

Revista

ISSN 2007-4700

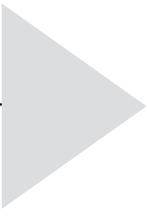
Permal

MÉXICO

Número 11 y número 12
septiembre de 2016 •
agosto de 2017



La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos¹



Elena Núñez Castaño

Universidad de Sevilla

RESUMEN: *La reforma realizada por la L.O. 1/2015 de 30 de marzo incorporó por primera vez en nuestro Código Penal el delito de financiación ilegal de partidos políticos, el cual constituía uno de los temas más conflictivos y cuestionados por la sociedad en relación con este tipo de organizaciones, desde el prisma sobre todo de su consideración como una manifestación de la corrupción pública existente en nuestro país. Sin embargo, ni la técnica de tipificación, ni las conductas incluidas son las adecuadas para hacerle frente, sino que, por el contrario se ha efectuado una regulación incoherente, insuficiente, que dará lugar a importantes lagunas de punibilidad así como a un serio cuestionamiento de su legitimidad penal. Por ello, el tema del presente artículo, además de un análisis de los elementos típicos de cada uno de los delitos de financiación ilegal, se dedica a poner de relieve los aspectos más cuestionables y controvertidos de la regulación misma.*

PALABRAS CLAVE: *Financiación ilegal, corrupción pública, criminalidad organizada, principio de legalidad.*

ABSTRACT: *The reform realized by the L.O. 1/2015, of March 30 incorporated for the first time in our Criminal Law, the crime of illegal financing of political parties, which was constituting one of the topics most troubled and questioned by the society in relation with this type of organizations, from the perspective of his consideration as a manifestation of the public existing corruption in our country. Nevertheless, neither the technique of criminalization, nor the conducts includes are adequated to face it, but, on the contrary has been made an incoherent, insufficient regulation, which will give place to important absences as well as to a serious question of his criminal legitimacy. Therefore, the subject of this article, in addition to an analysis of the typical elements of each of the crimes of illegal financing, is dedicated to highlighting the most questionable and controversial aspects of the regulation itself.*

KEY WORDS: *Illegal financing, public corruption, organized criminality, legality.*

¹ El presente artículo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación I+D+I DER2014-53159-P, sobre “Regeneración democrática y estrategias penales en la lucha contra la corrupción”, de Ministerio de Economía y Competitividad.

SUMARIO: I. Consideraciones previas. II. Regulación penal de la financiación ilegal de partidos políticos: 1. Bien jurídico protegido en la financiación ilegal de partidos políticos. 2. Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos en el Código Penal. 2.1. El delito de financiación ilegal. 2.2. El delito de pertenencia a una organización con la finalidad de financiar ilegalmente a los partidos políticos. III. Conclusiones. IV. Bibliografía.

Rec: 07/09/2016 | Fav: 17/11/2016 | Código ORCID: orcid.org/0000-0002-0612-5483

I. Consideraciones previas

Los partidos políticos representan un papel protagonista en el sistema político español; papel que se encuentra recogido en el art. 6 de la Constitución Española, al afirmar que “expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son el instrumento fundamental de la participación política”, a lo que se une el hecho de su influencia en casi la totalidad de las instituciones políticas y administrativas del Estado.² Y es precisamente esta transcendencia para el sistema político lo que ha llevado a que su sostenimiento económico se convierta en pieza clave, tanto en el ámbito político como en el institucional.

Así, según Ariño Ortiz³ “la financiación de la vida política, que se plasma principalmente en los partidos, no es sólo un elemento instrumental, sino que constituye uno de los parámetros configuradores del modelo de democracia de un país”. Partiendo de esta base señala Sandoval Coronado,⁴ que en la actualidad los partidos políticos se han convertido en “máquinas electorales que en lugar de fortalecerse como organización de militantes que sufragan sus gastos con cuotas y trabajo voluntario, han privilegiado la obtención de subvenciones públicas y de donaciones de grupos económicos como vías para hacer frente a los gastos que generan las campañas electorales”, entendiéndolo que es en este contexto de búsqueda de recursos económicos donde “se aprecia de manera más acusada el fenómeno de la corrupción en la financiación de los partidos políticos”.

La financiación de los partidos políticos es uno de los temas más conflictivos y cuestionados por la sociedad en relación con este tipo de organizaciones. Así, la falta de transparencia en relación tanto con sus ingresos y como con sus gastos determina una importante ausencia de control respecto de sus finanzas y actividades. A todo ello se une el hecho de que, en los últimos tiempos, han sido numerosos los casos de financiación “irregular” de partidos políticos que han saltado a la luz pública en nuestro país.

