

UN ANÁLISIS SOBRE LA CALIDAD DEMOCRÁTICA DE LOS PACTOS Y DE LAS MEDIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN

Ubaldo Nieto de Alba
Ex-Presidente del Tribunal de Cuentas

RESUMEN

Frente a esa consideración de que la corrupción no es sistémica, el autor sostiene que existe un ámbito sistémico de la corrupción, donde la calidad democrática de las medidas a tomar debe basarse en pactos y acuerdos que, asentados en el diálogo y la negociación, incorporen principios éticos compartidos.

1. EL PARADIGMA CONTRACTUALISTA DE LA POLÍTICA.

El nuevo multipartidismo surgido de las elecciones del pasado 20 de diciembre ha heredado, además de una crisis económica, en proceso de recuperación, una crisis institucional, afectando a nuestro modelo constitucional el problema de la lucha contra la corrupción. A este respecto, las medidas que se han venido tomando acusan cierta falta de calidad democrática, pues la política aparece conceptualizada más como un conjunto de relaciones de poder que como intercambio voluntario, en contra del planteamiento defendido por el denominado paradigma contractualista de la política, según el cual la calidad democrática se basa en pactos y acuerdos voluntarios, alcanzados mediante el diálogo y la negociación. Se trata de asentarse en la cultura del pacto, la que no practicó el viejo bipartidismo en las dos elecciones anteriores a las del 20 de diciembre pasado.

Así, a pesar de que en las elecciones de 2008, al haber mostrado ya la crisis financiera su gravedad, se requería, como lo expresaba en mi artículo “Tiempo y clima económico” (El Mundo 8-2-2008), que los partidos políticos asumieran la obligación, cualquiera que fuera la oferta ganadora, de llegar a un pacto que permitiera afrontar los efectos de la crisis, tuvimos que constatar cómo, en mayo de 2010, el PSOE hubo de adoptar medidas contrarias a las previstas en su programa electoral. Asimismo, en las segundas elecciones de 2011, cuando la crisis económica ya había dejado constancia de sus fuertes efectos sobre la actividad económica y el empleo, haciendo todavía más necesario este pacto, los partidos políticos volvieron a acudir con sus respectivos programas de gobierno y, la opción ganadora, el PP, también tuvo que asumir medidas antiprograma electoral en 2012.

Pero hoy, a la todavía gravedad de la crisis económica, se le une una crisis institucional que, afectando el principio de equidad-solidaridad a nivel horizontal sobre el que se asienta el modelo ético-social de nuestra pacífica convivencia socioeconómica, estos pactos y acuerdos de naturaleza contractual, como lo fueron en su día los Pactos de la Moncloa, ya no puedan segregarse de un nuevo gran Acuerdo de naturaleza constitucionalista, para el que ya no valen determinadas hojas de ruta previas, como la del anunciado federalismo asimétrico. Tenemos el ejemplo del proceso que nos condujo a la Constitución Española de 1978 que, presidido por la voluntad por llegar al Acuerdo, en su materialización se iban identificando principios y valores democráticos compartidos que permitían legitimar las opciones y acciones a seguir, hasta alcanzar el gran Acuerdo, lo que constituye la Razón de la Norma del paradigma constitucionalista.

La Constitución Española, como en toda democracia, constituye un entramado institucional, dentro del cual se encuentra el modelo de control cíclico de los gastos e ingresos públicos que, empezando por el control parlamentario del presupuesto inicial, pasando por el control interno

dependiente del propio Ejecutivo, y por el control externo del Tribunal de Cuentas, finaliza con el control parlamentario del presupuesto final, de su ejecución y liquidación y de la gestión de la actividad económica del sector público. A ello hay que añadir que, como todas las modernas Constituciones, la Constitución Española no es solo un marco jurídico, sino también un marco ético, que abarca todos los ámbitos de la vida social, política e institucional, y en el que la defensa de la legalidad constitucional por medios políticos es también la defensa de los valores y principios éticos a través de normas y reglas de juego, basadas en pactos y acuerdos voluntarios. Se obtiene, de este modo, la requerida calidad normativa, que también supone una mayor calidad democrática pues, cuando las normas incorporan principios éticos y valores colectivos, inciden en el comportamiento moral de todos los agentes relacionados con el uso de los recursos públicos.

