres. Extraordinariamente difíciles, porque el predominio de la cultura de la ilegalidad y del incumplimiento se ha generalizado de tal manera

²³ Cfr. el diario *El País*, de 29 de agosto de 2014, pp.: 10 y 11

que en vivimos en un estado de anomia, en el que la única norma vigente es el propio incumplimiento. Fenómeno este perceptible tanto en el contexto de la conducta individual cotidiana –donde abundan los llamados carotas, vivos y conseguidores, a los que se aplaude y se admira-, como en el de las conductas compartidas por distintos colectivos. Estamos pensando en un abanico de comportamientos que va desde el uso de las recomendaciones para obtener favores ante las administraciones y servicios públicos, el incumplimiento masivo de las reglas del tráfico, la elusión del pago del IVA en la contratación de obras y servicios privados, hasta la infracción constante y consentida de la obligación del empleo del castellano junto con las lenguas de las autonomías.²⁴

Dentro del incumplimiento generalizado, ocupa un lugar destacado por su ejemplo para la sociedad y su repercusión en la igualdad ante la ley, el de los políticos y las autoridades. La mayoría de ellos lo comprende y lo acepta como normal, hasta el punto de que no lo consideran ilícito y mucho menos delictivo. En el fondo, piensan que los políticos electos no deben estar vinculados por la ley y por la Constitución. ¿No los re-eligen una y otra vez? “Quienes son particularmente sensibles a las exigencias de la democracia –dice un ilustre constitucionalista- no suelen ver con buenos ojos la aplicación de la legalidad penal a los gobernantes porque puede llegar a violentar los dictados de la voluntad popular. No son hostiles a la idea de que la correcta gestión de los intereses públicos requiere a veces ensuciarse las manos”²⁵ Es decir, comulgan con el viejo credo maquiavélico según el cual, el político no está sometido a ningún tipo de religión, moral o ética, salvo la que imponga el fin de mantenerse o incrementar su poder.²⁶

²⁴ Son ya numerosos los supuestos de incumplimiento de la Constitución y de desacato por parte de las autoridades catalanas, de las sentencias, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional sobre la lengua española y sobre los actos en pro del independentismo. No se trata de insumisión sino algo más grave.

²⁵ L.M^a Díez-Picazo, *La criminalidad de los gobernantes*, Barcelona, Editorial Crítica, 1996, p.31.

²⁶ “Y ha de sentirse presente que un príncipe, y sobre todo un príncipe nuevo, no puede observar todas las cosas gracias a las cuales los hombres son considerados buenos, porque, a menudo, para conservarse en el poder, se ve arrastrado a obrar contra la fe, la caridad, la humanidad y la religión. Es preciso, pues, que tenga una inteligencia capaz de adaptarse a todas las circunstancias, y que [...] no se aparte del bien mientras pueda, pero que, en caso de necesidad, no titubee en entrar en el mal”. Nicolás Maquiavelo, *El Príncipe*, www.elaleph.com 1999, p.90

¿Hasta qué punto ha penetrado en nuestra ciudadanía esa consideración del incumplimiento de la ley como algo normal –en el sentido de general- e incluso legítimo? Desde nuestra perspectiva, el grado de consentimiento y/o de justificación de tales conductas es superlativo, pues no se procede a su persecución y castigo. Naturalmente, para los que concedemos una importancia mayor a las exigencias constitucionales, la invocación de la condición de político del autor de la violación de la legalidad y de la Constitución no basta para justificarla y menos para eximir de responsabilidad jurídica y...penal, si la conducta objeto de enjuiciamiento está tipificada como delito en el Código Penal.²⁷

En ese ambiente, pretender insuflar un sentimiento jurídico constitucional es pedir peras al olmo. El director de mi tesis doctoral, D. Pablo Lucas Verdú a quien recuerdo con cariño, dedicó una sus últimas obras precisamente al sentimiento constitucional como modo de integración política. “El sentimiento jurídico- decía- es la convicción emocional, o sea íntimamente vivida por un grupo social, sobre su creencia en la justicia y la equidad del ordenamiento positivo vigente que motivan la adhesión al mismo y el rechazo de sus transgresores.”²⁸ Insistir en la relevancia de la vinculación de los ciudadanos a la Constitución como principio rector del gobierno de España es conveniente. Insistir en la necesidad de su respeto, en una época de cuestionamiento de su autoridad como norma suprema y de clara desafección política, es un deber que cumplimos gustosos, y que tenemos que recordar a los políticos que

²⁷ Bajo el Título XIX, Capítulo II, sobre “El abandono de destino y de la omisión del deber de perseguir delitos”, el art. 408 del Código Penal dice literalmente que: “La autoridad o funcionario que, faltando a la obligación de su cargo, dejare intencionadamente de promover la persecución de los delitos de que tenga noticia, o de sus responsables, incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.” Y el art. 24 del mismo Código recoge quienes son considerados autoridad a los efectos penales, entre ellos, los diputados y senadores. Pues bien, a pesar de lo dispuesto en la ley penal vigente en ese momento –que hemos transcrito-, el 18 de mayo de 2005, el Congreso de los Diputados adoptó una resolución con los votos favorables de los 192 parlamentarios de los partidos PSOE, CiU, ERC, PNV, IU-ICV, CC y Grupo Mixto, aprobando la negociación con ETA si la banda terrorista abandona las armas. De manera análoga, el 18 de noviembre de 2006, 700 cargos de los partidos políticos vascos PNV, EA y EB, firmaron un documento en el que con el pretexto de poner fin al “conflicto” defendían “el diálogo y las actuaciones institucionales y políticas para imponer soluciones justas a los conflictos nunca pueden ser ilegales y, mucho menos, delictivas”. Además, se demandaba que “la noble función de la política se ejerza en condiciones de libertad, sin la amenaza de la permanente judicialización de la política.” ¿Qué nos sugiere el cotejo del Código Penal con la conducta seguida por todos esos políticos?

²⁸ P. Lucas Verdú, *El Sentimiento Constitucional (Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política)*, Madrid, Reus, S.A., 1985, p. 64.

invocan una mal entendida legitimidad popular, para violentar el marco jurídico que les ampara. No podemos evitar evocar, como contrapunto de la reiterada burla ostentosa de la Constitución y de la ley de bastantes políticos, la conducta de Sócrates ante su sentencia de muerte, que Platón recoge en el diálogo de Critón (hacia el 396 a. C.), cuando éste le propuso fugarse de la cárcel. Dijo Sócrates dirigiéndose a Critón: “Considera, pues, lo siguiente. Supongamos que al pretender nosotros escapar de aquí, llegándose las leyes y el Estado a nosotros, nos preguntaran: Dinos Sócrates, ¿Qué es lo que vas a hacer? ¿Qué otra cosa tramas con esta empresa que intentas, si no es arruinarnos a nosotras las leyes y a la polis toda, en lo que de ti depende? ¿Te parece posible que subsista sin arruinarse aquella polis en la que las sentencias pronunciadas nada pueden, sino que son despojadas de su autoridad y destruidas por los particulares? ¿Qué diremos, Critón, a tales preguntas y a otras por el estilo?²⁹ Lo que el Critón nos muestra es el puro y simple sometimiento del ciudadano a la polis y a sus leyes, pues para Sócrates la justicia era la obediencia a la ley de la polis, aún a costa de su vida.

4 de noviembre de 2016

²⁹ Platón, *Critón*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1970, pp.13-14.