

39

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

S PROVIDE ET PRO

Revista

Enero 2017

39

Revista Penal

Penal

Enero 2017



Revista Penal

Número 39

Sumario

Doctrina:

- Caso *Rwabukombe*: interpretación del Tribunal Supremo Federal alemán de la (co)autoría y la intención de destruir en el genocidio, por *Kai Ambos* 5
- Política criminal y terrorismo en el Reino de España: ¿tiempos nuevos o *déjà vu*?, por *David Castro Liñares* 16
- Sobre la delimitación entre el delito de blanqueo de capitales del art. 301.1 CP y la participación por título lucrativo del art. 122 CP: una primera aproximación, por *Juana del Carpio Delgado* 31
- Revisión crítica de los presupuestos, carácter y alcance de la pena de inhabilitación profesional en el CP español: referencia especial a la inhabilitación profesional médica, por *Javier de Vicente Remesal* 50
- A vueltas con el bien jurídico protegido en el art. 290 CP, por *Paz Francés Lecumberri* 66
- Artículo 76.2 CP: una evolución jurisprudencial aún inacabada, por *Manuel Gallego Díaz* 78
- Responsabilidad penal y responsabilidad política: elementos para la diferenciación y la confluencia, por *Mercedes García Arán* 95
- ¿Es posible la comisión imprudente del delito de falsificación de documentos públicos cometido por funcionario? Hacia una clarificación del tipo subjetivo del artículo 250 CP cubano, por *Dayan G. López Rojas* 113
- La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos, por *Elena Núñez Castaño* 125
- El derecho de la víctima a ser informada en el sistema penal español, por *Natalia Pérez Rivas* 154
- Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos en el Código Penal de 2015: artículos 197, 197 bis, 197 ter, 197 quáter, 197 quinquies y 198, por *María del Valle Sierra López* 174
- Los círculos restaurativos como complemento de la justicia, por *Rocío Zafra Espinosa de los Monteros* 200

Sistemas penales comparados: La administración desleal de patrimonio ajeno (Embezzlement) 216

Jurisprudencia: Un nuevo despropósito jurídico en el caso *Prestige*: ahora el Tribunal Supremo (comentario a la STS nº 865/2015, Sala Segunda, de lo penal, de 14 de enero de 2016), por *Carlos Martínez-Buján Pérez* 256

Noticias: VIII Foro Internacional sobre Delincuencia y Derecho Penal en la Era Global (Beijing- octubre 2016), por *Miguel Abel Souto* 284



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad de Salamanca

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Enzo Musco. Univ. Roma
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecosas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
José Luis González Cussac. Univ. Valencia	Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Jia Jia Yu (China)	Frederico Lacerda da Costa Pinto (Portugal)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Elena Núñez Castaño (España)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Luigi Foffani (Italia)	Pamela Cruz (Uruguay)
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)	

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.



Responsabilidad penal y responsabilidad política: elementos para la diferenciación y la confluencia

Mercedes García Arán

Revista Penal, n.º 39 - Enero 2017

Ficha Técnica

Autor: Mercedes García Arán

Title: Criminal responsibility and political responsibility: criteria for differentiation and coincidence

Adscripción profesional: Catedrática de Derecho Penal (Universidad Autónoma de Barcelona)

Sumario: 1. La delimitación conceptual: sobre su necesidad y su dificultad. 2. Algunas ideas de partida: 2.1: Fundamento y fines: la comparación con la responsabilidad penal. 2.2. Clases: responsabilidad política institucional y responsabilidad política difusa. 3. Los sujetos: responsables políticos, electores y partidos políticos. 4. Los presupuestos: responsabilidad política por hechos propios o ajenos. La cuestión de la relación con el cargo.-4.1 Responsabilidad por hechos propios o ajenos. 4.2 Hechos no tipificados. 4.3. La cuestión de la relación con el cargo. 5. La responsabilidad objetiva, ¿hasta dónde? Sobre la virtualidad de los conceptos de *culpa in eligendo* y *culpa in vigilando*. 5.1 ¿Parentesco con la responsabilidad civil? 5.2. Recapitulación: la interdicción de arbitrariedad como límite a la responsabilidad política objetiva. 6. Convivencia e interferencias entre responsabilidad penal y responsabilidad política. 6.1. Sobre el concurso de responsabilidades. 6.2. Responsabilidad política y prueba de la responsabilidad penal. 6.3 La repercusión de la condición de investigado en su posición política.

Resumen: Se analizan las diferencias estructurales entre la responsabilidad política y la responsabilidad penal, especialmente en cuanto a su fundamento y sus fines. El carácter objetivo de la responsabilidad política, también por hechos ajenos, lleva a plantear algunos límites a partir de la comparación con la culpa civil extracontractual, con la que comparte algunos elementos. Sin embargo, el principal límite debe ubicarse en la prohibición constitucional de arbitrariedad. Se analizan también las relaciones entre ambas clases de responsabilidad cuando concurren en un mismo sujeto.

Palabras clave. Diferencias entre responsabilidad penal y política. Límites a la responsabilidad política. Concurrencia de responsabilidad penal y política

Abstract: Structural differences between political responsibility and criminal responsibility are analyzed, especially regarding their grounds and purposes. The fact that political responsibility is strict, even for others actions, moves us to consider some limits to it based on the criteria used for assessing tort liability. However, the main limit is to be drawn from the constitutional ban on arbitrariness. Finally, relationships between both kinds of responsibility are also analyzed in case they coincide on the same person.

Key words: differences between criminal and political responsibilities; limits to political responsibility; coincidence between criminal and political responsibilities.

Observaciones: Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación del Plan Nacional de I+D (referencia DER2014-52890-R), «Responsabilidad penal y política, individual y colectiva en los partidos políticos», del que la autora es investigadora principal.

Rec: 10-10-2016 **Fav:** 16-11-2016

A Santiago Mir Puig

1. La delimitación conceptual: sobre su necesidad y su dificultad

Cuando se discute, con mayor o menor solvencia, sobre las eventuales responsabilidades de personas que ocupan cargos públicos, es frecuente la apelación a la existencia de responsabilidad política como algo diferenciado de las responsabilidades jurídicas, especialmente las de carácter penal. Constatado lo anterior, podría afirmarse que no resulta necesaria una mayor definición, habida cuenta que ambos conceptos se manejan cómodamente como distintos sin necesidad de profundizar más allá de la caracterización negativa de la responsabilidad política: es aquella que *no* es jurídica.

Por otra parte, el frecuente manejo de estos conceptos en el debate político público, contrasta a veces con el confusionismo sobre su alcance. Citemos sólo dos de los errores en que incurrirán más frecuentemente los cargos públicos a quienes se demanda responsabilidad política: bien se alega desconocimiento sobre los hechos ocurridos bajo su cargo («yo no lo sabía»), bien se remite la respuesta al momento en que exista una solución jurídica formal («primero deben pronunciarse los jueces»). Obsérvese que con ello se apela a garantías propias de la responsabilidad penal, esto es, la exigencia de dolo (o imprudencia en determinados casos), y la presunción de inocencia.

Debería estar asumido que ninguna de las dos afirmaciones debe impedir —ni siquiera detener— la responsabilidad política del interpelado, precisamente porque son alegaciones propias de aquel a quien se exigen responsabilidades jurídicas, no políticas. Por otra parte, el confusionismo conduce al conocido fenómeno por el cual se *judicializa* la política, esto es, se desplaza al terreno de lo legal y la comprobación de la legalidad, aquello que debería ser objeto de debate político desde la perspectiva de la oportunidad, la eficacia o la discrecionalidad, con el efecto de convertir a los jueces en actores del debate político, claramente perverso para la división de poderes.

La búsqueda de claridad conceptual siempre que se habla de responsabilidades, se orienta también a evitar dicha judicialización, esto es, a evitar que las controversias políticas se desplacen a ámbitos que no les son propios, con el consiguiente riesgo de contaminarlos con perspectivas que, aun siendo lícitas fuera del ámbito judicial, son claramente perjudiciales en éste.

Adelantemos que las dos cuestiones enunciadas (desconocimiento de los hechos y espera a la prueba judicial) presentan diferentes grados de complejidad que aquí intentaremos aligerar: el conocimiento de los hechos tiene una importancia menor puesto que la responsabilidad política —como veremos—, es de carácter objetivo, mientras que la apelación al pronunciamiento de los jueces apunta a la prueba de los hechos por los que se demanda responsabilidad política, lo que supone un problema que no puede liquidarse sin más con el carácter «no jurídico» de tal responsabilidad. En suma, el mayor problema se sitúa en zonas de confluencia de ambas clases de responsabilidades, especialmente agudo cuando en el mismo sujeto concurren hipotéticamente, responsabilidades políticas y penales.

Con ello apuntamos a la segunda cuestión enunciada en el encabezamiento de este apartado, esto es, la dificultad de delimitación conceptual, que, obviamente, se produce respecto de la idea de responsabilidad *política*, puesto que en cuanto a la responsabilidad penal no parece haber precisamente escasez de desarrollos académicos.

Ahí radica el principal escollo metodológico: para concretar la responsabilidad política, ¿hasta dónde hay que partir de las categorías clásicas elaboradas por la ciencia jurídica sobre la responsabilidad en general o sobre la responsabilidad penal en particular? Parece claro que debe descartarse *ab initio* el enfoque —o la tentación—, de trasladar al ámbito político las exigencias de definición, contenido, consecuencias etc. propias de la responsabilidad jurídico penal, porque si la responsabilidad política es «distinta», el objetivo no puede ser *juridificarla* hasta eliminarla como concepto autónomo.

Por tanto, nuestro punto de partida se sitúa en la búsqueda del equilibrio entre estos dos polos: en un extremo, la explicación genérica de la responsabilidad política como una exigencia de la democracia, lo que, siendo indudablemente cierto, apunta —como veremos—, al porqué de su exigencia pero no responde a cuestiones como su finalidad o su procedencia y, en otro, la ya descartada pretensión de alcanzar una suerte de juridificación que «codifique» los supuestos, las consecuencias y los procedimientos.

En ese buscado punto intermedio, habrá que decir por qué no son admisibles las excusas citadas más arriba sobre el desconocimiento de los hechos o la espera al pronunciamiento judicial, confusionismo con la responsabilidad penal que explica por qué las

peticiones de clarificación suelen proceder de los penalistas¹.

En definitiva, habrá que intentar explicar por qué la responsabilidad política no es jurificable, pero también por qué es exigible. Y ahí, es donde la teorización jurídica puede hacer aportaciones metodológicas, lo que no significa que se trasladen mecánicamente sus resultados: me refiero a plantear preguntas sobre el porqué y el para qué de la exigencia de responsabilidad política (legitimidad y finalidad), sobre en qué tipo de situaciones puede exigirse (su procedencia) o sobre los sujetos activo y pasivo de la exigencia, todo ello sin desdeñar *a priori* la utilidad orientadora que pueden reportar conceptos como la culpa *in eligendo* o *in vigilando*.

