

## La inevitable innovación para la regeneración democrática

Juan Carlos Campo Moreno

Magistrado

Doctor en Derecho

Diputado en el Congreso

Portavoz en la Comisión de Justicia por el PSOE

Vicepresidente Primero de la Comisión

de calidad democrática, contra la corrupción y

de reformas institucionales y legales

*Recibido:* 23 de agosto de 2016

*Aceptado:* 8 de septiembre de 2016

*Para citar este artículo:* Calvo, J. C. (2016). La inevitable innovación para la regeneración democrática. *Creatividad y Sociedad* (26) 239-258

*Para citar este artículo:* <http://creatividadysociedad.com/articulos/26/9>. La inevitable innovación para la regeneración democrática.pdf

## *Resumen*

En la actualidad, vivimos unos tiempos en los cuales el funcionamiento de la Constitución que nos dimos los españoles hace cuarenta años, y que pregona desde su inicio la proclamación de España como un Estado social y democrático de Derecho, se ha visto enturbiado por una crisis de las instituciones y por una gran corrupción, que reclaman para sí un cambio necesario, para lo cual hay que utilizar determinadas herramientas, como la mayor separación de poderes y la transparencia, que exigen un empleo a fondo de altas dosis de creatividad y la innovación de nuestros políticos y de la sociedad en general para que esa regeneración democrática que necesita urgentemente nuestro país se materialice efectivamente

## *Palabras clave*

Regeneración democrática-Ciudadanía-Estado Social-Separación de Poderes

## *Abstract*

Today, we live a time in which the operation of the Constitution that gave us the Spanish forty years ago, and touts from the beginning the proclamation of Spain as a social and democratic state of law, it has been marred by a institutional crisis and widespread corruption, which claim for themselves a necessary change, for which we must use certain tools, such as separation of powers and transparency, which require employment depth of high dose of creativity and innovation of our politicians and society

## *Key words*

Democratic regeneration-Citizenship-Social State-Separation of powers

## 1. Democracias con latido

*Una gran democracia debe progresar o pronto dejará de ser o grande o democracia.* Esta frase de F.D. Roosevelt enmarca la necesidad de estar en guardia frente al peligro degradante de cualquier sistema democrático.

A ese riesgo no fue ajeno nuestro constituyente y, por ello, se señala entre los fines de la Constitución y en su Preámbulo que “La Nación española proclama su voluntad de: Garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo” y, del mismo modo, proclama su voluntad de “establecer una sociedad democrática avanzada”. En buena medida, la Constitución polariza la necesidad de avanzar en nuestro sistema de convivencia.

Y algo no va bien cuando el CIS nos revela una situación y percepción de la situación política manifiestamente mejorable. El malestar sigue siendo el sentimiento que expresa la mayoría de la población española cuando se le pide que valore el panorama político. Ocho de cada diez españoles —el 80,1%— piensan que la situación política era mala o muy mala, según el barómetro del mes de julio de 2016.

## 2. Ciudadanía y estado social y democrático de derecho

Dos nociones han de cohererse. De un lado, el propio concepto de ciudadano y, de otro, la noción de Estado democrático y de Derecho.

Democracia tiene, como todos sabemos, un origen griego y está íntimamente interrelacionado con el de ciudadano. Aristóteles decía, en su obra *La Política*, que ciudadano es “aquel a quien le está permitido compartir el poder”. Ese es el que puede llamarse ciudadano de una ciudad. Y en esa misma obra, pero en su Libro III; Capítulo I, “el único Estado estable es aquel en que todos los ciudadanos son iguales ante la ley”.

La sociedad democrática avanzada, de la que hablaba hace un momento, entronca directamente con el concepto revolucionario de ciudadanía. Concepto que se construye sobre la idea de la igualdad de todos los individuos como miembros de una sociedad, independientemente del papel que desempeñen en el sistema económico. Por tanto, igualdad en el origen, al modo de Locke, o Rousseau, pero también en el destino.

Una idea fuerza se impone ya. Es necesario que nos centremos en potenciar la ciudadanía, garantizando el efectivo ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones.

Este esquema se basa en el convencimiento de que la prosperidad económica y social ha dependido históricamente de la progresiva ampliación de los derechos contenidos en el concepto de ciudadanía. Ese haz de derechos y libertades que traban la relación intersubjetiva en nuestras sociedades es lo que ha permitido avanzar en la construcción de los sistemas políticos y en el diseño de los modelos de desarrollo económico.