De este modo, este tipo de corrupción que había sido entendido como fenómeno individual por cuanto sólo afectaba a un concreto número de funcionarios o autoridades, “se ha manifestado en los últimos años con toda su crudeza a través de varios casos que han acaparado la atención mediática, como un fenómeno casi sistémico que se ha introducido en el corazón de los partidos políticos, corroyendo sus estructuras y corrompiendo a dirigentes e importantes cargos de los partidos políticos más relevantes”.⁵

Efectivamente, desde los años 80 del siglo pasado en España se han sucedido, casi de manera ininterrumpida, diversos escándalos de financiación de partidos políticos; así desde el caso *Filesa*, que afectó de lleno a la financiación del Partido Socialista Obrero Español, podemos llegar a la actualidad con el caso *Gurtel*, o el caso *Barcenás*, todavía en curso, y que inciden en la financiación del Partido Popular, con ciertos tintes, incluso, de la existencia de organizaciones criminales subyacentes. Estos escándalos han ocupado durante años portadas de periódicos y cabeceras de telediarios, y han marcado de manera rotunda y decisiva el devenir de la política nacional.⁶

² Cfrs. Sandoval Coronado, “La financiación corrupta de los partidos políticos. A propósito del ‘caso Pallerols’”, en *La intervención penal en supuestos de fraude y corrupción. Doctrina y análisis de casos*, Puente Aba (Directora), Barcelona, 2015, p. 329.

³ Cfrs. Ariño Ortiz, *La financiación de los partidos políticos*, Documentos del Foro de la Sociedad Civil, nº 1, 2009, p. 4, <http://www.medioscan.com/pdf/financiacionpartidos.pdf>, ult. consult. 28.10.2016.

⁴ Cfrs. Sandoval Coronado, “La financiación corrupta de los partidos políticos”, *op. cit.*, p. 330.

⁵ Cfrs. Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte Especial*, 20ª ed., Valencia 2015, p. 475.

⁶ Así, de forma resumida, podemos señalar como casos más relevantes o conocidos: Caso *Flick* (noviembre de 1984), en el que se acusaba al PSOE de haber recibido dinero negro procedente de fundaciones alemanas; Caso *de las trapaperras* (marzo de 1990), en el que

A pesar de esta rabiosa actualidad e innegable omnipresencia del fenómeno que daba a entender que la financiación irregular de los partidos políticos tenía respuesta jurídico penal en nuestro ordenamiento jurídico, lo cierto es que, como tal, no lo ha sido sino hasta la Ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo, mediante la introducción de un nuevo Título en el Código Penal, el XIII *bis*, dedicado específicamente a la Financiación ilegal de partidos políticos.

Y ello se deriva de la evidente marginación que la cuestión de la financiación ilegal de partidos políticos sufre en el discurso anticorrupción internacional; de hecho ninguna de las Decisiones Marco ni Directivas procedentes de la Unión Europea hacen mención alguna a la regulación específica en las legislaciones de los países miembros, de un delito relativo a la financiación ilegal de partidos políticos. A pesar de ello, son numerosos los países que establecen disposiciones penales específicas acerca de este tema.⁷

Al mismo tiempo, es preciso señalar que el Consejo de Europa creó el Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO), al que encomendó el seguimiento y control de las medidas que adoptasen los distintos Estados firmantes en relación con el cumplimiento de las recomendaciones que el Grupo realizaba en materia de corrupción. Sobre esta base, el 8 de abril de 2003, el GRECO, adoptó una recomendación, suscrita por España, referente a las medidas para combatir la corrupción política en el seno de cada uno de los países firmantes, y en el año 2007 puso en marcha una evaluación sobre la transparencia en la financiación de los partidos políticos. Los

informes GRECO correspondientes a los años 2009, 2011 y 2013, arrojaron una valoración muy crítica del régimen de transparencia en los partidos políticos españoles, planteando una serie de propuestas de reforma en esta materia.⁸ Sin embargo, lo cierto es que, al margen de los concretos informes GRECO, ninguna actividad legislativa de la Unión Europea ha estado encaminada a aportar directrices específicas en relación con los casos de financiación ilegal de partidos políticos, que como veremos, constituyen un claro foco de corrupción, a pesar de la profusa normativa anticorrupción que se ha producido en el ámbito internacional en los últimos años. Parece como si los supuestos de financiación ilegal o bien fueran irrelevantes o insignificantes, o bien se encontraran claramente al margen de la corrupción política. Tal y como expondremos en este trabajo, en nuestra opinión no es cierto ni lo uno ni lo otro, y la realidad, al menos la realidad española, demuestra que es uno de los principales temas de preocupación en la sociedad.