2. CALIDAD NORMATIVA Y CALIDAD DEMOCRÁTICA.

Centrándonos ya en el tema de la corrupción, las medidas que se han venido tomando, partiendo de que la corrupción no está generalizada en la sociedad y no es sistémica, han estado más encaminadas a la búsqueda de inmunidades y comportamientos morales individuales que a eliminar, por falta de calidad normativa, dos zonas de impunidad perfectamente identificables: La primera, vinculada con la gestión y control de los recursos públicos, y la segunda, la que se corresponde con el comportamiento y financiación de los partidos políticos. El compromiso por superar estas zonas de impunidad haría que el debate político girara más sobre pactos y acuerdos encaminados a mejorar la calidad democrática de las medidas contra la corrupción, que sobre las reiteradas comparaciones del “tú más”, pues el origen del problema está en la raíz del propio sistema y en los valores éticos que lo conforman.

En el ámbito de la primera zona de impunidad mencionada, relativa a la gestión y control de los recursos públicos, la carencia de la debida calidad normativa no ha permitido identificar y exigir responsabilidades contables a los gestores públicos, propiciando la aparición de los casos más significativos de corrupción. En este contexto, cabe mencionar la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas de 1982, que configuraba los dos ámbitos, el fiscalizador y el de una jurisdicción contable eficaz. Esta función jurisdiccional, al mismo tiempo que potenciaba la función fiscalizadora, haciendo que el control cumpliera su función preventiva, impulsaba, por razones de inmediatez y especialidad técnica, la depuración de las responsabilidades contables, consiguiendo el pronto resarcimiento del daño causado al Tesoro Público, en todos aquellos supuestos en los que, por acción u omisión por actos contrarios a la Ley, se hubiera causado menoscabo de los caudales públicos.

No obstante, este planteamiento inicial fue posteriormente alterado por la Ley de Funcionamiento de 1987 de dicha Institución, todavía vigente, al dejar reducido el ámbito de aplicación de la jurisdicción contable al incumplimiento de las leyes reguladoras del régimen contable y presupuestario que le fueren aplicables, lo que supuso una pérdida de calidad normativa, que propició la conocida huida del derecho administrativo y presupuestario de entidades y organizaciones del sector público, especialmente en los ámbitos autonómicos y local, sirviendo de vehículo para transferir fondos públicos que son gestionados con un elevado grado discrecionalidad.

A estos fondos se les sustrajeron los debidos controles de gestión y se les privó de una jurisdicción contable eficaz que, además del pronto resarcimiento del daño causado, redundara en una clarificación de los hechos, cuando estos entrañan responsabilidades objeto de la jurisdicción penal, por prevaricación, malversación de caudales públicos, apropiación indebida, falsedad en documento público, delitos contra la Hacienda y la Seguridad Social, entre otros motivos.

Tal como figura en los diarios de Sesiones de la Comisión Mixta Congreso-Senado para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, esta Institución ha venido reiterando en sus informes de fiscalización: a) Falta de objetivos definidos y de indicadores para medir la eficacia en la organización y la eficiencia en la gestión de los servicios; b) Carencia de controles internos y protocolos de

actuación (por ejemplo, en la concesión y justificación de las subvenciones públicas); c) Irregularidades que no son ilegalidades por no estar pautada la gestión ni tipificada la responsabilidad o por no infringir las leyes presupuestarias; d) Gestiones de entes y sociedades en ámbitos de discrecionalidad, que dificulta tipificar los ilícitos contables e, incluso, los penales, e) Gestión de entes “paraguas” y grupos de sociedades que sirven de vehículo para transferir a sus presupuestos fondos que, además de financiar actuaciones antieconómicas, han constituido una de las mayores fuentes de corrupción. Todo ello, sin que, a la vista de las recomendaciones contenidas en los informes del Tribunal de Cuentas sobre esos fallos de gestión que demandan cambios normativos de organización, se hayan adoptado iniciativas legislativas, como prevé el artículo 87 y siguientes de la propia Constitución, encaminadas a crear o modificar modelos de organización, pues el Estado de derecho requiere algo más que respetar y hacer respetar la Ley, pues eso sería minimizarlo. Exige crear normas, más como algo que se descubre que como algo que se promulga.

En relación con los supuestos delitos de malversación que están hoy en los tribunales, es preciso diferenciar adecuadamente aquellos en los que se ha producido una indebida apropiación particular y aquellos que responden a un mal uso de los recursos públicos, en los que las responsabilidades políticas también están presentes por la falta de iniciativas encaminadas a mejorar la calidad normativa, que también supone una mayor calidad democrática y que es responsabilidad de todos los partidos.