Por las razones apuntadas, no aspiramos a definiciones acabadas, sino a un cierto grado de precisión conceptual que permita una argumentación política más sólida que la actualmente existente y que evite remitir *toda* exigencia de responsabilidad política a las consecuencias electorales, sin duda importantes, pero claramente difuminadoras de las responsabilidades individuales.

2. Algunas ideas de partida

2.1. Fundamento y fines: la comparación con la responsabilidad penal

La idea de responsabilidad política se vincula al reproche formulado a un cargo político, por aquellos que le han otorgado su confianza, lo que se resuelve en el apartamiento del cargo mediante el cese o la dimisión. Ello la sitúa en el principio democrático por el que los políticos deben dar cuenta de sus acciones ante quienes les han elegido y aceptar la retirada de la confianza que se ha depositado en ellos. GARCÍA MORILLO explica sus orígenes como independización de la responsabilidad penal, por ejemplo, en la Asamblea Nacional constituyente francesa (13 de julio de 1789), y su atribución de responsabilidad *moral* a los ministros por «todos los males presentes y los que pudiesen seguir»². Así, el

reproche encuentra una sede distinta de la responsabilidad penal, cuyo proceso no sólo es inadecuado, sino que resulta incapaz de acoger la valoración genérica de la retirada de confianza al cargo político. El autor acabado de citar aporta una precisión en este sentido, que —con independencia de posteriores matizaciones—, no nos resistimos a reproducir:

«La responsabilidad política es, en realidad, un útil invento para evitar la enojosa alternativa de tener que seguir soportando a un incompetente o, en caso contrario, no tener otra salida que encarcelarle. Su fin es, por tanto, desembarazarse del político indeseado, cualesquiera que sean las causas, sin más trauma que ése, el de prescindir de él»³.

Situado el concepto en el principio democrático, la responsabilidad política tiene una expresión institucional más acabada en el régimen parlamentario, en tanto el poder ejecutivo emana de dicha sede y se regulan mecanismos como la moción de censura al que luego nos referiremos. DIEZ PICAZO sitúa la genuina responsabilidad política en el parlamentarismo, de manera que en el presidencialismo, al emanar el poder ejecutivo directamente del electorado, sólo resultaría autónomamente responsable frente a éste⁴. Entiendo que la genuinidad a que se refiere este autor radica en la existencia de mecanismos institucionales destinados a la exigencia de responsabilidad política por parte de los directos otorgadores de confianza —esto es, el Parlamento respecto del ejecutivo—, pero la responsabilidad política es imaginable también en el presidencialismo —aunque no sea «genuina», según la apreciación de Diez Picazo—, puesto que sistemas como el estadounidense contienen la institución anglosajona del *impeachment*, que posee el mismo fundamento, además de la responsabilidad frente al electorado que, según el mismo autor, siempre permanece. Por otra parte, tanto en uno como en otro tipo de régimen, la exigencia de responsabilidad política se extiende a otros casos de retirada de confianza como la del presidente del ejecutivo respecto de sus ministros.

Sin embargo, ello conduce a una última precisión en el plano que ahora nos ocupa: basándose la responsabi-

1 Así, considerando imperiosa la necesidad de distinguirlas, DE LA CUESTA ARZAMENDI, «La corrupción ante el derecho y la justicia», *Diario La Ley*, núm. 8153, 20 sept. 2013.

2 En el fundamental trabajo, que manejaremos repetidamente en estas páginas, GARCÍA MORILLO, J., «Responsabilidad política y responsabilidad penal», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 52, 1998, p. 86. Del mismo autor, versión reducida y de mayor carácter divulgativo: «La responsabilidad política», en *Claves de la razón práctica*, núm. 45, 1994, pp. 32 y ss.

3 GARCÍA MORILLO, J., «La responsabilidad política», cit., p. 34.

4 DIEZ PICAZO, *La criminalidad de los gobernantes*, Barcelona, Crítica, 1996. Aquí manejamos y recomendamos especialmente el capítulo titulado «Responsabilidad política y responsabilidad penal», disponible en <http://www.chasque.net/frontpage/relacion/anteriores/9703/responsabili.htm>

lidad política en el principio democrático de rendición de cuentas, ¿cabe hablar de responsabilidad política en las dictaduras? Desde luego, cabe hablar del autócrata que cesa a su subordinado porque ha perdido la confianza en él. Pero en nada más se parece a la responsabilidad política de la que estamos hablando: para empezar esa retirada de confianza no necesariamente se circunscribe al reproche objetivo por la forma errónea en que el subordinado pueda estar ejerciendo el cargo, sino que puede obedecer a motivos arbitrarios como la venganza política o bien, a la mera desafección al líder. En ese ámbito, la responsabilidad política no necesita explicación alguna —aunque si el autócrata la proporciona, probablemente pertenecerá al terreno de la mera propaganda—, se dirige a la protección del autócrata y del sistema que él encarna y, sobre todo, en un sistema dictatorial no cabe hablar de responsabilidad frente a los electores ni de lo que más adelante expondremos como responsabilidad política difusa ejercida por la presión de la opinión pública.

De esta manera, llegamos al punto metodológico de partida que manejamos los penalistas: la finalidad de la sanción, porque sanción es, al fin y al cabo, el apartamiento del cargo.

Ninguno de los fines tradicionales del derecho penal o las penas (la retribución, la prevención general, la prevención especial), sirven para explicar *para qué* se aparta del cargo al que se considera responsable político de un hecho. Desde luego, el cese no reúne ninguna de las características de la sanción retributiva del mal causado: no guarda proporción con el hecho ni puede guardarla porque existe una única sanción —el apartamiento del cargo— para cualquiera que sea la gravedad de los hechos. Puede conllevar —o no— la aflicción del sancionado, pero su finalidad no consiste en proporcionársela. Incluso, en una correcta cultura de reconocimiento de responsabilidades políticas, el que la reconoce y dimite voluntariamente podría resultar prestigiado ante la opinión pública. Y en todo caso, como veremos, la responsabilidad política es exigible por hechos que no ha realizado el responsable, lo que cierra definitivamente la posibilidad de entender que se le está retribuyendo por ellos.

Por similares razones, tampoco los clásicos fines preventivos de las sanciones penales son predicables de la sanción de la responsabilidad política. La prevención especial como evitación de que el responsable cometa un nuevo «hecho» reprochable es difícilmente sostenible cuando se responde por hechos ajenos, o, si se trata del ejercicio negligente del cargo, cuando el propio sistema le aparta del ámbito en el que podrían seguirse cometiendo los mismos errores. También parece claro que no se pretende la prevención general intimidatoria, dirigida a contramotivar a la generalidad de los ciudadanos, para que se abstengan de actuar de manera políticamente reprochable. En cambio, la llamada prevención general integradora o positiva merece algún comentario más.

Abriendo un breve excursus sobre esta orientación de la pena, recuérdese que en términos genéricos, con la prevención general integradora se pretende combinar la retribución y la intimidación, mediante el efecto de confirmación de la vigencia de la norma que produce la aplicación de la pena. Sin embargo, las líneas doctrinales que apoyan este concepto pueden ser diferenciadas. MIR PUIG distinguió claramente entre quienes definen el carácter *fundamentador* de la prevención general integradora y aquellos que la conciben con carácter meramente *limitador* de la prevención general intimidatoria⁵. Entre los primeros, baste referirse a la teoría sistémica de Jakobs⁶, conforme a la cual la imposición de la pena posee, fundamentalmente, una función de estabilización social ante la infidelidad al derecho que demuestra el delito, confirmando la vigencia de la norma y su función orientadora, así como restableciendo la confianza en la misma. Las críticas a tal orientación han sido amplias en España, dirigiéndose especialmente a la renuncia de tal planteamiento a considerar y/o criticar los bienes jurídicos que la norma protege, de manera que su finalidad se agota en sí misma, esto es, en su autoprotección mediante la (auto)confirmación de su vigencia⁷. Así, esta versión se asemeja curiosamente a las teorías retribucionistas absolutas que agotan la finalidad de la pena en su propia aplicación.

En cambio —siguiendo la diferenciación de Mir Puig arriba citada—, la prevención general integradora

5 MIR PUIG, S. *El derecho penal del Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona, Ariel, 1994, pp. 131 y ss.

6 *Derecho penal. Parte General: fundamentos y teoría de la imputación* (Trad. Cuello Contreras/Serrano González de Murillo), Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 9 y ss.

7 Entre otros, puede verse una exposición crítica en GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Introducción al Derecho Penal*. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2006, pp. 186 y ss. Entre los trabajos más críticos y pertenecientes a los inicios de este debate, BARATTA, A. «Integración— prevención: una «nueva» fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica». *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 24, 1984, pp. 533 ss.

con carácter limitador de la prevención intimidatoria, pretende impedir los excesos de ésta, introduciendo la idea de justicia de la pena —como patrimonio de la retribución—, en los elementos de la eficacia preventivo general de la pena. Acudiendo a las palabras de HASSEMER, principal teorizador de esta versión, en su última obra publicada, ya póstumamente, en España⁸: la introducción de la eficacia preventiva en la en la idea de justicia hace que la retribución deje de ser una teoría absoluta, de manera que un representante de tales teorías puede mantener hoy su opinión estando convencido de que «...una pena adecuada o justa es la mejor prevención»⁹. Según este planteamiento, es la idea de adecuación y justicia la que propicia la «confianza» en la norma penal que así, deja de ser la reivindicación de confianza ciega o acrítica propia del funcionalismo sistémico.

Tras la breve digresión, recuperemos ahora la comparación entre responsabilidad penal y política para considerar la eventual utilidad de la teorización penal. Insistamos en que con ello no pretendemos trasladar los conceptos penales a la responsabilidad política —cuestión que nadie mantiene—, sino, precisamente evitar la tentación de trasladarlos, explicando por qué no son aplicables y, en un momento posterior, qué repercusiones posee en los casos problemáticos de interferencia.