Ahora bien, al margen de lo que pudiera considerarse que representan este tipo de comportamientos a efectos de la regulación legislativa de un concreto Estado, lo cierto es que antes del recurso a un instrumento coercitivo y reactivo como es el Código Penal resulta preciso, tal como señala Bustos Rubio,⁹ “enfaticar mucho más en los instrumentos eminentemente preventivos frente al fenómeno de la corrupción en general, y de la corrupción de los partidos políticos en particular”, señalando que la clave se encuentra en

se concedían licencias de máquinas tragaperras sin seguir los cauces legales a cambio de comisiones que, presuntamente, sirvieron en parte para la financiación del PNV; Caso *Naseiro* (abril de 1990), en el que se descubren indicios de que el PP fuerza a empresas inmobiliarias a pagar comisiones para poder construir; Caso *Filesa* (Mayo de 1991), en el que tres empresas cobraban importantes cantidades de dinero por concepto de asesoramiento para destacadas empresas y bancos, actividad que nunca llegó a realizarse, y que ocultaba una financiación del PSOE; Caso *Ave* (mayo 1992), desglosado del caso *Filesa*, donde se investigaron presuntas comisiones pagadas en la construcción de la línea de Alta Velocidad Madrid-Sevilla, que sirvieron para la financiación del PSOE; Caso *Soller* (mayo de 1995), en el que hubo cobro de comisiones a la empresa adjudicataria de la construcción del túnel de Soller y que se dedicaron a la financiación del PP; Caso *del 3%* (2003), presuntamente CIU cobraba comisiones del 3% a las empresas adjudicatarias de contratos de construcción en Cataluña; Caso *Gurtel* (2009), se trata de una trama de cobro de comisiones ilegales a empresas para la financiación del PP; Caso *Campeón* (2011), donde se detecta una trama para captar subvenciones ilegales, que afectó a varios partidos políticos, PP, PSOE, BNG; Caso *Bárceñas* (2013), es un derivado del Caso *Gurtel* en el que el tesorero del PP pagaba presuntamente sobresueldos a altos cargos del PP que se proveían de comisiones pagadas por empresas que resultaban adjudicatarias de contratos de la Administración; Caso *Pallerols* (2013), por financiación ilegal de Convergencia de Cataluña, donde presuntamente se cobraron seis millones de euros de comisiones de distintas empresas.

⁷ Cfrs., Maroto Calatayud, *La financiación ilegal de partidos políticos: un análisis político criminal*, Marcial Pons, Madrid 2015, *passim*.

⁸ Así, el informe de evaluación de 2013, determinaba que sólo seis de las 15 recomendaciones del GRECO habían sido adoptadas correctamente por España. Cfrs. Bustos Rubio, “El nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos”, en *Revista Penal*, nº 37, Enero 2016, pág. 63.

⁹ Cfrs. Bustos Rubio, *Ibidem, ibidem, ibidem*.

La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos

la transparencia y en un alto grado de participación ciudadana.¹⁰

Sin embargo, no ha sido sino hasta la reforma realizada por la LO 1/2015, donde el legislador español ha incorporado la tipificación expresa de diversas conductas consistentes en financiación ilegal de partidos políticos. Hasta ese momento, las posibles irregularidades en la financiación de los agentes y partidos políticos, podrían constituir alguna de las infracciones previstas en la Ley de Financiación de Partidos Políticos (LFPP),¹¹ o bien alguno de los delitos electorales previstos en el Ley de Régimen Electoral general,¹² en concreto, como veremos, la figura contenida en el art. 149 de castigo de la falsedad de la contabilidad electoral, pero aplicable exclusivamente durante el período de elecciones, o bien, la aplicación de manera creativa de algunos delitos contenidos en el Código Penal, como pudieran ser los delitos contra la Administración Pública,¹³ apropiación indebida,¹⁴ delitos societarios, falsedad o delitos contra la Hacienda Pública. Incluso se ha llegado a plantear la posibilidad de aplicar el delito de asociación ilícita, al considerar que podrían tratarse de casos de criminalidad organizada.¹⁵

Si bien es cierto que hasta este momento, la financiación ilegal no fue tipificada como delito autónomo, sin embargo desde hace décadas existían voces que abogaban por la inclusión expresa de este tipo delictivo,¹⁶ lo que provocó que el debate surgiera ya con ocasión de la elaboración del Código Penal de 1995, con la Ley de Financiación de Partidos Políticos, y con la reforma del Código Penal, realizada por la Ley orgánica 5/2010, de 22 de junio. Sin embargo, no fue sino hasta la Ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo, cuando se tipifica de manera expresa el delito de financiación ilegal de partidos políticos.