Y todo ello tiene lugar en la sociedad, entendida como el lugar donde se producen los conflictos económicos, sociales, ideológicos y religiosos que las instituciones coactivas del Estado tienen la tarea de resolver con la mediación, prevención o represión. El hombre no vive; convive. No existe; coexiste. Como Michel Tournier (1967) demostraba en una muy bella novela, Robinson Crusoe dejó de ser apolítico en el momento en que apareció Viernes en la isla.

De hecho, desde la antigüedad clásica al proceso mismo de construcción europea, el principio de ciudadanía ha permitido renovar el pacto social, acercar el sistema de decisión política a los individuos, fomentar el desarrollo de sociedades más cohesionadas y permitir el auge económico al ampliar la base social de la economía y dar entrada a un mayor número de personas en el sistema productivo.

No ha sido un proceso sencillo. Si atendemos a los intercambios comerciales

y al nivel de apertura de las economías nacionales, ya desde el siglo XIX se evidenciaron las consecuencias internas del crecimiento económico auspiciado por la globalización. La competitividad que buscaban los países para su desarrollo se basaba en la flexibilidad de los precios y salarios. En otras palabras, la expansión exterior se hacía a costa de dolorosos procesos nacionales de ajuste (les sonará de algo esta narración).

Esta situación generaba importantes tensiones basadas en el desequilibrio entre los derechos de los ciudadanos en el plano nacional y la prosperidad que se lograba mediante la apertura comercial y la internacionalización de la economía. Unas tensiones entre el modelo económico y su base social que ocuparon la historia del siglo XX y que sólo encontraron el equilibrio y la estabilidad cuando se incluyó al individuo en el proceso de globalización con el desarrollo de los regímenes nacionales del bienestar.

Así, después de la segunda Guerra Mundial, el Estado asumió su responsabilidad en el desarrollo económico y surgió un nuevo pacto social. El Estado se transformaba en un actor clave para promover bienes públicos a escala doméstica y se desarrollaban distintos regímenes del bienestar. Mediante éstos se reconocían y ampliaban los derechos de los ciudadanos que ya no eran moneda de cambio en la búsqueda de competitividad en el plano internacional.

Por tanto, mirando hacia atrás, si bien ni la globalización ni las crisis económicas son elementos novedosos, sí que lo es la utilización del concepto de ciudadanía y el reconocimiento y expansión de la misma a un número cada vez mayor de individuos en la superación de las crisis. La revisión y adaptación de los derechos contenidos en la noción de ciudadano ha permitido convertir al individuo en protagonista de los procesos de internacionalización de las economías y humanizar la globalización; quizás fuera bueno tener más presente a Lèvinas (1993), cuando expresaba que “es la hora de la justicia, la hora de los ciudadanos iguales ante la ley”.

Pero, junto a la ciudadanía se instala el Estado. Los Estados se asientan sobre

basamentos muy sólidos, de los que emanan sus Instituciones como proyecciones del edificio democrático. De esta manera, se crean y configuran múltiples espacios de convivencia. Son, en suma, las referencias vertebradoras del funcionamiento democrático. Como explica Vallés (2002), “la Institución, pues, equivale a un conjunto de reglas a las que tratan de acomodarse los diferentes actores, tanto individuales como colectivos, sirve para incentivar o desincentivar determinadas conductas y su conocimiento permite que cada actor pueda albergar ciertas expectativas respecto del comportamiento de los demás”.

Del mismo modo que durante la transición necesitamos construir los cimientos de un Estado social y democrático de Derecho, hoy necesitamos lo que ya se conoce como “regeneración democrática”. Regeneración alude a un cambio de valores en el seno de la democracia. Aquí, como expresa el sociólogo González Sanz (2016), “la mayor preocupación de los españoles es la corrupción”. Volveremos sobre ella más adelante.

Lo que subyace es el papel del Estado de Derecho, y es que pese a que, como indica Pérez Royo, “la expresión no deja de albergar dos de las figuras menos apreciadas en el mundo del Derecho, la imprecisión y el pleonismo, lo cierto es que, con esa expresión, se recoge que debería haber más Estado que el garantista del individuo frente al poder y en el intercambio con los demás ciudadanos. Debemos buscar un Estado comprometido con la promoción del bienestar de la sociedad y, de una manera especial, con los más desfavorecidos. El Estado democrático tiene que convertirse inevitablemente en Estado social” (2010, p. 149).