En mi opinión, conceptos como la *confirmación de la norma*, el *restablecimiento de la confianza en el ordenamiento*, o, incluso el valor *simbólico* de la consecuencia aplicable al comportamiento reprobado¹⁰ plantean lógicas e imprescindibles reticencias si con ellos —en la versión fundamentadora de la prevención general integradora—, se pretende legitimar la intervención más radical de que dispone el ordenamiento sobre los derechos individuales de los ciudadanos, esto es, la imposición de una pena como consecuencia del reproche jurídico penal. Sin posibilidad de mayor desarrollo aquí, una cuestión es que la aplicación de las penas sea

necesaria para dar credibilidad a las normas penales y otra, en mi opinión, distinta, que el acusado y eventualmente condenado lo sea, primordialmente, *porque* ello resulta necesario para confirmar la vigencia de la norma y restablecer la confianza de los ciudadanos en el ordenamiento jurídico. El olvido de que la pena se fundamenta en la culpabilidad personal y no en necesidades estatales conduce a una insostenible instrumentalización del reo que puede, incluso, considerarse atentatoria contra su dignidad.

En cambio, no puede decirse lo mismo si se habla de responsabilidad política. El apartamiento del cargo de quien es considerado responsable político es necesario, precisamente, para *confirmar* que el sistema democrático funciona, de manera que los ciudadanos mantengan su convicción de que los gobernantes lo son en tanto en cuanto se les otorga una confianza y que deben dejar de serlo si ésta se les retira. El abandono de tal convicción, sólo puede desembocar en el campo abonado para aventuras autoritarias. La sanción de la responsabilidad política persigue, pues, fines claramente políticos, dirigidos al mantenimiento de la confianza en el sistema democrático.

Por estas razones, posee un claro elemento de generación de valores y también, inevitablemente, de elementos simbólicos que —de nuevo, en contra de lo que ocurre con el derecho penal¹¹— incluso pueden predominar sobre lo material, si la restauración de la confianza en el sistema requiere apartar del cargo a quien sigue gozando de la confianza de sus superiores en sentido psicológico, o de quien no puede decirse que sea un absoluto incompetente. En realidad, la responsabilidad política desempeña una función *profiláctica*, con el apartamiento del incompetente al que se refería García Morillo en la cita recogida al inicio de estas páginas; pero también y muy especialmente, lo que puede denominarse función *preventivo-integradora* de restauración de la confianza ante hechos objetivos, incluso

8 HASSEMER, W. *¿Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena*. (Trad. Cancio Meliá y Muñoz Conde), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 85 y ss.

9 HASSEMER, *¿Por qué castigar? cit.*, p. 92

10 Sobre el valor instrumental y simbólico de la pena en la teoría sistémica, vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción...*, cit., p. 186.

11 No puede negarse que las normas penales aspiran a transmitir valores y, en ese sentido, poseen una función simbólica que debe entenderse como instrumento de la función material de protección de bienes jurídicos. Así, entre otros muchos, DÍEZ RIPOLLÉS, «El derecho penal simbólico y los efectos de la pena», en *Modernas tendencias de la ciencia del derecho penal y de la criminología*, Madrid, UNED, 2001, p. 110; ZAFFARONI-SLOKAR, *Derecho penal. Parte General*. Buenos Aires 2002, pp. 38 y ss. En cambio, el simbolismo de la norma penal resulta rechazable cuando la transmisión del mensaje desvalorizador ya no es instrumental, sino un fin en sí mismo. Me remito a lo mantenido en GARCÍA ARÁN, «El derecho penal simbólico (a propósito del nuevo delito de dopaje deportivo y su tratamiento mediático)», en García Arán-Botella, *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 191 a 207

aunque la incompetencia o los errores del afectado sean mínimos. El responsable político debe aceptar sus consecuencias porque su retirada no se basa en un juicio de culpabilidad en el sentido jurídico-penal, sino en la necesidad de mantener la confianza en el sistema al que sirve.

Por estas razones, la responsabilidad política es, en principio, aquella que tienen los actores políticos respecto de lo que ocurre en su área de poder, aunque no hayan participado directamente en los hechos. Sin embargo, con una definición tan amplia y que remite al «todo» se corre el riesgo de las definiciones que, por totalizadoras, son inconsistentes y, a la postre, ineficaces porque pretenden abarcar tanto que resulta casi imposible aplicarlas. Y puesto que de eficacia hablamos, puede resultar necesaria la introducción de algunos elementos que valoren la adecuación de la responsabilidad política, en la línea —salvando las distancias— de la relación entre adecuación y eficacia en la confirmación de la norma que mantenía Hassemer para la prevención integradora. A ello nos referiremos al plantear la interdicción de arbitrariedad como criterio de justicia limitador de la responsabilidad política (*infra*, 5.2). Antes, expondremos sucintamente las clases de responsabilidad política comúnmente admitidas, así como sus elementos esenciales.

2.2. Clases: responsabilidad política institucional y responsabilidad política difusa.

La distinción se debe a la obra ya clásica de RESCIGNO, quien expone la responsabilidad política *institucional* como el mecanismo mediante el cual se reconoce a un sujeto de la vida política el poder de imputar, mediante modos y procedimientos institucionalizados, hechos políticos negativos a otro sujeto investido de poderes políticos, con el fin de terminar el fin del encargo¹². En cambio, según el mismo autor, la responsabilidad política *difusa* es aquella que se exige mediante la crítica política que es o puede ser temida por el responsable político. No sólo necesita que haya libertad de crítica, sino también que existan mecanismos institucionales *sobre* los que pueden influir las críticas, de manera que, como advierte el propio autor, esta clase de responsabilidad es muy simple y a la vez muy pe-

culiar porque muta continuamente según imprevisibles circunstancias de hecho que sólo podemos aspirar a describir de manera aproximada¹³. Una forma de caracterizarla tan inevitablemente difusa como el concepto a definir es la proporcionada por GARCÍA MORILLO para quien esta forma de responsabilidad se concreta cuando se alcanza la convicción generalizada de que el mantenimiento en el cargo sólo generará perjuicios para la institución o la organización del cuestionado¹⁴.

Varias son las cuestiones que sugiere esta distinción. En España, la responsabilidad política institucional *stricto sensu* sólo se aprecia en el control parlamentario del Gobierno, cuando lo ejerce mediante la moción de censura regulada en el art. 113 de la Constitución española (CE) y expresamente destinada a la exigencia de «responsabilidad política del Gobierno». Le atribuimos carácter institucional en sentido estricto porque existe una regulación del procedimiento y una consecuencia tasada —la dimisión—, contemplada en el art. 114 CE. En realidad, es el Gobierno quien responde políticamente ante el Congreso porque sus miembros resultan responsables solidariamente (arts. 108) y porque el Congreso puede exigirle responsabilidad política por adopción de la moción de censura por mayoría absoluta (art. 113 CE) que, de obtener suficiente apoyo, provocará la dimisión del Gobierno en pleno (art. 114 CE).

Sin embargo, en un sentido más amplio, el art. 98.2 CE, menciona la competencia del Presidente del Gobierno «sin perjuicio» de las responsabilidades directas de los Ministros, por lo que parece claro que los Ministros en tanto que cargos de confianza del Presidente, son responsables políticamente ante éste¹⁵ aunque no exista un procedimiento tasado para ello como ocurre con la moción de censura parlamentaria. Si abrimos algo más el espacio en el que se plantean las responsabilidades políticas podemos seguir considerando *institucionales* las formas de control parlamentario sobre el Gobierno que no se resuelven en la retirada formal de confianza, pero que expresan o pueden expresar la desaprobación y, en todo caso, manifiestan el principio democrático de sometimiento del poder ejecutivo al poder legislativo. Nos referimos al sometimiento a Comisiones parlamentarias (art. 110 CE) y a interpe-laciones o preguntas de las Cámaras (art. 111 CE), las

12 RESCIGNO, *La responsabilità politica*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 66.

13 RESCIGNO, *La responsabilità cit.*, pp. 116 y ss.

14 GARCÍA MORILLO, *Responsabilidad política y responsabilidad penal*, cit., p. 88.

15 GARCÍA MAHAMUT, R., «Responsabilidad política "versus" responsabilidad penal de los miembros del Gobierno», en Lopez Guerra (Coord.), *Estudios de derecho constitucional. Homenaje al prof. García Morillo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 379.

primeras de las cuales pueden dar lugar a una moción de la Cámara manifestando su posición (art. 112 CE).

Por último, si mantenemos la definición de responsabilidad política institucional arriba citada que atiende al sujeto otorgador de confianza que puede retirarla como forma de desaprobación, debería incluirse en este apartado la responsabilidad política de las Cámaras frente a quienes las han elegido, es decir, los electores¹⁶. Sin embargo, no se oculta que en la relación entre electores y elegidos, por mucho que se den los requisitos básicos de relación entre sujeto activo y pasivo de la responsabilidad política, el mecanismo por el que se verifica la retirada de confianza presenta características complejas a las que nos referiremos en el apartado siguiente.

Por otra parte, en relación a la llamada responsabilidad política *difusa*, poco se puede precisar respecto del concepto antes reproducido. Lo que resulta obvio es el decisivo papel que en ella juegan los medios de comunicación, con los consiguientes problemas derivados del diferente color político de cada uno de ellos. Pero es imposible prescindir de estos sujetos como impulsores de la exigencia de responsabilidades políticas en el plano institucional. La opinión publicada es, por un lado, el motor para que los agentes institucionales pongan en funcionamiento los mecanismos que les son propios y, por otro, es también la destinataria de los efectos simbólicos que se pretende provocar con la remoción o la reprobación del cargo político considerado responsable.

3. Los sujetos: responsables políticos, electores, partidos políticos

La diferenciación respecto de la responsabilidad penal aparece incluso en la denominación de los sujetos intervinientes en la relación que origina la exigencia de responsabilidad política. En efecto, mientras en la comisión de un delito es sujeto activo aquél que lo comete y sujeto pasivo el que lo padece, cuando se aborda la responsabilidad política, no es infrecuente encontrar referencias a su «sujeto pasivo» como aquél que resulta sancionado políticamente (lo que sería el equivalente al sujeto activo del delito)¹⁷, de manera que el sujeto activo sería el que exige la responsabilidad y retira la

confianza. La cuestión terminológica no es meramente anecdótica sino que se explica por varias de las cuestiones que hemos enunciado hasta aquí y por otras que expondremos a continuación: el responsable político lo puede ser por hechos ajenos, su responsabilidad es objetiva y la sanción que recibe tiene un considerable componente simbólico, de manera que en cierta forma, resulta el sujeto paciente o pasivo de la ejecución de su responsabilidad política. Con todo, para evitar confusiones, nos referiremos al *responsable político* y al o los *sujetos actores* de la responsabilidad política.