En cuanto a las responsabilidades *in eligendo* o *in vigilando*, también cabe señalar que, cuando los gestores públicos no tienen que asumir preventivamente las responsabilidades de su gestión, en su selección puede primar más su aproximación al poder que su competencia profesional, lo que también incide en un desplazamiento de la necesaria lealtad institucional del gestor hacia otras lealtades, incluidas las partidistas, originándose una pérdida de calidad de importantes intangibles del sector público, como el capital humano, el capital estructural y capital relacional. A este respecto, mientras los posibles errores, abusos o responsabilidades administrativas y contables de los gestores no se identifiquen y se exijan en su respectivo ámbito jurisdiccional y, por el efecto del constante recurso a la mayoría imperante, se diluyan en el ámbito político, el funcionamiento institucional se erosiona y el discurso político se degrada, afectando a su credibilidad y a su aceptación social.

En aquellas situaciones de corrupción relacionadas con la crisis bancaria, también es posible detectar falta de calidad normativa en el actual modelo de organización y supervisión financiera. En este sentido, el ámbito organizativo sigue integrado por tres supervisores que, salvo refugiarse en sus respectivos ámbitos competenciales, no han sabido responder a una coordinación efectiva en los casos de las llamadas preferentes o en la salida a bolsa de *Bankia*, por no mencionar más situaciones. Asimismo, en el ámbito de la supervisión, la carencia de procedimientos normados y contradictorios y la discrecionalidad en la tramitación de los expedientes de inspección, no han permitido identificar y exigir responsabilidades a los gestores que habían comprometido la solvencia de sus entidades, especialmente en el caso de las cajas de ahorro. La complejidad técnica, con la que se encuentran hoy los jueces en los procesos penales abiertos, que les obliga a recurrir a pericias judiciales en las que basar las sentencias, está poniendo de manifiesto y confirmando la mencionada falta de calidad normativa en la organización y en los procedimientos de supervisión de este sector.

Las decisiones tomadas en estos ámbitos de una discrecionalidad siempre influenciable, suscitan dudas de si las mismas han estado ajustadas a derecho y de si pueden entrañar alguna responsabilidad para las autoridades que las han adoptado; e, incluso, si admiten plantear la responsabilidad subsidiaria del Estado. Estas circunstancias sitúan a estos procesos en un ámbito en el que, si ya las fronteras entre la ilegalidad y los vicios con sanción penal son difusas, las gestiones se han realizado con un elevado margen de discrecionalidad, sin que previamente hayan sido depuradas las responsabilidades de gestión en sus correspondientes ámbitos de control, lo que hace que resulten todavía más difusas esas fronteras, aun teniendo en cuenta la sentencia de Tribunal Supremo

matizando que la prevaricación es “a sabiendas de que la resolución es injusta”.

A esta carencia de la calidad normativa tampoco son ajenas determinadas apreciaciones subjetivas de consideraciones morales que, cuando se formulan por quienes han de aplicar las leyes, pueden llegar a desbordar, no solo su contenido ético, sino también su respectivo ámbito competencial. En este sentido, cabe mencionar alguna sentencia por prevaricación y que recoge la consideración, expresada por el juez de que “Hacienda somos todos”, cuando para él “Hacienda” es solo lo que diga la ley; así como la de otro juez que manifestaba que el sistema de tarjetas *Black* “escapa a las normas del sentido común y a la lógica empresarial”, consideraciones y valoraciones que caen dentro del ámbito de los controles de gestión.

3. LA TRANSPARENCIA, DE PRINCIPIO ÉTICO A PRINCIPIO LEGAL.

En todas las medidas que se están proponiendo siempre está presente la mayor transparencia, de acuerdo con la *Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno* (19/2013) ya aprobada. Esta ley perseguía un triple objetivo: considerar la transparencia en la actividad pública como un derecho, reconocer y garantizar el acceso regulado a la información como un derecho de amplio ámbito subjetivo y objetivo, y establecer obligaciones de buen gobierno de los responsables públicos y las consecuencias derivadas de su incumplimiento. El controlador del cumplimiento de estas obligaciones es el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