Lo cierto es que algunas de nuestras instituciones, válidas en su concepto y origen se han degradado en los últimos tiempos, devaluando el concepto de Estado Social que nos dimos. Todos sabemos, y existe una amplia unanimidad en nuestra doctrina constitucionalista, que el Estado social no es un “ser”, sino un “actuar”, una manera de actuar por parte del poder público. Como explica Aragón Reyes, “la cláusula social añadida a la de Estado no afecta a la estructura de éste, sino a sus fines, ... Lo que sig-

nifica es la asunción por el Estado de nuevas tareas, que no vienen tampoco a sustituir a las antiguas sino a complementarlas" (2008, p. 35 y ss.).

Pero no queda como un mero enunciado, efectivamente, la Constitución recoge un actuar de los Poderes Públicos encaminados al logro de los mismos. De ahí, la fórmula precisa del párrafo segundo del art. 9 del texto constitucional cuando impone el mandato general a los poderes públicos de remover los obstáculos que impidan el ejercicio real y efectivo de los principios de libertad e igualdad.

### 3. La crisis institucional y la corrupción

Nuestras Instituciones se están alejando de los ciudadanos. Unas veces por comportamientos individuales y otras, porque o no han sabido o no han podido cumplir su cometido constitucional y normativo.

La información diaria muestra casos de corrupción. Autoridades a las que se les imputan fallos en el cumplimiento de sus funciones; actuaciones personales que contaminan a la entidad representativa. Se utiliza la mentira, incluso en sede parlamentaria o ante los medios de comunicación, sin sanción alguna. Se producen generalizaciones deliberadas y exageraciones estimuladas por quienes combaten la democracia. Las sedes parlamentarias y lo que en ellas acaece, ya sean centrales o autonómicas, deben ser objeto de análisis y reflexión. Debemos analizar, por ejemplo, si, al proceder a los nombramientos por mandato legal se ha actuado con el suficiente rigor y la necesaria y recíproca generosidad al consensuarlos. Por ello, debemos revisar los criterios de nombramientos en diversos órganos e instituciones, en los que debe primar la capacitación, la profesionalidad, el prestigio y la trayectoria profesional.

Por todo lo expuesto anteriormente y por un largo etcétera, es por lo que podemos decir que la crisis institucional está servida.

De esta catarsis no se libran los instrumentos fundamentales para la participa-

ción política como, por ejemplo y destacadamente, los Partidos Políticos. Habrá que profundizar en su democracia interna y convertirlos en aún más eficaces instrumentos fundamentales para la participación ciudadana en política. Es necesario potenciar que su estructura interna y su funcionamiento sean más democráticos. Como ha afirmado reiteradamente nuestro Tribunal Constitucional en muchas ocasiones (véanse por todas las SSTC 56/1995, la 48/2003, FJ.5, o la 5/2004, FJ. 9), “estos segmentos son de una evidente relevancia constitucional”.

Esta profunda crisis política e institucional, a la que me estoy refiriendo, ha alcanzado unos niveles hasta ahora desconocidos, teniendo como máximo exponente la corrupción. Corrupción como el mal uso o el abuso del poder público para beneficio personal y privado. Pero en este momento prefiero quedarme con su significado original. El término corrupción (del latín *corruptio*, *corruptiōnis*, a su vez del prefijo de intensidad *con-* y *rumpere* ‘romper, hacer pedazos’). Sí, exactamente eso, la corrupción rompe en pedazos nuestro modelo de convivencia. Quizás deberíamos prestar más atención a enseñanzas de personas como el sociólogo estadounidense Sutherland (1939) cuando viene a expresar que “pocos espejos pueden devolver la imagen de la realidad con tanta nitidez como el crimen”.

Como explica Klitgaard (2000), antiguo académico de Harvard y Yale, “la corrupción es un crimen de cálculo, no un crimen pasional”. Comparto su conclusión de que la corrupción no es sólo, que también, un problema de individuos carentes de ética, sino fundamentalmente un problema de sistemas (...), siendo así que “la corrupción sistemática distorsiona los incentivos, socava las instituciones y redistribuye la riqueza y el poder en forma injusta”.