En el ámbito de la responsabilidad política institucional, los sujetos intervinientes se sitúan en una cadena que expresa los distintos niveles de delegación de poder que, a su vez posibilitan la exigencia de responsabilidad política a los delegados por parte de quienes delegan: de los votantes a los elegidos, de los legisladores al poder ejecutivo, del jefe del ejecutivo a los ministros y de éstos a los funcionarios que de ellos dependen¹⁸. Con independencia de lo que diremos enseguida sobre la relación electores-elegidos —presente también en ámbitos distintos del poder legislativo como la Administración local— la existencia de la cadena de delegación debería conducir al desplazamiento de la responsabilidad a través de sus eslabones: por un lado, la resolución de la responsabilidad política en el nivel más directamente implicado en la situación, podría actuar como cortafuegos evitando desplazar la responsabilidad política hacia niveles superiores. Y, consecuentemente, de no resolverse en el nivel inferior, debería provocar la pérdida de confianza del nivel superior sobre aquel que no ha sido capaz de proporcionar una salida a la situación. Por expresarlo con un ejemplo: si el Ministro mantiene su confianza en el director general corrupto o incompetente y no es capaz de apartarlo del cargo, el Presidente debería perder la confianza depositada en el Ministro y retirársela, cesándole. Lógicamente, el funcionamiento de estos mecanismos dependerá en gran parte de la presión difusa que se ejerza sobre la institución y también, de hasta dónde se exija.

Con ello llegamos a lo que, según todo lo anterior, constituye el primer eslabón de la cadena: los electores. Constituye un lugar común —basado en la experiencia de múltiples convocatorias electorales— que muchos

16 Así, GARCÍA MORILLO, *Responsabilidad política y responsabilidad penal*, cit., p. 87.

17 Así, RESCIGNO, *La responsabilidad...*, cit., p. 74.

18 Teoría de la delegación o de la agencia, expuesta por SANCHEZ DE DIOS, «La responsabilidad política del gobierno de acuerdo a la "teoría de la agencia"», en *VII Congreso español de Ciencia Política y de la Administración. Política para un mundo en cambio*. Valencia, 2007, remitiéndose a MORENO/CRISP/SHUGART, «The Accountability Deficit in Latin America» en Mainwaring/Welna, *Democratic Accountability in Latin America*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 132-169.

casos clamorosos de incompetencia o escándalos de corrupción (o ambos fenómenos a la vez) no provocan un correlativo perjuicio electoral interpretable como retirada de confianza de los electores. No entraremos aquí en la interpretación del fenómeno, lo que correspondería a análisis electorales muy específicos que siempre tropiezan con la imposibilidad de demostrar los móviles últimos del elector, de manera que tampoco puede afirmarse que tales resultados electorales se deban a la intención de convalidar o bendecir la incompetencia o la corrupción. La cuestión que resulta aquí relevante es la especificidad de la relación entre electores y elegidos como mecanismo institucional de realización de responsabilidades políticas. Resulta indudable que dicha relación se sitúa en la base misma del sistema democrático —en el que, a su vez, hemos situado el concepto de responsabilidad política— y expresa sin problemas la situación de otorgamiento y retirada de confianza que lo definen.

Sin embargo, no reúne ninguna de las restantes características de la exigencia y realización de esta clase de responsabilidad. Por un lado, no es posible apreciar con nitidez la correlación entre hechos y responsabilidad: ni es posible aislar claramente los hechos por los que se retira la confianza (¿la corrupción?, ¿la incompetencia? ¿la incapacidad para gestionar problemas en épocas de crisis?) ni, cuando se mantiene el apoyo electoral es posible afirmar si ello se debe a la aprobación total de la gestión o bien, al cálculo por el que —por ejemplo, en situaciones de inestabilidad o incertidumbre—, el electorado prefiere mantener al desaprobado como mal menor. En suma, el elector pretende decir muchas cosas con su voto y el reproche político a actuaciones concretas, además de indemostrable, no puede considerarse la motivación exclusiva. Tampoco existe una correlación temporal clara entre los hechos supuestamente reprobados y la consecuencia electoral negativa, que puede no producirse de manera inmediata, pero sí a medio o largo plazo, cuando el resto de circunstancias políticas y sociales lo hagan más fácil.

Esa falta de correlación temporal se produce además, por los períodos entre las convocatorias electorales, durante los cuales los electores no tienen forma de ejercer la desaprobación de los responsables políticos y por tanto, carecen de capacidad para destituirlos. La responsabilidad política tal como venimos configurándola hasta aquí, requiere, en cambio, la posibilidad de apartar al responsable en cualquier momento porque sólo así es posible que la institución despliegue el efecto simbólico que posee.

Por todas estas razones, a mi juicio, la relación electores-elegidos se sitúa en la responsabilidad política institucional exclusivamente por su posición en el sistema democrático, pero en la práctica opera como de manera más próxima a la responsabilidad política que antes hemos denominado «difusa». Por otra parte, la anterior afirmación no obedece a un mero interés clasificatorio sino a la necesidad de evitar la conclusión por la cual se considere a las elecciones como el mecanismo genuino de exigencia de responsabilidad política. Ello sólo conduce a difuminarla, amparando a los responsables políticos individuales que, no sólo pueden permitirse remitir sus responsabilidades a unos resultados electorales en los que no se les valora sólo a ellos sino a su formación política, sino que además pueden auto-declararse exonerados, si los resultados electorales —que quizá se han producido a pesar de su incompetencia— les son mínimamente propicios.

Con ello llegamos a una última precisión sobre los sujetos intervinientes. Me refiero a los partidos políticos como sujetos que «expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política» (art. 6 CE), lo que, lógicamente, los sitúa como intermediarios entre los electores y los elegidos. Ello hace que, en realidad, las elecciones sean un instrumento para, en su caso, desvalorar la actuación del partido político que es el que se volverá a presentar transcurrido el periodo correspondiente, solicitando la renovación de la confianza y sometiendo a una eventual reprobación, situación ésta que no necesariamente se da en el responsable político individual.

Lógicamente, la concreción de reproche electoral depende también de la forma en que se presentan las listas concurrentes, pero en nuestro sistema de listas cerradas, los sujetos individuales responden junto al partido al que pertenecen, que es quien se somete al escrutinio público y por tanto, su actuación repercute —o debería repercutir—, en la responsabilidad política del partido, aunque no puede demostrarse si o hasta qué punto lo hace. Por esta razón, el responsable político individual lo es especialmente frente a su partido, que puede eliminar o disminuir su propia responsabilidad política apartando a aquel que perjudica a su credibilidad si ello se encuentra dentro de sus capacidades o bien, presionando al cargo institucional que le representa para que actúe de igual forma si ése es el caso¹⁹. En suma, los

19 RESCIGNO, *La responsabilidad...*, cit., pp. 263 ss.

partidos políticos son sujetos actores y sujetos pasivos de responsabilidad política, interviniendo hacia dentro, pero también hacia fuera, en su relación con los cargos políticos institucionales que deben tomar la iniciativa en la sanción de la responsabilidad política²⁰. De aceptarse tal conclusión, ello tiene una especial relevancia al tratar la actuación frente a cargos sometidos a investigación penal, como veremos más adelante (*infra*, 6.3).

4. Los presupuestos: responsabilidad política por hechos propios o ajenos. La cuestión de la relación con el cargo

En tanto en cuanto no es necesario trasladar aquí los estándares garantistas propios de la responsabilidad jurídica, es posible establecer un umbral mínimo de la responsabilidad política considerablemente más amplio. Así, la constelación de casos en los que cabe imaginar la sanción de responsabilidades políticas sirve para exponer sus claras diferencias respecto de la responsabilidad penal. Veamos ahora las cuestiones enunciadas en este apartado.

4.1. Responsabilidad por hechos propios o ajenos

Si se admite la caracterización que hemos mantenido hasta aquí sobre la responsabilidad política (retirada de confianza y cadena de nombramiento o delegación), es posible identificar los siguientes grupos de casos:

- a) Responsabilidad política por *hechos propios* que, a su vez, pueden consistir en: 1) casos de mala gestión de una situación concreta, aunque el comportamiento no sea ni ética ni jurídicamente reprochable; 2) hechos propios éticamente reprobables, aunque no constituyan ilícitos penales y 3) hechos propios que puedan ser constitutivos de delito. Este tercer supuesto es el que plantea las intersecciones entre uno y otro tipo de respon-

sabilidad que analizaremos más adelante (*infra*, 6)

- b) Responsabilidad política por hechos *ajenos*, sean de un subordinado en sentido estricto, sean de alguien a quien se ha otorgado confianza mediante nombramiento. Lógicamente, los hechos ajenos —en tanto que propios del subordinado—, pueden ser también reprochables bien políticamente, bien ética o penalmente. Obsérvese que cuando el superior responde por hechos ajenos, está respondiendo también *por su propio hecho* al nombrarlo o no controlar su actuación, lo que nos llevará a valorar la virtualidad de los conceptos civiles de *culpa in eligendo* y *culpa in vigilando* (*infra*, apartado 5).

La responsabilidad por hechos ajenos es insostenible en derecho penal, sin entrar ahora en el debate al respecto sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas²¹. Sin embargo, admitirla en la responsabilidad política no debería provocar alarma puesto que ya es un supuesto claramente admitido en materia de responsabilidad civil (art. 1903 del Código Civil, CC), de responsabilidad civil *ex delicto* (art. 120 Código Penal. CP), y de responsabilidad patrimonial de las Administraciones por los perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio (art. 145 Ley 30/92 de 26 de noviembre de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común).

4.2. Hechos no tipificados

Lo que resulta evidente, es que los hechos por los que cabe demandar responsabilidad política no se encuentran sometidos a exigencia de tipicidad alguna ni, por tanto, al principio de legalidad. Y, si en términos genéricos, lo opuesto al principio de legalidad es el de *oportunidad*, éste concurre en la valoración de la responsabilidad política como valoración de la adecuación a valores u objetivos políticos²². La retirada

20 Constituye un lugar común la enorme capacidad de influencia de los partidos sobre el ejercicio del poder, pese a su condición de mero vehículo de participación. A respecto, en una demoledora crítica de la partitocracia, NIETO, A, *Corrupción en la España democrática*. Barcelona, Ariel, 1997, pp. 17 y ss.

21 En la que el art. 31 bis CP exige, como es sabido, que el delito se haya cometido por determinadas personas físicas vinculadas a la persona jurídica, lo que supone que en nuestro sistema la persona jurídica responde por el hecho de otro (heteroresponsabilidad. Vid. Circular 1 /2016 de la Fiscalía General del Estado). Lo anterior puede ser considerado como un defecto que contradice principios básicos del derecho penal o bien, como algo inevitable en un sistema de responsabilidad penal de lo que, en definitiva, son entes inmateriales que (incluso aunque se considere que nuestro sistema es de autorresponsabilidad o responsabilidad penal autónoma. Vid. STS 154/2016) necesitan la concurrencia de personas físicas para realizar los comportamientos típicos. En todo caso, puede citarse como un ejemplo más de la responsabilidad por hechos ajenos en nuestro derecho.