Es preciso señalar que la incorporación de este nuevo tipo penal no se encontraba prevista en el Anteproyecto, sino que se incluye durante la tramitación parlamentaria, como consecuencia de los escándalos de financiación de partidos políticos y de corrupción que fueron surgiendo.¹⁷

Así, frente a la presunta laguna legal existente en nuestro Código Penal, el legislador de 2015 ha optado por incluir una serie de figuras delictivas que sancionan penalmente lo que se ha dado en denominar *financiación ilegal de partidos políticos*.¹⁸ De este modo,

¹⁰ Cfrs. Bustos Rubio, *Ibidem, ibidem, ibidem*. Navarro Cardoso, “Corrupción, transparencia y Derecho Penal. Especial referencia al derecho de acceso a la información pública”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n° 14, diciembre de 2014, pp. 106 y ss.

¹¹ Aprobada por la LO 8/2007, de 4 de julio, y modificada por la LO 5/2012, de 23 de octubre, y 3/2015, de 30 de marzo, mediante la cual se regula la *financiación ordinaria*, esto es, la destinada a costear los gastos de los partidos relacionados con el funcionamiento y las actividades de carácter extra-electoral.

¹² Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, donde se legisla la *financiación electoral*, destinada a sufragar los gastos propios de las campañas desarrolladas con motivo de las elecciones.

¹³ Así, se han aplicado los delitos de cohecho, prevaricación, malversación o tráfico de influencias; sin embargo, lo cierto es que estos tipos delictivos serían en realidad delitos conexos o de los que se derivan las acciones de financiación ilegal, que no abarcarían el desvalor propio de estos comportamientos, sino otro colateral y diverso. A esta situación, Maroto Calatayud la ha denominado “atipicidad relativa”, manteniendo que esta situación persiste tras la reforma de 2015, en la cual, dada la redacción de los nuevos tipos penales, permanecerán en la atipicidad “un amplio abanico de conductas, comúnmente asociadas a la financiación ilegal de partidos: todas las que quedan fuera de los artículos 5, ap.1 y 7 de la LOFP”, cfrs. Maroto Calatayud, *La financiación ilegal de partidos políticos*, op. cit., pp. 175 y 176.

¹⁴ Sin embargo, en realidad, los casos más relevantes no constituyen un supuesto en que el un sujeto perteneciente a la organización política se apropie irregularmente de los fondos de la misma, sino que la organización misma sea financiada a través de fondos que se han obtenido de manera irregular.

¹⁵ De hecho, en mi opinión, la realidad criminológica que se desprende del principal y más grave caso de financiación ilegal que se ha producido hasta el momento en nuestro país, esto es, el *caso Gurtel*, pone de relieve la existencia de una trama de corrupción que funciona como una auténtica estructura organizada para la comisión de distintos tipos delictivos, en concreto cohecho, malversación, tráfico de influencias, incluso blanqueo, y, evidentemente, como conducta conexa o derivada de las anteriores, la financiación ilegal del partido político en cuestión. En una línea similar, si bien contactando con la responsabilidad penal del partido político como persona jurídica, señala MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., pp. 475-476 que “ya no se trata, o no sólo, de la corrupción individual de los dirigentes y miembros del aparato político o burocrático de los partidos, que tienen o deben tener su respuesta punitiva por los correspondientes delitos que cometan, sino de elevar a la categoría de delito la financiación ilegal misma del partido como institución política y, por tanto, si ello fuera necesario, exigir incluso la responsabilidad penal del propio partido político, como persona jurídica, sin perjuicio de la que corresponda a los que actúan en su nombre o representación”.