La corrupción es una preocupación de los ciudadanos, de las instituciones internacionales y de los gobiernos. Muy significativo es el informe sobre el panorama de las administraciones públicas publicado por la OCDE (2013), donde se refleja que España es uno de los 34 miembros donde hay más ciudadanos que piensan que la corrupción está extendida en el gobierno.



Sé que no es únicamente un fenómeno patrio y que los entornos internacionales ponen foco de atención en ello. La lucha contra la corrupción ha sido impulsada por varios tratados internacionales destacando el de la Organización de Estados Americanos de 1996 y otro, el de Naciones Unidas (2003), los cuales buscan reforzar y armonizar las normas comerciales, ambientales y fiscales para eliminar los resquicios legales que puedan hacer posible la corrupción. En la UE, puede ser prototipo la oficina especializada de lucha contra el fraude (OLAF) y sus derivados Centro Técnico y Científico o su Comité de Coordinación (COCOLAF), gozando de gran prestigio el Grupo de Estados contra la Corrupción, (GRECO) auspiciado desde el Consejo de Europa. De la misma manera, en la Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea puede citarse el papel tanto de Eurojust, como de la Fiscalía Europea con dirección en Europol.

## 4. La necesidad del cambio

Tenemos la necesidad de abordar un proceso serio y profundo. Proceso que afecta a lo más importante del sistema democrático: la legitimación de sus instituciones y de sus representantes. En suma, recobrar la confianza de la ciudadanía en su sistema político, incluido los partidos políticos, y en sus Instituciones.

## 5. Los cauces: una mayor separación de poderes y transparencia

Aquí subyacen dos elementos de análisis. De un lado, la potenciación del ejercicio democrático de separación de poderes e, íntimamente ligado a él, la transparencia.

Respecto al primero, la literatura abundante casi nos exonera de su explicación. Resaltar que ya la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de

1789 puso en su art. 16 la esencia del mismo: Cualquier sociedad en la que no está asegurada la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución. En esta línea, Pérez Royo (2010) expresa cómo, “de donde arranca de verdad la división de poderes del Estado democrático no es de la Revolución Francesa, sino de la Revolución Americana. Será la Constitución de 1787 y en la justificación que de la misma haría El Federalista donde tendrá su origen la división de poderes que realmente se ha acabado imponiendo en todo el mundo de la democracia”.

Un concepto mucho más moderno es el de la transparencia. Aceptamos la definición de que por transparencia política hemos de entender la obligación de los gobiernos de dar cuenta a los ciudadanos de todos sus actos, especialmente del uso del dinero público y prevenir así los casos de corrupción.

En sentido figurado, el término “transparencia” es utilizado para caracterizar una práctica social guiada por la sinceridad y por la perfecta o casi perfecta accesibilidad a toda la información vinculada, y que concierne e interesa a la opinión pública, o a un sector de la misma, o incluso a un solo individuo. O sea, es la preocupación por explicar, por hacer comprender, por reconocer errores o mala praxis, por abrir archivos y apuntes y recuerdos, por describir fielmente hechos y circunstancias.

El objetivo primero de la transparencia es el de establecer una relación de confianza entre quien pide o exige la transparencia y quien la da, y se opone al concepto de opacidad. Efectivamente, el crédito ciudadano en las instituciones, y la legitimación social del conjunto del sistema democrático está fuertemente relacionado con la capacidad de las propias instituciones, y de la legislación, para generar en la ciudadanía confianza en su funcionamiento, para que las perciban como instrumentos eficaces y confiables.

En este sentido, Byung-Chul, H. (2013) afirmó en su día que “las cosas se hacen transparentes cuando abandonan cualquier negatividad, cuando se alisan y alla-

nan, cuando se insertan sin resistencia en el torrente liso del capital, la comunicación y la información.

Más transparencia equivale, por tanto, a más ciudadanía. Equivale a un modelo económico y social diferente al actual. Necesitamos una transparencia capaz de convertirse en una de las piedras angulares sobre las que construir un modelo económico y social más cohesionado, ético y responsable. Esta idea nos lleva, inevitablemente, al artículo 20.1 letras a) y d) del texto constitucional, donde se reconocen los derechos a la libertad de expresión y a comunicar y recibir información veraz. Ambos contribuyen a tener una ciudadanía crítica, conocedora y formada. Una ciudadanía fuerte es, por definición, controladora del ejercicio del poder.