22 Así lo expresa DIEZ PICAZO, en *La criminalidad de los gobernantes cit.*, capítulo dedicado a la «Responsabilidad política y responsabilidad penal», cit., p. 2.

de confianza debe producirse cuando aquél en quien se había confiado deja de representar tales valores o servir a tales objetivos, formulación que lo abarca casi todo y además introduce la referencia a los valores éticos. Con ello nos acercamos a la espinosa y eventual oposición entre ética y política, cuestión que no desarrollaremos aquí, pero que sirve para introducir la relación entre responsabilidad política y legalidad. Como dice PEÑA, es posible superar esa supuesta oposición entre política y principios éticos apelando a la eticidad democrática que promueva tanto la autonomía individual como la cooperación social²³, pero además, los valores supremos de la actuación política situados en la persecución del interés general sin detrimento del respeto a lo individual, se encuentran juridificados en el plano constitucional (arts. 9 y 10 CE, además del art. 103 con la sumisión de la Administración al interés general). Es cierto que de ahí no puede deducirse un catálogo de hechos típicos que generen responsabilidad política ni que deba formularse un juicio de legalidad al respecto —lo que además, no sería deseable—, pero tampoco puede decirse que la responsabilidad política no tenga absolutamente nada que ver con lo jurídico. El responsable político no necesariamente infringe una norma (en sentido estricto), sino que basta con que se aparte de un valor, pero son valores y principios asumidos y defendidos por el ordenamiento jurídico.

4.3. La cuestión de la relación con el cargo

En principio, si la responsabilidad política se sanciona con el apartamiento del cargo (sea por destitución, sea exigiendo la dimisión), parece lógico que el hecho que la motiva se relacione con su ejercicio y, además, que el cargo del que se prive sea aquél para el que el responsable ya no resulta adecuado. Sin embargo, la historia reciente conoce casos en que se han asumido responsabilidades políticas por hechos relativos a un cargo que ya no se ejercía o que se han ejecutado en cargo distinto de aquél para el que debería retirarse la confianza. Ejemplo de lo primero es el caso de Julián García Valverde que dimitió como Ministro de Sanidad y Consumo en 1990 por unas compraventas de terrenos cuando era responsable de Renfe²⁴ y, como ejemplo

de lo segundo, los supuestos en que el cargo político cuestionado (en ocasiones, Diputados o Senadores²⁵) se limita a dimitir de los cargos internos de su partido ámbito en el que no se le formula reproche alguno, manteniéndose, en cambio, en el cargo público en el que se encuentra cuestionado.

A mi juicio, cabe distinguir entre, por un lado, la ejecución de la responsabilidad política y, por otro, hasta dónde cabe exigir que los hechos cuestionados se relacionen con el cargo. Respecto a lo primero, no es de recibo la renuncia a puestos o cargos internos del partido político al que se pertenece, por la elemental razón de que la responsabilidad política es ante los ciudadanos y no ante los compañeros de militancia que, además, suelen arrojarse al cuestionado. Obviamente, ello rige también aunque sea el partido quien expulsa al responsable político o lo aparta de la militancia, sea porque así lo considera justo, sea para establecer una cortina de humo que evite la real exigencia de responsabilidad política. En cambio, resulta algo más problemático establecer si y hasta dónde los hechos que generan responsabilidad política deben pertenecer al ámbito más o menos amplio del ejercicio del cargo.

En mi opinión, la responsabilidad política *stricto sensu* se genera por hechos propios o ajenos acaecidos en el ámbito del ejercicio del cargo. Sin embargo, es posible referirse a una responsabilidad política *lato sensu* por hechos o actuaciones —incluso de índole privada—, que si bien no pueden calificarse estrictamente como actuaciones políticas por caer fuera de los límites del cargo, merecen tal consideración en sentido amplio porque suponen la retirada de confianza o la pérdida de credibilidad que venimos manejando como fundamento último de la responsabilidad política. Al respecto, son imaginables, al menos tres situaciones:

- a. Hechos ajenos al ejercicio del cargo, pero reprochables jurídicamente, sean o no delito. Ejemplo de lo anterior es la dimisión del Ministro de Industria en funciones Sr. Soria (abril de 2016) por la titularidad de cuentas corrientes en un paraíso fiscal que podrían constituir, al menos, ilícito fiscal. Aunque lo cierto es que lo que pareció precipitar la dimisión fueron las contradicciones y falsedades empleadas para justificarlo, no ofrece

23 PEÑA, J. «Sobre la responsabilidad política», en *Revista Internacional de Filosofía Política*, 11, 1998, p. 138.

24 Caso citado por GARCÍA MORILLO, «La responsabilidad política» *Claves de razón práctica*, cit., p. 1.

25 Son supuestos como el de Oriol Pujol Ferrusola, diputado del Parlamento de Cataluña sometido a investigación penal que se limitó a renunciar al cargo interno de su partido (entonces, Convergència Democràtica de Catalunya) o de Rita Barberá, Senadora por el Partido Popular investigada por blanqueo de dinero, que como primera respuesta renunció a su condición de miembro del Partido, lo que fue presentado como suficiente por sectores importantes del mismo.

excesivas dudas que la comisión de hechos ilícitos proporciona suficiente base a la retirada de la confianza con el consiguiente cese o dimisión, pese a que, en sentido estricto, no se impute responsabilidad política por hechos propios del cargo ni por un ejercicio inadecuado de éste.

- b. Otras actividades privadas no constitutivas de ilícito alguno, pero que pueden ser reprobables éticamente o lesionar la credibilidad del sujeto en cuestión. Así, en 1993, José M^a Mohedano, abogado, diputado y secretario general del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, cargo del que dimitió al conocerse que había utilizado habitualmente el lujoso coche de un cliente de su despacho profesional que estaba acusado de actividades ilícitas²⁶. Tampoco aquí cabe hablar de responsabilidad política por ejercicio inadecuado del cargo, pero en cambio es posible postular el abandono del mismo por pérdida de confianza en quien lo ocupa. En este apartado pueden apuntarse otros supuestos en los que lo perdido es la credibilidad en sentido amplio: piénsese en hechos privados que contradicen el discurso político mantenido y provocan la pérdida de credibilidad (por ejemplo, la diputada contraria a la regulación de la interrupción del embarazo a quien se descubre que se ha sometido a tal intervención).
- c. En otros casos, la relación con el cargo puede ser de mera posición o ubicación en su ámbito, sin que exista una clara vinculación de los hechos con su ejercicio pero sí lesión de la confianza depositada en el mismo. Como caso histórico emblemático, recuérdese la dimisión de Willy Brandt, Canciller de la República Federal alemana en el año 1974, al descubrirse que el jefe de su gabinete era un espía de la República Democrática alemana. Se puede explicar como responsabilidad política por el hecho *propio* de haber elegido a la persona inadecuada o no haber supervisado su actuación, pero resulta un caso especialmente interesante porque, lógicamente, ni el nombramiento ni el control dependían exclusivamente del Canciller. Sin embargo, probablemente la gravedad de la situación en una Alemania todavía dividida necesi-

tó de un efecto simbólico especialmente potente, situando la responsabilidad política al más alto nivel para restaurar la confianza²⁷.

El ejemplo de Willy Brandt resulta ilustrativo para proponer un resumen de los presupuestos de la responsabilidad política enunciados hasta aquí. En realidad, nos encontramos ante dos grupos de situaciones: por un lado, los casos de incompetencia o inadecuación para el cargo, no sólo en sentido técnico sino también político y, por otro, algunos casos de fallo clamoroso del sistema (como el de Willy Brandt) en los que no necesariamente se formula un juicio de reproche por incompetencia, pero que necesitan del apartamiento del cargo para *simbolizar* la capacidad del sistema para reaccionar ante sus propios fallos.

5. La responsabilidad objetiva, ¿hasta dónde? Sobre la virtualidad de los conceptos de *culpa in eligendo* y *culpa in vigilando*

Hasta aquí hemos afirmado varias veces que la responsabilidad política es objetiva. En terminología penal, ello significa que no es necesario que concurra dolo ni imprudencia en el responsable político y, en principio, que incluso cabría responder por hechos fortuitos, aunque causados por su actuación. Además, hemos admitido también que la responsabilidad política es exigible tanto por hechos propios como ajenos.

Como puede verse, dicho así, el ámbito posible de la responsabilidad política es amplísimo lo que nos acerca al riesgo de que si «todo» es responsabilidad política, termine por no serlo nada. Al respecto, aun partiendo de la responsabilidad objetiva, GARCÍA MORILLO advierte que ello no equivale a responsabilidad vicaria universal que llevaría en la práctica a la desaparición del concepto²⁸. Añadiremos aquí que, si realmente se pretende restaurar la confianza en el funcionamiento del sistema retirando la confianza a quienes la defraudan, es imprescindible que resulte claro por qué se hace o, en otras palabras, qué ha pasado para que la confianza ya no sea posible. Renunciar a ese momento de legitimación supondría consagrar la arbitrariedad, provocando un efecto contrario al pretendido. Por ello resultan necesarias algunas consideraciones añadidas, que se dirigen al supuesto más espinoso desde el punto

26 Supuesto citado también por GARCÍA MORILLO, loc.ult.cit.

27 El espía de la RDA, para entonces controlada por la Unión Soviética era Günter Guillaume, que al ser descubierto se declaró capitán del Ejército Nacional Popular de la RDA. Su esposa también había logrado emplearse en la representación del Estado de Hesen en Bonn, entonces capital de la RFA. Tan grave situación no fue detectada por los servicios de contraespionaje —que se suponen especialmente eficaces dado el país y la situación política— durante todo un año.

28 GARCÍA MORILLO, «Responsabilidad política y responsabilidad penal», cit., p. 89.

de vista de la objetividad de la responsabilidad política: la responsabilidad por hechos de otros, puesto que cuando se responde por hechos propios, la capacidad de control del responsable político sobre su propio comportamiento es, obviamente, mayor.

Comenzando por lo más evidente, recordemos que el responsable político por hechos de sus subordinados lo es aunque no los conociera ni los hubiera consentido (en terminología penal, aunque no exista dolo). Pero, en el otro extremo, no debe existir responsabilidad por hechos inevitables y fenómenos naturales, lo que el ingenio italiano ha resumido en la sarcástica expresión: «piove, porco Governo». Con ello, cabe sentar que debe existir una mínima relación entre la actuación del responsable político y los hechos reprobados, aunque, de exigirse causalidad, se trata de un nexo causal débil en el que se admite más de un escalón, —puesto que nos referimos a hechos ajenos—, que en la valoración penal no resistiría la posterior comprobación de la imputación objetiva del resultado final. Por otra parte, como veremos, en varios supuestos de responsabilidad civil tampoco es exigible un nexo causal fuerte. Por tanto, en principio, sólo quedarían excluidos de la responsabilidad política acontecimientos absolutamente fortuitos y fenómenos naturales. En cambio, tampoco existe duda de que debe responderse políticamente por la mala gestión política del mismo fenómeno natural.