¹⁶ Vid, por todos, Maroto Calatayud, *Corrupción y financiación de partidos políticos: un análisis político criminal*, https://www.academia.edu/4077753/Corrupci%C3%B3n_y_financiaci%C3%B3n_ilegal_de_partidos_pol%C3%ADticos_un_an%C3%A1lisis_pol%C3%ADtico-criminal, pag. 82, nota 229, ult. Consult. 18 de noviembre de 2015.

¹⁷ Cfrs. Sainz-Cantero Caparros, “Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, en Morillas Cueva (Direct.), *Estudios sobre el Código Penal reformado*, Madrid 2015, p. 659.

¹⁸ Así, como iremos delimitando, se considerarán “financiación ilegal”, todas aquellas aportaciones, donaciones o ingresos que se hayan realizado y/o recibido al margen de lo dispuesto en la LO 8/2007, de 4 de julio sobre financiación de los partidos políticos, y sus sucesivas

mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se incluye en el Libro II del Código Penal, el Título XIII *bis*, bajo la rúbrica “*De los delitos de financiación ilegal de partidos políticos*”, que abarca dos nuevos preceptos, el art. 304 *bis* y el art. 304 *ter*, mediante los que se tipifican conductas delictivas que, según la Exposición de Motivos de la mencionada Ley, consistan en aceptar o recibir donaciones ilegales, o participar en estructuras y organizaciones cuyo principal objeto sea el de financiar ilegalmente a un partido político.¹⁹

Esta nueva incorporación típica implicó una amplia y profunda modificación de la LOFPP a fin de establecer una armonización y cohesión entre la regulación penal y la administrativa de los supuestos de financiación de los partidos políticos. Es por ello, que el mismo 31 de marzo de 2015, se publica en el *Boletín Oficial del Estado*, la LO 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico-financiera de los partidos políticos, por la que se modifican, entre otras, la LO 8/2007, de 4 de julio, y mediante la que se regula específicamente el cauce a través del cual han de realizarse las donaciones, se delimita el concepto de donación, se prohíben las donaciones realizadas por personas jurídicas, así como las condonaciones de deuda por las entidades de crédito,²⁰ se regula expresamente la figura del responsable de la gestión económico-financiera²¹ y se incorpora, junto al catálogo de infracciones muy graves ya previstas, una serie de faltas graves y leves, que determinan

la imposición de sanciones al margen del Derecho penal.²²

A pesar de todo ello, las incoherencias y lagunas en la regulación penal en esta materia siguen siendo graves e importantes. En este sentido, señala Nieto Martín²³ que “la legislación sobre financiación de partidos ha estado y está llena de lagunas inexplicables que dificultan el control sobre su financiación, que justamente es percibido como uno de los grandes problemas de la democracia”, y, así, pone de relieve, por ejemplo, la ausencia de regulación legal y penal en relación con la financiación de las fundaciones de los partidos políticos, lo que implica la falta de control del trasvase de fondos de uno a otro;²⁴ del mismo modo, señala que, si bien es cierto que tras la última reforma de la LOFPP, se prohíben las condonaciones de deuda totales o parciales de los partidos políticos por parte de las entidades de crédito (art. 4, apartado 4 LOFPP), por considerar que se trataría de una donación realizada por una persona jurídica, sin embargo, este comportamiento, si bien constituye una infracción muy grave de la LOFPP, quedaría al margen de la regulación penal, siendo, por tanto, atípico.²⁵

En relación con la concreta intervención penal establecida por la LO 1/2015, tampoco se ha producido de igual manera e intensidad en todos los ámbitos. De hecho, en la regulación que se realiza en nuestro ordenamiento jurídico de la financiación de los partidos políticos, se pueden distinguir dos grandes ámbitos: la financiación de las campañas políticas, esto es, la

reformas, y, más concretamente, cuando las cantidades que sufragan su actividad se hayan obtenido fuera de lo dispuesto por la LOFPP, o bien no respondan a los límites y requisitos previstos en la misma. Por ejemplo, en el caso de donaciones privadas, el art. 5 LOFPP, establece que los partidos políticos no podrán aceptar donaciones anónimas (apartado 1, a), o superiores a 50.000 euros (apartado 1 b), o donaciones de personas jurídicas (apartado 1 c), junto a ello obliga a declarar al Tribunal de Cuentas, las donaciones superiores a 25.000 euros y las donaciones de bienes inmuebles (apartado 2).