La estrategia modernizadora de cualquier gobierno debería apostar por la mejora de un sistema cercano al ciudadano. Sistema de cercanía como elemento esencial para refundar el modelo social y económico en el siglo XXI y con ello, y de paso, negar aquella afirmación de Hegel de que los gobiernos nunca aprendían nada de la historia. Aquí se marcan las leyes de transparencia que vienen apareciendo en los distintos Boletines Oficiales de los distintos gobiernos. España hasta el año 2013 era el único país que no regulaba el acceso de los ciudadanos a los datos públicos. En dicho año, apareció la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que acabó con tal excepcionalidad. Formalmente se siguieron las pautas del Convenio del Consejo de Europa sobre el acceso a los documentos públicos. No obstante, personalmente me quedo con el modelo de la Freedom of Information Act (FOIA) americana que brinda al ciudadano el derecho a acceder a información del gobierno federal.

## 6. Una llamada al concepto confianza

Hablaba instantes antes del concepto de la “confianza”. Y aquí se hace inevitable traer las reflexiones del maestro coreano Byung-Chul Han, cuando explica que el

control del poder es absolutamente necesario pero que la transparencia y el poder se soportan mal. Y por encima de ellas, y tras ellas, está la confianza.

Este es el reto de cualquier democracia, avanzar, porque la confianza es mucho más, y significa que, a pesar de no conocer todo de todos, podemos actuar y hacerlo en base a los fundamentos morales de la sociedad. Valores como la honradez, lealtad, mérito o capacidad, recobran todo su significado. La confianza nos releva de tener que conocerlo todo o saberlo todo. Es más, la exigencia de una transparencia infinita solo se hace oír donde no hay ninguna confianza. Y créanme, un control total aniquila la libertad de acción y provoca la uniformidad.

No es la sociedad que deberíamos desear tener.

Sin querer presentar ni siquiera atisbos con el infierno de Dante, lo cierto es que nuestra sociedad vive sacudida, rota, por casos de corrupción que ocupan diariamente la información: responsables políticos y altos funcionarios en los que se detectan auténticas actuaciones criminales en connivencia con la peor calaña de un capitalismo caníbal, actuando, unos y otros, invadidos por un afán desmedido de lucro, solo comparable, con el desprecio al dinero público. Unos órganos de control que no cumplen sus cometidos constitucionales o normativos, y para los que fueron creados; una administración de Justicia lenta, y sin recursos, para tan esenciales cometidos. Ninguna Institución queda a salvo. Si a todo ello se suman generalizaciones deliberadas y exageraciones estimuladas por quienes combaten la democracia, la crisis institucional está servida, incluida la utilización de la mentira en sede parlamentaria, como ya expusimos, o ante los medios de comunicación. Y todo ello, sin sanción alguna.

Son problemas que estamos viendo constantemente en el clima de tensión que vivimos y en las que ningún sector de la economía queda al margen.

## 7. Las soluciones

Como jurista e interinamente político, tengo la convicción de que Sistema Institucional y ciudadanía son dos nociones indisolubles. Es más, son dos principios que se refuerzan mutuamente, interaccionan: un sistema eficaz equivale a una ciudadanía convertida en el centro de la actividad política, económica y social; y una ciudadanía fuerte genera, necesariamente, un sistema cada vez más eficiente.

Por eso, creo que tenemos que proponer, cada uno en su ámbito, la creación de un instrumento que tenga por objeto analizar, acordar y proponer las medidas y modificaciones legislativas necesarias para:

- fortalecer las instituciones democráticas,
- mejorar la representación política,
- mejorar la democracia interna de los partidos políticos,
- caminar hacia una más y mejor participación ciudadana,
- regular de manera exhaustiva los conceptos de intereses de los cargos públicos y electos,
- combatir y prevenir más eficazmente la corrupción y
- Reforzar la imparcialidad y la independencia de los órganos constitucionales y organismos reguladores.

Hago mía la reflexión de Klitgaard (2010) de que la situación es compleja, pero no imposible, y de que "la lucha se centra inicialmente en la concienciación con respecto al problema; luego se procura hacer los gobiernos menos susceptibles a la corrupción, y finalmente se aborda el problema de los sistemas corruptos" (p. 6).