Aunque nos estemos refiriendo a la responsabilidad por hechos ajenos, en ella puede apreciarse también un hecho propio del responsable político, radicado en la relación con el sujeto actuante en el ámbito de su cargo y por cuyo hecho se responde. Y en ese hecho propio por el que se responde de hechos ajenos, excluida la exigencia de dolo y lo absolutamente fortuito, queda la eventual valoración de la imprudencia (en terminología penal) o de la culpa (en terminología civil).

Nuevamente, las diferencias respecto de la imprudencia generadora de responsabilidad penal resultan las más evidentes: la responsabilidad imprudente por la imprudencia de otro es raramente admisible²⁹, mientras que la relación entre el comportamiento del responsa-

ble político y los hechos reprobados no superaría el test de imputación objetiva del resultado. Además, en el delito imprudente —de punición excepcional en nuestro derecho— la exigencia de previsibilidad objetiva del resultado es especialmente estricta, así como la infracción de una norma de cuidado objetiva y cognoscible previamente³⁰. Pero sobre todo, los citados elementos integradores de la responsabilidad penal por delito imprudente deben ser probados por la acusación en aplicación estricta de la presunción de inocencia.

5.1. ¿Parentesco con la responsabilidad civil?

La doctrina que se ha ocupado de la responsabilidad política contiene frecuentes referencias a la *culpa in eligendo* y la *culpa in vigilando* como conceptos relacionados con la responsabilidad política por hechos de otros³¹. En esta línea, GARCÍA MORILLO indica que en sistemas con mucha extracción funcionarial (como el británico) predomina la *culpa in vigilando*, mientras que en sistemas como el español con amplia presencia del sistema de designación, predomina la *culpa in eligendo*, por la errónea elección de aquél en quien se deposita confianza³².

Para valorar su operatividad en la fundamentación de la responsabilidad política, veamos ahora lo que se exige jurídicamente para la *responsabilidad civil por hechos ajenos*, presente, como hemos dicho antes, en la responsabilidad civil *ex delicto*, como obligación civil ventilada en el proceso penal³³, la responsabilidad civil *extracontractual* y la responsabilidad patrimonial de la Administración. En términos genéricos puede decirse que esta clase de responsabilidad se inició con una configuración plenamente objetiva, en la que la obligación de indemnizar aunque no exista culpa del agente se basa en los avances de la economía industrial y la proliferación de máquinas generadoras de riesgo que obligan a quien se beneficia de ellas a soportar sus consecuencias e indemnizarlas³⁴. La posterior y progresiva introducción de los conceptos de culpa o negligencia, presentes en el redactado del art. 1902 del CC no supuso, sin embargo,

29 Aunque no absolutamente descartable en supuestos de deberes específicos de control de la actuación de otros que, a su vez, infringen el deber de cuidado, siempre que se cumplan todos los requisitos de imputación objetiva del resultado.

30 Sobre las diferencias entre imprudencia penal y culpa civil, ROIG TORRES, *La reparación del daño causado por el delito (Aspectos civiles y penales)*, Valencia, 2002, pp. 110 y ss.

31 DIEZ PICAZO, *op. cit.*, p. 5, plantea la *culpa in vigilando*, aunque afirma que no es una exigencia de la responsabilidad política.

32 GARCÍA MORILLO, «Responsabilidad política y responsabilidad penal», *cit.*, p. 92.

33 La ubicación procesal no impide mantener el carácter civil de la obligación, con todas sus consecuencias. Al respecto, QUINTERO OLIVARES, en Quintero Olivares/Cavanillas Múgica/de Llera Suárez-Bárcena, *La responsabilidad civil «ex delicto»*. Elcano, Aranzadi, 2002, pp. 19 ss.

34 ROCA TRÍAS, *Derecho de daños*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 20.

el destierro completo de la responsabilidad objetiva en la responsabilidad civil por hechos ajenos, ni en la responsabilidad civil *ex delicto* (subsidiaria por el delito de otro), ni en la responsabilidad civil extracontractual por hechos ajenos (art. 1903 Código Civil). Al contrario, la situación actual parece haber retrocedido hacia los orígenes más objetivizantes, tanto en la exigencia general de causalidad para el concepto de culpa civil (entre otras muchas, SSTS 954/2000, 35/2005), como en la valoración de la negligencia.

En efecto, la exigencia de causalidad entre la actuación del responsable civil subsidiario y el hecho generador del daño, bien se concibe de manera tan laxa que resulta incluso problemático hablar de causalidad, bien se renuncia directamente a ella. Así, al menos en los casos de los números 4 y 5 del art. 120 del CP (responsabilidad civil por delitos de los empleados o dependientes y por delitos cometidos con vehículos propios conducidos por un tercero), las exigencias para estimar la responsabilidad civil subsidiaria son tan amplias que ni exigen causalidad en sentido estricto, ni siquiera negligencia por parte de quien resulta finalmente responsable civil³⁵. La jurisprudencia ha establecido que basta con que el delito generador de responsabilidad civil esté inscrito en el ejercicio «normal o anormal de las funciones desarrolladas en el seno de la actividad» o haya sido cometido incluso cuando la dependencia entre responsable penal y responsable civil subsidiario proceda de «una situación de amistad, liberalidad, aquiescencia o beneplácito» (STS 51/2008 de 6 de febrero, lo que ha sido descrito como el abandono de la *culpa in eligendo* y la *culpa in vigilando*, en beneficio de la moderna teoría del riesgo como criterio de atribución de responsabilidad³⁶). Lo mismo puede apreciarse en la responsabilidad civil de la Administración por delitos cometidos por funcionarios y personas a su servi-

cio (art. 121 CP) y en el procedimiento administrativo por responsabilidad patrimonial³⁷.

Con tan débiles exigencias sobre la causalidad, no es de extrañar que la valoración de la negligencia en la culpa civil sea igualmente laxa, aunque en la doctrina civilista existen autorizadas voces que rechazan la total conversión de la responsabilidad civil por el hecho de otro en un caso de absoluta responsabilidad objetiva³⁸. No podemos terciar aquí en el debate, pero lo cierto es que en los supuestos ya citados de la responsabilidad civil subsidiaria de los arts. 120,4º y 5º y 121 CP, la negligencia del responsable no es ni siquiera una exigencia legal, mientras que en aquellos en los que la ley exige tal valoración, aparece la, a mi juicio, principal diferencia respecto de la imprudencia penal: en la responsabilidad civil por negligencia, se produce una inversión de la carga de la prueba, reconocida claramente en el último párrafo del art. 1903 del Código Civil³⁹ de manera que es el demandado quien debe probar que actuó de manera diligente⁴⁰, porque la culpa civil se presume *iuris tantum* y se excluye —para el responsable civil subsidiario— en supuestos muy limitados en los que el responsable penal ha actuado desobedeciendo órdenes expresas de su superior, siempre que éste consiga acreditarlo (STS 1570/2002 de 27 de septiembre).

5.2. Recapitulación: la interdicción de arbitrariedad como límite a la responsabilidad política objetiva

Nos corresponde ahora comprobar la utilidad de este breve excursus sobre la responsabilidad civil subsidiaria para la configuración de la responsabilidad política. Al inicio de este apartado hemos indicado nuestra intención de evitar una concepción excesivamente totalizadora o universal de la responsabilidad política que terminara por vaciar el concepto. Pero, por otra parte, mantenemos la voluntad —expresada en las primeras

35 Es relativamente frecuente encontrar casos en que se admite una causalidad hipotética tan amplia que no podría fundamentar la responsabilidad penal, donde se admite en delitos cometidos por omisión. Así, STS 886/2006 de 25 de septiembre, en que se declara responsable civil subsidiario a la empresa de una Estación de ferrocarril en la que se había cometido un robo con lesiones de la víctima, por no haber dispuesto suficientes medidas de seguridad.

36 Así, MAGALDI PATERNOSTRO, «Comentario al artículo 120», en Córdoba Roda-García Arán, *Comentarios al Código Penal. Parte General*, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 936.

37 Véase, por ejemplo, la STS (Sala 3ª) 277/2008 condenando al Ayuntamiento de Chiclana a indemnizar la lesión producida por el mal estado del suelo en una caseta de feria, en la que sólo se exige causalidad entre el agujero del suelo y la lesión, pero no entre la actuación del Ayuntamiento y el agujero causante de la misma.

38 Así, SALVADOR CODERCH/GÓMEZ LIGÜERRE, «Respondeat superior II. De la responsabilidad por hecho de otro a la responsabilidad de la organización», *InDret*, 03/2002, p. 3, afirman que la culpa civil como infracción de deberes de cuidado «goza de buena salud» y no ha sido reemplazada por la responsabilidad objetiva como mera causación material de daños.

39 «La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño».

40 ROCA TRÍAS, *Derecho de daños*, cit., p. 55, citando jurisprudencia reciente, pero también de los años 60 del pasado siglo.

líneas—, de no «tipificar» ni «juridificar» la responsabilidad política porque ello la transmuta en responsabilidad jurídica y conduce a la judicialización de la política. En ese intento —peligrosamente próximo a la cuadratura del círculo—, los conceptos de *culpa in eligendo* e *in vigilando*, por su considerable flexibilidad, ofrecían posibilidades de, al menos, servir de guía en una delimitación de la responsabilidad política que evitara desnaturalizarla. A mi juicio, el brevísimo —y no especializado— repaso a tales conceptos civiles pone de manifiesto que, efectivamente, existe una relación entre la idea de responsabilidad política y la culpa civil, pero acudir a este último concepto no supone una especial limitación de la responsabilidad política objetiva. La responsabilidad política supondría, así, responsabilidad por todo lo relacionado con el ámbito de la delegación o función que se ejerce, presumida *iuris tantum* y de la que, prácticamente, sólo se excluyen los hechos fortuitos, pero no la gestión política de los mismos.

Ahora bien, ante esta posible identificación plena entre la responsabilidad política y la culpa civil extracontractual, se abren dos opciones: la *primera*, considerar que la responsabilidad política coincide con la culpa *in vigilando* e *in eligendo*, con todas las presunciones y contenidos objetivizantes con que hoy se conciben estos conceptos, o bien, la *segunda*, considerar que no es aconsejable hacer coincidir mecánicamente una institución de responsabilidad jurídica (la culpa civil por hechos de otros) con la responsabilidad política, por el mencionado riesgo de remisión igualmente mecánica a los Tribunales con la consiguiente judicialización del problema político. Me inscribo en esta segunda opción con algunas precisiones derivadas de la consideración formulada en las primeras páginas (especialmente, al inicio del apartado 4): el umbral mínimo a partir del cual cabe exigir responsabilidad política es considerable y lógicamente mucho más amplio que el de la responsabilidad jurídica, por lo que cabe incluir supuestos que desbordan los supuestos de culpa civil acabados de analizar.