¹⁹ Tal como señala, Muñoz Cuesta, “Delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, en *revista Aranzadi Doctrinal*, nº 5/2015, pág. 1, la descripción contenida en los nuevos arts. 304 *bis* y 304 *ter*, los configura como normas penales en blanco, puesto que la delimitación de lo que se considera como “financiación ilegal”, se realiza por remisión a la LO 8/2007, mediante la que se determinan los requisitos y condiciones de la financiación legal.

²⁰ En la LOFPP, versión anterior a la LO3/2015, los arts. 4 y 5 permitían la donación realizada por personas jurídicas, y el límite establecido era de 100.000 euros; además, el art. 4, apartado 4 preveía la posibilidad de condonaciones de deudas por parte de las entidades de crédito sujetas al límite de 100.000 euros anuales. Tras la LO 3/2015, el mismo art. 4, apartado 4, párrafo 2º prohíbe expresamente la condonación total o parcial de deudas a los partidos políticos.

²¹ La LO 3/2015, introduce un nuevo artículo, el 14 *bis*, en relación con el responsable de la gestión económico-financiera, en el que se establecen tanto los requisitos para su nombramiento, como sus funciones y régimen de responsabilidad del mismo.

²² El art. 17 de la LOFPP, establece las infracciones muy graves en el apartado 2º, las graves en el apartado 3º y las leves en el apartado 4º; mientras que el art. 17 *bis* determina las sanciones correspondientes a cada una.

²³ Cfrs. Nieto Martín, en Gomez Rivero y otros, *Nociones fundamentales de Derecho Penal, Parte Especial*, vol. II, 2ª ed., Madrid 2015, pág. 472.

²⁴ Señala Nieto Martín, *Nociones fundamentales de Derecho penal, Parte Especial, op. cit.*, a modo de ejemplo, que el personal del partido podría ser aparentemente contratado por la fundación, con lo que trabajando para aquel sea costado por ésta, o que la fundación pudiera hacerse cargo de determinados actos o campañas del partido, o pagar la hipoteca o alquiler de las sedes que comparten, etc.

²⁵ Cfrs. Nieto Martín, *Ibidem*.

La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos

relativa a los gastos en período electoral que se encuentra regulada en la Ley Orgánica de Régimen Electoral general (LOREG); y la financiación de los gastos ordinarios de los partidos políticos que es a la que se refiere la mencionada LOFPP.

No terminan aquí los defectos de los que, en mi opinión, adolece la regulación de este nuevo tipo penal, o mejor dicho, no comienzan aquí. El primero de ellos viene determinado por la cuestión de cuál es el bien jurídico que se pretende proteger al sancionar este tipo de comportamientos. Como veremos, serán varios los objetos de tutela que se barajen, sin que, por el momento, exista acuerdo doctrinal en relación a cuál o cuáles sean estos bienes jurídicos, y ni siquiera respecto a si existe un bien jurídico, y a si las conductas específicamente reguladas son o no lesivas para el o los concretos objetos de tutela.

Esta indefinición del bien jurídico a proteger, provoca un segundo defecto que ocasiona aún mayor confusión sobre el tema: el de su cuestionable ubicación sistemática. La reforma operada por la LO 1/2015, introduce el nuevo Título XIII *bis*, ente el Título XIII relativo a los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, y el Título XIV de los delitos contra la Hacienda Pública y la seguridad social. Tal como señala Sainz-Cantero Caparros,²⁶ resulta sorprendente que una modificación cuya causa principal se encuentra en la necesidad de mejorar e implementar instrumentos de represión y prevención de la corrupción pública, tal como se señala en la Exposición de Motivos de la Ley, cuya justificación se incluye entre los delitos contra la Administración Pública, termine sistemáticamente ubicada en un lugar que poco o nada tiene que ver con la corrupción pública. Y ello pudiera indicar que en la voluntad del legislador la vertiente pública de este tipo de comportamientos tiene poca relevancia, considerando que se trata de un comportamiento corrupto que incide principalmente en la esfera privada.