La cuestión es ardua. Es más, me atrevería a señalar, con la mejor y más autorizada doctrina, que es sumamente compleja, y su solución no encuentra cauces de salida con facilidad. Y añadiré que no se puede hacer de cualquier manera, hemos de hacerlo bien, no podemos convertir estas auditorías o estudios en juicios paralelos o anticipados de los que acaecen en nuestros tribunales de Justicia. No se trata de estudiar aquellos casos de corrupción más alarmantes, sino de determinar las fallas o quiebras del sistema que la han permitido. No se trata de convertir al Congreso, Parlamento, un

Ayuntamiento o una Diputación en un plató de televisión o en un pseudo tribunal de Justicia. Se trata de asumir que desde muchos lugares pueden pilotarse o introducirse parámetros para:

- las reformas del sistema parlamentario,
- el sistema electoral,
- la participación y el gobierno abierto,
- la lucha contra la corrupción,
- los propios estatutos que deben de regir el ejercicio de la política, los partidos políticos su transparencia y funcionamiento y una administración pública en general transparente y eficiente, en suma, todo lo que pueda ser fortalecer la democracia.

## 8. Concienciación, diagnóstico y acción

Por tanto, es posible dibujar tres áreas de trabajo: concienciación, diagnóstico y acción.

Si un primer momento pasa por la concienciación, ésta debe completarse con el análisis de los sistemas. Las reformas de la administración pública van más allá del fortalecimiento de las capacidades y deben cubrirse como elementos fuerza la información, los incentivos y la competencia.

En suma, estamos hablando de cómo podemos subvertir la corrupción sistémica. Nuevamente, acudo Klitgaard (2000) para afirmar que “además de fortalecer las instituciones públicas, la tarea consiste ahora en debilitar las instituciones corruptas, tarea difícil pero no imposible” (p. 6). Debemos profundizar sobre nuevas formas de acción y nuevos actores que puedan facilitar esfuerzos colegiados para terminar con la corrupción. Aquí deben entrar la gestión de la cosa pública, la buena gestión, la contratación administrativa.

Puede resultar esquemático el siguiente cuadro:

- Objetivo esencial: Desmantelar la corrupción.
- Finalidad del análisis: Determinar qué elementos de la corrupción son vulnerables y cómo debilitarlos.
- Algunas cuestiones analíticas clave: ¿Cómo se concretan las transacciones corruptas y cómo se mantienen secretas? ¿Cómo se suministran bienes y servicios obtenidos en forma corrupta? ¿Cómo se contratan personas y cómo se mantiene la disciplina? ¿Qué “huellas” dejan estas actividades? ¿Cómo podría crearse un mayor riesgo y establecerse sanciones más graves? ¿Cómo pueden realizarse?
- Posibles fuentes de inspiración: Prácticas óptimas en la lucha contra el crimen organizado.
- Funciones clave en la lucha contra la corrupción: Todas estas funciones, más agentes secretos, infiltración, indicación de traidores, testigos clave, “malas jugadas”.
- Principales protagonistas en la lucha contra la corrupción: Las personas que pueden modificar y, de ser necesario, subvertir el sistema de corrupción. Ciudadanos, asociaciones profesionales, la prensa, grupos empresariales, ciertos organismos estatales (Klitgaard, 2010).

## 9. Los instrumentos

Aquí juegan, a modo de cierre, dos instrumentos. Uno, clásico pero que sigue desplegando toda su operatividad en la actualidad. Me atrevería a decir que en plena efervescencia. Y otro, sumamente novedoso, y es hacer participar de esa regeneración al propio sistema. Hablamos de los programas de cumplimiento.

Detengámonos, aunque sea brevemente en ellos. En relación al primero, el Derecho Penal, somos conscientes de que la definición de su marco jurídico vive en permanente tensión entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades

de tutela en una sociedad cada vez más compleja.

Algo es evidente, y no por obvio debe omitirse, y es que el Derecho Penal ha cambiado, como ha cambiado la propia sociedad. Hoy vivimos en una sociedad distinta, postindustrial y global, dominada por el riesgo. Tan es así que se habla, en estos comienzos de siglo, de la “sociedad del riesgo” o como prefieren llamarla otros, entre ellos Silva Sánchez, “sociedad de la inseguridad”. Así, afirma Silva Sánchez que “la seguridad se ha convertido en una pretensión social a la que se supone que el Estado, y en particular el Derecho Penal, debe dar respuesta” (2001, p. 123). Ello provoca una diferente y creciente respuesta del poder punitivo del Estado que suele traducirse, en los más de los casos, en incremento de disposiciones penales. Quizás sea pronto para verter una idea que, no por conocida, es siempre tenida en cuenta y es que el Código Penal, un Código Penal, es simplemente una de esas normas, la más importante, que refleja el orden valorativo de una determinada sociedad debiendo pretender, como frontispicio, expresar el orden de valores y sensibilidades dominantes en la sociedad y ello presidido por los principios de intervención mínima, de modernidad, de adecuación a la realidad social circundante y de resocialización del infractor, todo ello desde la idea matriz de que el Derecho Penal debe ser, en vez de una forma de venganza social, un medio de corrección y reencauzamiento de las conductas sociales desviadas.