En efecto, la responsabilidad política es totalmente objetiva y se refiere a los hechos propios o ajenos pertenecientes al ámbito del cargo en el sentido considerablemente amplio que hemos apuntado *supra* (apartados 4.1, 4.2 y 4.3). A partir de aquí, una teoría de la responsabilidad política sólo puede aspirar a definir *excepciones* al principio general de que se responde por todo lo que se inscribe en el ejercicio del cargo.

En el primer nivel de excepción se encuentran los mencionados casos absolutamente fortuitos y los fenómenos naturales. En un segundo nivel, pueden estar algunas excepciones que coinciden con la doctrina civilista sobre la culpa *in vigilando* (por ejemplo, el subordinado ha actuado contra órdenes expresas del superior)⁴¹, o situaciones total y absolutamente imprevisibles como errores *in eligendo* que nadie hubiera podido prever (defectos del elegido, indetectables *ex ante* o absolutamente sobrevenidos). En estos supuestos de abierta desobediencia o absoluta imprevisibilidad de las deficiencias del subordinado, pese a ser excepciones que proceden del derecho, la exigencia de responsabilidad al eslabón inferior puede cortocircuitar *políticamente* el problema y hacer innecesaria la responsabilidad del superior (*supra*, ap. 3.). Por tanto, este grupo de excepciones puede resumirse como aquellos casos en que la responsabilidad política del subordinado resulta *políticamente suficiente*.

Sin embargo, con lo anterior todavía no hemos salido de la culpa civil, porque, al fin y al cabo, se trata de excepciones juridificadas, admitidas como prueba en contra de la culpa *in eligendo* o *in vigilando*. Creo que es necesario un paso más que caracterice a la responsabilidad política como lo que es y sobre todo, la relación con lo que pretende. En mi opinión, la diferencia radica en lo siguiente: las excepciones a la responsabilidad política general y objetiva por los hechos de los subordinados, no se demuestran en un trámite formal y juridificado que se destina a desvirtuar la presunción *iuris tantum* de culpa o negligencia, como ocurre con la culpa civil. Por esta razón, la responsabilidad política no se excluye *porque* el sujeto haya actuado con diligencia, sino *porque* en casos como éstos, su responsabilidad política resultaría incomprensible e incluso, arbitraria. O dicho a la inversa, el apartamiento del cargo no resulta necesario políticamente para mantener la confianza en el funcionamiento del sistema.

Podría decirse que excluir la responsabilidad política en estos casos por una u otra razón resulta irrelevante, pero, a mi juicio, no es así. Situar la excepción en evitar la arbitrariedad antes que en la valoración de la diligencia en términos jurídicos conlleva las siguientes consecuencias:

En *primer* lugar, si lo decisivo no es la diligencia, cabe todavía admitir responsabilidad política en casos de actuación diligente del superior, en los que la gra-

41 Admitido por GARCÍA MORILLO como excepción a la responsabilidad política objetiva, «Responsabilidad política y responsabilidad penal», cit., p. 91.

vedad de la situación impide limitar la retirada de confianza a los eslabones inferiores y

En *segundo* lugar, el hecho de que la responsabilidad política absolutamente objetiva sólo se excluya cuando su exigencia resulte *políticamente incomprensible*, sitúa el debate en los términos políticos que deben serle propios, pero basándose en un principio constitucional que informa la actuación de los poderes públicos: la interdicción de arbitrariedad (art. 9.3 CE) que limita especialmente las actuaciones basadas en el principio de oportunidad. La exigencia arbitraria de responsabilidad política, entendiendo por tal la que carece absolutamente de fundamento, no sólo no confirma el funcionamiento del sistema democrático, sino que puede perjudicarlo.

A estas alturas puede decirse que para este viaje no eran necesarias tales alforjas, puesto que, en definitiva, llegamos a la conclusión inevitable de que la responsabilidad política se valora, exige y ejecuta *políticamente*, ventilándose, además, —con toda la inseguridad que ello conlleva— ante los ciudadanos y la opinión pública conformada por unos medios de comunicación que no siempre se caracterizan por su neutralidad política. Sin embargo, creo que el camino recorrido hasta aquí puede ser útil, no sólo para introducir algunos elementos de racionalidad en el debate político, sino también para abordar algunos problemas derivados de la interferencia entre responsabilidad penal y responsabilidad política.

6. Convivencia e interferencias entre responsabilidad penal y responsabilidad política

Como se ha visto hasta aquí, las diferencias entre una y otra clase de responsabilidad son tan estructurales que no cabe sino afirmar que discurren por caminos paralelos, sin implicarse ni excluirse entre sí. Sin embargo, ello no evita las interferencias entre una y otra cuando, como se ha avanzado (*supra*, 4.1, a), se responde políticamente por hechos *proprios* que pueden ser constitutivos de delito y que generan la apertura de un procedimiento penal. En tal escenario merecen atención, al menos, tres cuestiones concretas: 1) la hipotética absorción de la responsabilidad penal por la responsabilidad política o a la inversa; 2) el valor de la responsabilidad política como prueba de la responsabilidad penal y, 3) la eventual oportunidad de apartar del cargo a los investigados en un procedimiento penal.

6.1. Sobre el concurso de responsabilidades

Comenzando por lo primero, resulta obvio que la responsabilidad política no puede ni debe *absorber* a

la responsabilidad penal. Toda la teorización resumida hasta aquí sobre su distinta orientación, fundamento, fines y sujetos actuantes resultaría vacía si una vez cumplida la responsabilidad política, la responsabilidad penal se diera por extinguida. Los distintos fundamentos no permiten siquiera la absorción de la responsabilidad penal en un concurso de normas y, con mucha mayor razón, la acumulación de responsabilidades es imperiosa si, además, no es admisible que el juicio político sustituya al juicio penal.

En el supuesto inverso, tampoco cabe que la responsabilidad penal absorba a la responsabilidad política, pese a que ello es frecuentemente reivindicado por aquellos a quienes se demanda responsabilidad política cuando pretenden evitarla, remitiéndose al pronunciamiento de la jurisdicción penal. Aquí el argumento no es sólo la repetida distinta naturaleza de ambas responsabilidades, sino, además, la también repetida necesidad de evitar la judicialización de la responsabilidad política, remitiendo el problema a los Tribunales. Para que cumpla con su función simbólica, la responsabilidad política debe ejecutarse inmediatamente o con la mayor proximidad posible a los hechos de manera que esperar a la valoración judicial —incongruencias aparte— supone tanto como vaciarla de contenido.

6.2. Responsabilidad política y prueba de la responsabilidad penal

La necesaria inmediatez de la responsabilidad política plantea el segundo problema apuntado, esto es, la repercusión de la responsabilidad política en la *prueba* de la responsabilidad penal. Tanto si se cesa al responsable político como si éste dimite, puede interpretarse como un reconocimiento de los hechos o una confesión pública, que, pese a no ser una prueba en el sentido procesal estricto, pudiera influir posteriormente en la valoración del juez penal. Y, de acuerdo a lo dicho hasta aquí, no cabe esperar a una prueba judicial de los hechos para exigir la responsabilidad política.

La cuestión no es artificiosa ni irrelevante: si aquél a quien se demanda responsabilidad política se encuentra, además, investigado penalmente por los mismos hechos, puede verse compelido a reconocerlos, en lo que equivaldría materialmente a una declaración en contra de sí mismo que —de acuerdo al art. 24.2 CE— tiene derecho a no realizar.

La solución es difícil, pero pasa inevitablemente por insistir en la distinta naturaleza de la responsabilidad política y en su finalidad orientada a confirmar la vigencia del sistema democrático disminuyendo el

perjuicio para la institución de que se trate. Desde este planteamiento, el acusado de delito que dimite puede hacerlo para evitar dicho perjuicio sin reconocimiento pleno de los hechos y, obviamente, sin que su dimisión constituya prueba en el juicio. E, incluso siendo ciertos los hechos, puede resultar absuelto por multitud de motivos relativos a la perseguibilidad o la calificación jurídica de los mismos.

Puede decirse, —diferencias teóricas aparte—, que existe el riesgo de que la dimisión en estos casos influya, siquiera subliminalmente, en la valoración posterior de la prueba, pero frente al mismo debe prevalecer la explicación clara de la dimisión y la confianza en los tribunales para mantener la clara distinción conceptual sobre la responsabilidad penal y las exigencias de su prueba. En cierta forma, la situación se asemeja a aquella en que se exige la abstención de un juez en un asunto porque se encuentra en una posición en la que no cumple con la necesaria apariencia de imparcialidad, lo que no significa un juicio de fondo sobre la parcialidad de su actuación.

Pero, en todo caso, de mantenerse que el reconocimiento de la responsabilidad política por el investigado penalmente resulta —en terminología penal—, menos exigible, está todavía más indicado que sea la propia institución la que reaccione, en beneficio de la confianza ciudadana, cesando al responsable político. Desde el punto de vista de la institución, el fundamento de la responsabilidad política y el consiguiente cese, resulta mucho más evidente y, al mismo tiempo, menos relevante para la prueba procesal de los hechos, puesto que no puede equipararse a una confesión de los mismos por parte del acusado.

Todavía en materia de prueba, resta una consideración obvia pero no por ello menos problemática: lo que puede ser considerado suficiente para exigir responsabilidad política por determinados hechos, puede, en cambio, no superar las exigencias de la prueba en el proceso penal. En efecto, hechos que pueden considerarse demostrados —o, al menos, verosímiles—, ante la opinión pública pueden suponer la pérdida de confianza respecto del responsable político sin que, en un posterior o simultáneo proceso penal, superen las exigencias de la prueba y lleguen a ser declarados *verdad procesal*.

La prueba de la verdad procesal requiere, como es sabido: a) convencimiento sobre la certeza de la culpabilidad; b) existencia de una mínima actividad probatoria de cargo y, c) que la prueba se haya obtenido y practicado con todas las garantías (práctica en el juicio oral con inmediación, oralidad, concentración y publicidad, contradicción y prohibición de pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales)⁴². Pues bien, para demandar responsabilidad política ni siquiera es necesario que concorra plenamente el primer requisito, esto es, el convencimiento sobre la culpabilidad, puesto que no se trata de atribuir culpabilidad en sentido jurídico penal. Bastará con que se haya establecido una convicción generalizada sobre determinados hechos, suficiente como para que el apartamiento del cargo de su responsable resulte necesario para restaurar la confianza en el funcionamiento del sistema democrático. Pero en ningún caso ello equivale al establecimiento de la verdad procesal que necesita de los restantes elementos enunciados, con los que se asume el riesgo de que hechos ciertos queden sin sanción por no haberse logrado su demostración en juicio.