Nada más lejos de esta concepción en lo que se refiere a los partidos políticos, dado que, en mi opinión, de tener alguna trascendencia en el ámbito penal

sólo estaría justificada desde el prisma de la afección de “lo público” que ello pudiera determinar. Es por ello que considero inadecuada esta ubicación sistemática, debiendo haberse situado en otro lugar del Código Penal, donde se refleje más adecuadamente la naturaleza y trascendencia de los comportamientos que se están tipificando.²⁷ Así, muy acertadamente señala Muñoz Conde²⁸ que si bien pudiera considerarse como un delito de enriquecimiento ilícito con carácter patrimonial y económico, “sin embargo, dada la importancia institucional de los partidos políticos en un Estado democrático como representantes y canalizadores de la voluntad popular (art. 6 CE), más bien podría considerarse que se trata de un delito contra el orden constitucional, cuyo correcto funcionamiento depende de que los partidos políticos ejerzan, en condiciones de igualdad y garantizando el pluralismo político, su labor de representantes de la voluntad popular sin mediatizaciones de los grandes grupo de presión económica”. A ello, se une la posibilidad de considerarlo como delito contra la Administración Pública, en tanto que la financiación ilegal se lleve a cabo por los dirigentes de los partidos políticos que puedan tener carácter de autoridad o funcionario público.

Sin embargo, son aún más los defectos de los que adolece la regulación del nuevo delito de financiación ilegal; a la dificultad de delimitar cuál es el bien jurídico que se protege y a su cuestionable ubicación sistemática, se une la especialmente criticable técnica de tipificación penal que configura el art. 304 *bis* como una norma penal en blanco con una remisión tan concreta a la legislación extrapenal, que por una parte va a determinar la impunidad de numerosos comportamientos que se encuentran al margen de la misma, y, por otra, la modificación directa del contenido del injusto mediante la reforma de una legislación administrativa vulnerando con ello de manera clara y directa el principio de legalidad.

Junto a ello, otra serie de deficiencias como la incorporación de un delito de “pertenencia” a una determinada estructura u organización que planteará serios

²⁶ Cfrs. Sainz-Cantero Caparros, “Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, pp. 660 y 661.

²⁷ En el mismo sentido, señala Sainz-Cantero Caparros, “Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 661, que hubiera sido mas conveniente situarla como añadido a los delitos contra la Administración Pública o, incluso, los relativos a la Constitución, dado que los partidos políticos, en su concepción actual, son un instrumento esencial para el desarrollo del Estado social y democrático de Derecho, “no sólo por las funciones que se les atribuye por la Constitución, sino porque a la postre, en nuestro sistema son los partidos políticos los que pueden mediatizar, condicionar, componer los órganos de los que dependen los tres poderes del Estado”.

²⁸ Cfrs. Muñoz Conde, *Derecho penal, Parte especial*, 20ª ed., Valencia 2015, p. 475.

problemas concursales con los concretos delitos de organización regulados en los arts. 515 o 570 bis y ss. del Código penal y la indefinición de muchos de los términos empleados, etc.. Toda esta defectuosa regulación determina que sea uno de los tipos más cuestionables que se han introducido en el Código Penal, al tiempo que, como veremos a continuación, plantea serias dudas en relación tanto con su legitimidad como con su potencial eficacia.

II. Regulación penal de la financiación ilegal de partidos políticos

Tal como hemos puesto de relieve, la regulación jurídico penal de los casos de financiamiento irregular de un partido político es doble:²⁹

a.- **Financiación ilegal electoral**, que se encontraría recogida en el art. 149 de LOREG³⁰ donde se sanciona la falsedad en la contabilidad que debe reflejar los ingresos y gastos habidos durante la campaña electoral, con la pena de prisión de uno a cuatro años, y multa de doce a veinticuatro meses. Es decir, la conducta delictiva sancionada, esto es falsear, ha de recaer sobre las partidas contables y las cuentas electorales³¹ que están vinculadas exclusivamente a sufragar los gastos derivados de las campañas electorales desarrolladas con carácter inmediatamente previo a la celebración de elecciones.

Ahora bien, lo que resulta evidente del análisis del tipo penal contenido en el art. 149 LOREG es que no

se sanciona la financiación electoral irregular, es decir, la concesión u obtención de fondos para sufragar los gastos electorales que determinen una infracción de las restricciones legales impuestas al respecto,³² sino simplemente la creación de falsedades en la contabilidad electoral encaminadas a ocultar o disimular la obtención de fondos o realización de gastos vulnerando los límites legales³³.

b.- **Financiación ilegal de partidos políticos**, con directa referencia a los supuestos de financiación irregular de los gastos ordinarios de los partidos políticos, con infracción de las exigencias y limitaciones contenida en la LOFPP. Se regulan estas conductas en el nuevo Título XIII bis, arts. 304 bis y 304 ter, incorporados al Código Penal por la reforma realizada por la LO 1/2015, de 30 de marzo.