Por Decreto se aprobó su Estatuto, y se creó una Comisión de Transparencia y Buen Gobierno de la que formarán parte, en consonancia con lo previsto en la Ley, además de otros miembros, un Diputado, un Senador y un miembro del Tribunal de Cuentas. Este nuevo Organismo queda adscrito al Ministerio de Hacienda y de Administraciones Públicas y, por tanto, sometido al Plan General de Contabilidad Pública y, en su actividad contractual, al Texto Refundido de la Ley de contratos del sector público. Así, además de al control de la Intervención General de la Administración del Estado, está sometido al control externo del Tribunal de Cuentas, cuyos informes técnicos terminan en el Parlamento, resultando un tanto paradójico que estos Órganos constitucionales, en su carácter técnico y parlamentario, tengan miembros en un Organismo de la Administración objeto de su control

La transparencia siempre ha sido un principio ético de buena gestión, y de lo que se trata es que este principio ético pase a ser un principio legal con derechos y obligaciones. Pero las medidas que se han tomado han puesto más énfasis en saber dónde se gasta el dinero público que en conocer cómo se utiliza; es decir, cómo se gestiona, que es precisamente el ámbito en el que se han aflorado la mayoría de los casos de corrupción.

En el ámbito de la gestión, la efectividad de la transparencia exige que se instrumente en actos y documentos susceptibles de comprobación, lo que requiere cierta confidencialidad, que la misma ley señala como limitación al derecho al acceso a la información; así como en la elaboración de informes que llevan a cabo los Órganos de control, sobre los que recae, a su vez, la responsabilidad de la transparencia de estos informes. Precisamente, entre estos informes ha de incluirse el que el Tribunal de Cuentas haya de elaborar sobre este nuevo Organismo, en el que, a su vez, está permanentemente presente a través de su representante en la citada Comisión de Transparencia y Buen Gobierno. Esta situación revela hasta qué punto el aspecto más importante de la transparencia, referido a cómo se gestionan los recursos públicos, en el que, como se ha mencionado, se han materializado los mayores casos de corrupción, ha estado ausente en la configuración legal, primera zona de impunidad, de este nuevo Organismo, cuya existencia, por otra parte, se estima innecesaria por tener atribuidas unas funciones que deberían estar asumidas directamente por el Poder Ejecutivo en el cumplimiento de la Norma.

4. EL COMPORTAMIENTO ÉTICO DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS.

Pasando al ámbito de la segunda zona de impunidad, la relacionada con el comportamiento y la financiación de los partidos políticos, esa pretendida calidad normativa, que también supone una mayor calidad democrática, requiere considerar que los partidos políticos constituyen un ejemplo de los límites de someter la política al derecho. En una sociedad abierta, en la que la ética política condiciona la ética de todos los agentes sociales, el comportamiento ético, la llamada ejemplaridad de los partidos políticos, no puede quedar constreñido al ámbito de las responsabilidades éticas contenidas en leyes, como las de su financiación, que ellos mismos elaboran y que, hasta cierto punto controlan, al hacerse presentes, como fiscalizados por el Tribunal de Cuentas, en el cierre, en sede parlamentaria, del ciclo del control democrático.

La financiación pública y la actual normativa electoral de listas cerradas y bloqueadas, según la cual se eligen partidos y no personas, propician que los partidos políticos sean organizaciones centralizadas y jerarquizadas, en las que impera el llamado silencio moral, colonizador de cualquier iniciativa que emane de sus bases, impidiendo un proceso ascendente de información e influencia, capaz de impregnar, a todos los niveles de la organización, de nuevos valores y comportamientos éticos que surgen de la sociedad a la que representan. Estas circunstancias también inciden en el cierre del ciclo de su control democrático, pues los parlamentarios del partido que gobierna, por disciplina de voto, terminan apoyando a los gestores de su partido que demandan poco control, lo que va en contra de la mejor gestión y control que demandan sus propios votantes. Estas situaciones están contribuyendo a generar el “gap” de calidad democrática que caracteriza hoy a nuestro Estado democrático y de derecho.

Los partidos políticos son organizaciones sociales con relevancia constitucional, pero no forman parte del ámbito organizativo del Estado ni son sector público. Sin embargo, están sometidos a la fiscalización del Tribunal de Cuentas e, incluso, en las sucesivas reformas legislativas que han alcanzado a las propias Leyes Orgánica y de Funcionamiento del Tribunal, a través de la configuración de faltas, sanciones y procedimientos, se otorgan al Tribunal competencias sancionadoras, lo que supone una desnaturalización de la propia Institución, y donde la fiscalización de una reducida parte del gasto público, como es, en términos relativos, la destinada a subvencionar a las formaciones políticas, termina afectando a su credibilidad en la fiscalización de todo el sector público. En este contexto, se estima que, al igual que en otros países de nuestro entorno, esta competencia no debería estar residenciada en el Tribunal de Cuentas.