Hablamos de respuesta del Estado y, ésta, solo podrá ser certera si conoce, de un lado, la realidad criminal y, de otro, sabe articular los mecanismos de política criminal para frenarlos y recuperar para el cuerpo social a los transgresores.

En la raíz misma del problema, ya lo decíamos anteriormente, se encuentra el papel del Derecho Penal y qué se espera de él, pues lo único cierto es que el Derecho Penal, por los impactos negativos e irreversibles que sus instrumentos producen en los bienes fundamentales de la persona, ha de minimizar la respuesta jurídico penal, tal como ocurre, por ejemplo, en materia de terrorismo, como ha puesto de manifiesto Campo Moreno (2015).



En buena medida, la presente formulación supone la consagración de las notas clásicas de subsidiariedad y fragmentariedad, derivándose las mismas, de la función que el Derecho Penal está llamado a cumplir y del impacto negativo e irreversible que sus instrumentos producen en los bienes fundamentales de la persona. Subsidiariedad que sugiere a los poderes públicos un uso parco y cauto de los gravosos resortes penales, y ello, porque el Estado dispone de otros medios eficaces y de menor coste social y, fragmentariedad, en el sentido de que el Derecho Penal no protege todos los bienes jurídicos, sino nada más que los fundamentales y sólo frente a los ataques más intolerables que pueda amenazarles. Un uso o recurso "fácil" al Derecho Penal eliminará ramas del ordenamiento jurídico tan importantes como el Derecho Administrativo sancionador

Sin embargo, ya lo decíamos, hoy las sociedades viven un repliegue sobre el Derecho Penal y este repliegue, como afirma Garapone (1997), confirma un doble fracaso: el de las regulaciones sociales intermedias como la familia, el barrio o el trabajo, y el de las soluciones, cuando la Justicia penal sigue conservando la cárcel en el centro de su dispositivo.

Tampoco les diré nada nuevo y que no sepan si expongo que existe una suerte de reflejo condicionado de la opinión pública en el ámbito del Derecho Penal que se manifiesta en la reacción ante los casos de corrupción más frecuentes y llamativos. De forma que surge, inevitablemente, la idea de recurrir al Derecho Penal y si es posible, elevar las penas, de las que, no pocas veces, se hace eco el legislador. Y, algo rotundo hay que decir desde ahora, por ese camino quiebra la eficacia de todo sistema punitivo, que se basa en la idea de que al orden de las infracciones, según su intensidad, ha de corresponder el de las sanciones, según su gravedad. Un sistema penal que sanciona lo más grave con la misma pena que lo menos grave provoca más delitos de los que trata de conjurar. No es de la gravedad de las penas, sino de su proporcionalidad, y de la seguridad de su aplicación, de lo que depende la eficacia de un sistema penal.

Al Derecho Penal le pedimos que aporte respuestas funcionales, esto es, que no obstene al funcionamiento de la sociedad tal como ésta se autocomprende.

Y un segundo elemento, éste sí novedoso, son los programas de cumplimiento de normas penales y su posible obligatoriedad para el mundo de la empresa, entendido éste en el más amplio sentido, incorporando, incluso, los partidos políticos, en cuanto actúan en el tráfico mercantil. Algunos precedentes de lo que decimos pueden contemplarse en algunos memorándums norteamericanos (como el “Thompson Memorandum”, “McNulty Memorandum” y “Filip Memorandum”), en el “US Federal Sentencing Guidelines for Organizations, la UK Bribery Act 2010 (en vigor desde el 1 de julio de 2011), el IDW Prüfungsstandard den Inhalt freiwilliger Prüfungen von Compliance Management Systemen (IDW EPS 980 / CMS-Prüfungen alemán), el Decreto Legislativo italiano n. 231, de 8 de junio de 2001, y, por último, la Ley chilena nº 20.393 de 2009, en vigor desde 2 de diciembre de 2009.