Si acabamos de decir que esta obvia consideración resulta problemática es porque sus consecuencias pueden provocar una perplejidad sólo superable si se insiste una vez más en la peculiar y desformalizada orientación de la responsabilidad política. Y no siempre es fácil.

En efecto, existen hechos verosímiles aunque no demostrados plenamente ante la opinión pública y también hechos que pueden considerarse plenamente demostrados en dicho ámbito, pero que no es probable que lleguen a constituir verdad procesal bien porque no llegue a demostrarse su autoría material, bien porque no superen el test probatorio exigible constitucionalmente. Puede citarse como ejemplo de lo primero, casos de filtraciones generalizadas de información o la existencia de actividades como las escuchas ilegales y grabación de conversaciones del Ministro del Interior que —aunque su divulgación pueda beneficiar al derecho a la información— demuestran el descontrol y los enfrentamientos internos en el sector político-administrativo en cuestión⁴³, con independencia de la autoría material de los hechos que, en su caso, generaría responsabilidades

42 Puede verse la síntesis de la doctrina del TC al respecto en ARMENTA DEU, *Lecciones de Derecho procesal penal*. Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 59 y ss.

43 Me refiero al episodio de las conversaciones entre el Ministro del Interior, Sr. Fernández Díaz y el Director de la Oficina Antifraude de la Generalitat de Catalunya, Sr. De Alfonso, publicadas en junio de 2016, en las que se evidenciaba la connivencia entre ambos responsables en la búsqueda prospectiva de responsabilidades de dirigentes políticos catalanes, claramente inspirada por intereses políticos. Además del contenido de las conversaciones, la propia existencia de las grabaciones en el despacho del Ministro remitía a problemas de

jurídicas. El mismo caso sirve para ilustrar la segunda hipótesis enunciada, esto es, hechos comprobados para la opinión pública pero que difícilmente pueden llegar a constituirse en verdad procesal: sin entrar en la eventual calificación penal de los hechos revelados en las conversaciones, la obtención subrepticia de las grabaciones conduce al veto de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales (art. 11.1 Ley Orgánica del Poder Judicial).

Esta radical discrepancia en las exigencias probatorias de una y otra clase de responsabilidad no sólo puede provocar perplejidad ante la opinión pública que demanda responsabilidad política, sino también sentimiento de impotencia ante la inexistencia de instrumentos coercitivos para hacerla efectiva, más allá de la genérica y frecuentemente decepcionante remisión al reproche electoral⁴⁴. Pero tales efectos no deben conjurarse ni con la judicialización forzada que exija de los jueces la solución de un problema político, ni mucho menos con un cambio de las reglas de la prueba procesal de consecuencias nefastas para los derechos de todos los ciudadanos.

6.3. La repercusión de la condición del investigado en su posición política

La LO 13/2015 de 5 de octubre de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales sustituyó el término «imputado» en el proceso penal por el de «investigado». Según el preámbulo de la ley, este término resulta más adecuado para designar a aquel sobre el que recaen meras sospechas pero no suficientes indicios como para atribuirle formalmente la comisión de un delito y, además, evita las connotaciones negativas y estigmatizadoras que acompañaban a la terminología anterior. Lo cierto es que con anterioridad a esta reforma ya se había puesto de manifiesto que el término «imputado» no debía ser considerado estigmatizante puesto que no necesariamente se asociaba a la existencia de indicios racionales sino que recogía una situación por la que se activa el derecho de defensa del afectado, evitando la acusación «sorpresiva» en estadios más avanzados del procedimiento (STC 186/1990 de 15 de noviembre)⁴⁵.

Lo anterior viene a cuento porque cuando el incremento de procedimientos penales por delitos relacionados con la corrupción afecta a cargos políticos y miembros de partidos es frecuente que éstos, no sólo no renuncien a sus puestos, sino que sean incorporados a listas electorales, decisión ésta que, obviamente, depende del partido al que representan. La presencia de «imputados» en la política —sea en los cargos que ocupan, sea en la incorporación a listas electorales—, motiva las lógicas críticas no sólo en la expresión de la opinión pública, sino también en la doctrina penal⁴⁶. Desde luego, el término «investigado» incorporado en la reforma de 2015 tiene una menor carga semántica estigmatizadora y se adecua mejor a la realidad, pero es pronto para comprobar si con ello se disminuyen las reticencias ante la presencia de investigados en política.

La cuestión es si el ordenamiento jurídico positivo debe reaccionar de alguna manera ante la excesiva y poco edificante presencia de sospechosos de delito en cargos políticos y listas electorales, como en ocasiones se propone. Las respuestas judiciales a plantear deberían incluir, en principio, el apartamiento del cargo o la suspensión del derecho de sufragio pasivo, vetando la presentación a las convocatorias electorales.

El primer inconveniente radica, lógicamente, en la presunción de inocencia que asiste al investigado. Las medidas a adoptar deberían ampararse en la categoría de medidas cautelares sometidas a la ponderación de su necesidad y proporcionalidad, lo que conduce a valorar si realmente son necesarias para la protección del proceso penal, como, por ejemplo, ocurre con la prisión preventiva. En términos generales, no parece fácil argumentar los beneficios que tales medidas aportarían al desarrollo del proceso, pero baste aquí con dejar planteada la cuestión, para centrarnos en el objeto de estas páginas, situado en las relaciones entre responsabilidad penal y responsabilidad política.

En mi opinión, *juridificar* el apartamiento de los sospechosos de delito sea de su cargo, sea de las convocatorias electorales posee una única ventaja y muchos inconvenientes que llevan a desaconsejarlo. La ventaja, en coherencia con lo expuesto hasta aquí, consistiría en simbolizar la retirada de confianza a quien resulta

hondo calado en la gestión del Ministerio. En el momento de redactar estas páginas, el Director de la Oficina Antifraude ha sido destituido por el Parlamento de Catalunya que lo había nombrado, mientras el Ministro sigue en su puesto.

44 En el caso referido en el texto, pese al escándalo político-mediático, el Partido Popular que sustentaba al Gobierno mejoró sus resultados (también en las circunscripciones catalanas) en las elecciones legislativas inmediatamente posteriores del 26 de junio de 2016

45 Vid. DE LA ROSA CORTINA, *Confesiones. Declaraciones de imputados y acusados. Coimputados, testigos imputados y testigos condenados*. Cizur Menor, Thomson-Reuters-Aranzadi, 2012, p. 16.

46 DE LA CUESTA ARZAMENDI, «La corrupción», cit., p. 12.

sospechoso de delito —si ya ocupa un cargo—, o la negativa a otorgársela, pese a que quienes deberían hacerlo son los electores, frecuentemente inclinados a lo contrario. Obsérvese que son ventajas propias de la responsabilidad política que, en todo caso, pueden ser obtenidas desde las instituciones responsables y, especialmente, desde los partidos, sin necesidad de disponer legalmente un instrumento judicial que les *obligue* a obtenerlas.

En efecto, las propuestas a que nos venimos refiriendo conllevarían la juridificación de la responsabilidad política, lo que, una vez vista su volatilidad y difícil materialización, resulta claramente atrayente. Sin embargo, los inconvenientes son, a mi juicio, muy superiores.

De entrada, no es desdeñable un incremento de denuncias y querellas con escaso fundamento e instrumentalizadas para apartar al rival político. La instrumentalización política del proceso penal no es un fenómeno desconocido en nuestro sistema y a ella suele atribuirse el fundamento de las inmunidades como obstáculos procesales para limitarla, pero el riesgo de provocarla se incrementa notablemente si la condición de sospechoso supone el apartamiento *ex lege* del rival. Tampoco es desdeñable la posibilidad de responder a unas denuncias con otras, generando una maraña de diligencias judiciales que no sólo banalicen el procedimiento penal, sino que sitúen a los jueces en una difícilísima posición: o investigan, asumiendo las duras consecuencias políticas de su decisión, o limitan la investigación para evitar la instrumentalización política del proceso.

En suma, se judicializa la política y se politiza la justicia. No sólo se atribuiría un poder excesivo a los jueces, sino que con ello se les convertiría en actores políticos, condición que, lamentablemente, ya se les atribuye con demasiada frecuencia y que ha conducido a politizar gravemente los nombramientos realizados por el Consejo General del Poder Judicial y su propia elección.

Pero, sobre todo, juridificar el apartamiento del sospechoso de delito, desplazaría la responsabilidad de quienes realmente deben abordar el problema. Me re-

fiero a la institución en la que el sospechoso desempeña su cargo y a su partido político que son quienes deben valorar y, en su caso, materializar la respuesta política ante las sospechas de delito. Como se ha dicho al exponer los sujetos intervinientes en la realización de la responsabilidad política (*supra*,3), los partidos políticos son una pieza esencial, aunque no por ello especialmente inclinada a desempeñar esta función. Pues bien, si la ley desviara su responsabilidad hacia órganos judiciales, proporcionaría una magnífica coartada para la pasividad de los partidos. De hecho, es ya relativamente frecuente que algunos políticos denunciados públicamente por irregularidades —y sus formaciones políticas— argumenten que no han sido «imputados», es decir, sin imputación o investigación penal pretenden que la responsabilidad política se desvanece lo que, como hemos dicho, es insostenible.

Las políticas contra la corrupción y otros comportamientos irregulares que minan el sistema democrático no puede abordarse —se ha dicho muchas veces, con escaso éxito— exclusivamente desde la respuesta penal y sin la implicación de los actores decisivos, esto es, las instituciones afectadas y los partidos políticos. Ante su ineficacia, buscar la solución jurídica expeditiva apartando al meramente sospechoso —con independencia de la repercusión en los derechos individuales—, puede parecer una respuesta que, por radical, resulte tranquilizadora. Pero como otras respuestas aparentemente radicales que dan soluciones fáciles a problemas complejos, esconde el verdadero problema y genera otros muchos.

A modo de conclusión forzosamente general: la vagorosa delimitación conceptual de la responsabilidad política genera inevitables inseguridades y frustraciones. Es fuerte la tentación de proporcionarle asideros jurídicos coactivos y eficaces, pero la regulación no sólo vacía de contenido a la responsabilidad política sino que contamina las responsabilidades jurídicas. Desde el mundo del derecho sólo podemos aspirar a proporcionar una cierta claridad y sistematización conceptual, modesto objetivo al que pretenden haber servido estas páginas.