Por otra parte, puestos a considerar a los partidos políticos como parte del sector público, se hubiera ganado calidad normativa simplemente con esa modificación, ya señalada, de la Ley de Funcionamiento, donde los partidos políticos quedarían sometidos a las responsabilidades contables, por actos contrarios a la Ley de financiación, pues actualmente, al no estar sometidos a las leyes presupuestarias, no se les puede someter a las responsabilidades contables en coherencia con esta aproximación al sector público. Máxime, teniendo en cuenta el avance que supuso, en materia de identificación de responsabilidades, la introducción del artículo 14 bis de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, regulando la figura del “responsable de la gestión económico-financiera del partido”, al que se atribuyen, además de las funciones propias, como la elaboración de las cuentas anuales y su presentación ante el Tribunal de Cuentas, todas las relativas a la gestión económico-financiera de la organización política, incluida la ordenación de sus gastos y pagos.

Pero las formaciones políticas tampoco son estrictamente Sector privado y las subvenciones y donativos que reciben, salvo las electorales, no son finalistas, lo que hace que, a diferencia de cualquier organización que reciben donaciones y gozan de exenciones en razón a sus objetivos, no estén claramente sometidos al Impuesto de Sociedades. Esta mayor cercanía al sector privado supone,

además de una contradicción con su aproximación al sector público, un mayor alejamiento de ese principio que conlleva a respetar los límites de la aplicación del derecho a los partidos políticos.

5. LOS LÍMITES DE LAS LIBERTADES RESPONSABLES.

Hoy urge un Pacto contra la corrupción, encaminado a mejorar la calidad normativa, que también supone calidad democrática, con medidas más preventivas que curativas, que, al obligar a los gestores públicos a ser más cuidadosos con las formas y los procedimientos sin incurrir en responsabilidades de gestión, eviten esas sospechas de corrupción generalizada que se ciernen hoy sobre toda la clase política.

Ha de remarcarse que a estas sospechas no son ajenos, tampoco, esos medios de comunicación que, por intereses de grupo, al poner por delante el negocio de la opinión al de la información, contribuyen a esos juicios paralelos, donde la libertad de expresión rebasa los límites de una libertad responsable, incurriendo en situaciones más propias de una sociedad en la que, por encima de cualquier otra forma de conocimiento, se reconoce y valora más a los que la divierten, la mal informan e, incluso, la intoxican, que a aquellos que la sirven, la forman y la bien informan, incurriendo en lo que Vargas Llosa llama la banalización de la cultura.

Es una necesidad urgente que ese anhelado pacto contra la corrupción detenga la progresiva destrucción psicológica de la fibra moral de una sociedad que ha ido perdiendo confianza en la clase política, pérdida de confianza a la que han contribuido los propios partidos políticos, especialmente mediante las reiteradas declaraciones y debates del “tú más”. Como ejemplos de estas actuaciones, puede señalarse que, cuando un partido sale en defensa de alguno de sus imputados por un delito de malversación, no por apropiación sino por mal uso, propiciado por esa falta de esa calidad normativa ya reseñada que es responsabilidad de todos los partidos, otro partido se hace presente en el proceso judicial, ejerciendo la acusación particular. Y, lo que todavía es peor, cuando en un debate preelectoral, se llega a calificar al adversario político de persona indecente por posibles responsabilidades políticas in vigilando en la financiación de su partido, no se tiene en cuenta su propia responsabilidad en esa falta de calidad democrática y en el nivel ético de las medidas que se han venido tomando contra la corrupción y sobre la financiación de los partidos políticos.

En este Pacto, encaminado a mejorar la calidad democrática y el nivel ético de las medidas a tomar, se requiere asumir el paradigma contractualista de la política, lo que no se corresponde con los planteamientos de Podemos que, al situarse fuera del sistema, está más próximo a la conceptualización de la política como relaciones de poder que como intercambio voluntario, propio de un orden democrático.

Este trabajo está basado en las ideas contenidas en el libro: Ética, política, economía y control. El caso de los partidos políticos. (Editorial 2010. Madrid 2014) del mismo autor.