Hablamos de un compromiso con la sociedad y la transparencia. Es el camino hacia un modelo de organización, administración y supervisión para prevenir delitos. Nuestro camino legislativo viene jalonado por la ley orgánica 5/2010 (BOE nº 152, 23/06/10) de la reforma del código penal de 1995 y por la ley orgánica 7/2012 (BOE nº 312, 28/12/2012) de la reforma del código penal de 1995.

Actúan en dos frentes: el preventivo y el reparativo. Las manifestaciones y actuaciones son tan variadas como las que, a continuación, se señalan: confesar la infracción a la autoridad; colaborar en la investigación del hecho criminal; reparar el daño causado; haber establecido antes del comienzo del juicio oral medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica o el partido político.

En suma, se trata de ir hacia la conformación de políticas destinadas a prevenir la comisión de delitos, robustecimiento del papel constitucional de la administración y la empresa en pro de los principios rectores de nuestra vida económica y social,

sin excluir, el de los partidos políticos como vertebradores del pluralismo político (art. 6 Constitución). Estamos asistiendo a una suerte de negociación entre partidos para conformar Gobierno estable. Lo vimos en el acuerdo entre el PSOE y Ciudadanos en la XI legislatura, y lo vemos en la XII entre el PP y Ciudadanos. En esos Acuerdos siempre hay un capítulo para lo que se denomina “Regeneración democrática”.

## 10. Conclusión

Concluyo con las palabras que pronuncié en el Congreso de los Diputados en la sesión plenaria del 15 de marzo de 2016. “Termino, *Señorías*. No nos deseo suerte, pero no me entiendan mal. Creo que la suerte tiene un componente de azar que ahora ya no nos podemos permitir. Estamos obligados a liderar esa demanda de cambio, creémosla y buscar consensos, pues solamente así, la política recuperará *el terreno perdido* y nuestro sistema político recuperará su fortaleza.

Recuperar, en suma, la pasión *por la democracia entre la ciudadanía* y, con ello, la credibilidad perdida ante la sociedad. Reformar nuestras leyes y nuestro funcionamiento para que la política recupere afectos y adhesiones. Reformar el funcionamiento de nuestras instituciones para que sean abiertas, participativas y transparentes, y devolver así la confianza a los ciudadanos en la democracia”.

## Referencias bibliográficas

ARAGÓN, M. (2008). En Casas, M.E.; Rodríguez y Bravo; M. (dirs.) *Comentarios a la Constitución española, XXX Aniversario*. España: Fundación Wolters Kluwer.

ARISTÓTELES (1873). *Política*. Madrid: Azcárate.

BYUNG, H. (2013). *La sociedad de la transparencia*. Barcelona: Herder.

CAMPO, J.C. (2015). *Comentarios a la reforma del Código Penal en materia de terrorismo: la L.O. 2/2015*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

CEREZO, J. (1975). Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo. III Jornadas de catedráticos y profesores agregados de Derecho Penal, Universidad de Santiago de Compostela. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2788179>

GARAPONE, A. (1997). *Juez y Democracia*. Barcelona: Flor del Viento.

GONZÁLEZ, G. (2016). Algunos números sobre transparencia y regeneración democrática, *Notario*, Revista del Colegio Notarial de Madrid. Disponible en <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-68/espana-en-datos/6778-algunos-numeros-sobre-transparencia-y-regeneracion-democratica>.

KLITGAARD, R. (2000). *Contra la corrupción*. Finanzas & Desarrollo, pp. 2-5. Disponible en <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/2000/06/pdf/klitgaar.pdf>

LEVINAS, E. (1993). *Entre nosotros. Ensayos para pensar en el otro*. Valencia: Pre- Textos.

PÉREZ, J. (2010). *Estado y Constitución*. Madrid: Marcial Pons.

SILVA, J.M. (2001). *La expansión del Derecho Penal*. Bilbao: Ed. Civicas.

SUTHERLAND, E. (1923). *Criminología*. Chicago: Lippincott.

SUTHERLAND, E. (1939). *Principios de Criminología*. Chicago: Lippincott.

TOURNIER, M. (1967). *Viernes o los limbos del Pacífico* (Vendredi ou les limbes du Pacifique) (se utiliza la edic. de Alfaguara, 1992).

VALLÉS, J. M. (2012). *Ciencia Política: una introducción*. Barcelona: Ariel.