En concreto se sancionan las irregularidades detectadas en relación con la financiación privada de los partidos, dejando absolutamente al margen del ámbito penal las conductas irregulares relativas a la financiación pública, esto es, las subvenciones públicas, que constituyen una de las principales fuentes de financiación.³⁴

Dedicaremos, por tanto, las siguientes páginas al análisis de los principales aspectos de este nuevo delito introducido en nuestro ordenamiento jurídico mediante la reforma penal realizada en 2015, comenzando por la delimitación de cuál o cuáles puedan ser los bienes jurídicos que se protegen mediante esta concreta tipificación.

²⁹ Señala Puente Aba, “Delitos electorales”, en Faraldo Cabana (Direct.), *Comentarios a la legislación penal especial*, Lex Nova, 2012, p. 265, que existen tres vías de financiación para los agentes políticos: la financiación electoral, destinada a sufragar los gastos propios de las campañas electorales desarrolladas con motivo de las elecciones, en los que incurren las candidaturas presentadas por partidos políticos, coaliciones, federaciones y agrupaciones de electores (regulada en la LOREG); la financiación de los partidos políticos (regulada en la LO 8/2007, de 4 de julio, y modificada por la LO 3/2015, de 30 de marzo); y las subvenciones a grupos parlamentarios (reguladas en los Reglamentos de las dos Cámaras del Parlamento). Cfrs. en este sentido, Rodríguez Lopez, *Contabilidad y financiación de los partidos políticos*, Madrid 2011, pp. 72 y ss.; Romero Flores, *Partidos políticos y responsabilidad penal: la financiación electoral irregular*, Barcelona, 2005, pp. 77 y ss.

³⁰ El art. 149 de la LOREG establece: “1. Los administradores generales y de las candidaturas de los partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores que falseen las cuentas, reflejando u omitiendo indebidamente en las mismas aportaciones o gastos o usando cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables, serán castigados con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. 2. Los Tribunales atendiendo a la gravedad del hecho y sus circunstancias podrán imponer la pena en un grado inferior a la señalada en el párrafo anterior”.

³¹ Cfrs. Puente Aba, “Delitos electorales”, *op. cit.*, p. 265.

³² Así, la LOREG limita las cantidades de dinero que se pueden aportar para financiar una campaña electoral, tanto si los fondos provienen de una persona privada como si proceden del Estado; en concreto el art. 129, en relación con la financiación privada, establece el límite de 10.000 euros como cantidad máxima que una persona puede aportar a las cuentas abiertas por un mismo partido, federación, coalición o agrupación para unas mismas elecciones; y el art. 127, respecto de la financiación pública, también limita los gastos susceptibles de subvención por parte del Estado.

³³ Cfrs. Nieto Martín, *Nociones fundamentales de Derecho Penal, parte especial*, *op. cit.*, p. 473; en el mismo sentido, Puente Aba, “Delitos electorales”, *op. cit.*, p. 266.

³⁴ Cfrs. Nieto Martín, quien afirma que la financiación ilegal sancionada “se traduce en la realización de contabilidades dobles o en la no contabilización de las contribuciones que recibe el partido político”.

La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos

1. Bien jurídico protegido en la financiación ilegal de partidos políticos

Independientemente de la necesidad o conveniencia política de la tipificación expresa del delito de financiación ilegal de partidos políticos, desde el punto de vista dogmático es necesaria la identificación de uno o varios bienes jurídicos autónomos que justifiquen y legitimen la intervención penal en esta materia,³⁵ así como la valoración de si la agresión a ese concreto bien jurídico, tal y como ha sido regulada, es merecedora de la tutela penal dado que tales bienes o intereses no encuentran adecuada protección en otros sectores del ordenamiento jurídico, o, incluso, en otros tipos delictivos del texto penal.

Como cuestión previa es necesario señalar que no puede darse una respuesta sencilla a los interrogantes planteados. De hecho, nos encontramos ante un fenómeno social en el que los numerosos casos de corrupción pública relacionados con financiación de partidos políticos que han salido a la luz, han generado un enorme escándalo y una grave preocupación en la ciudadanía que podría “justificar” la inclusión en el texto penal de estos concretos comportamientos. Creo que es algo aceptado doctrinalmente que la reforma de nuestras leyes penales no puede ni debe utilizarse como un medio para acallar la indignación social y para manifestar que el legislador está identificado con determinadas preocupaciones de los ciudadanos;³⁶ por el contrario, una modificación del ordenamiento jurídico penal sólo procede si realmente es necesaria, esto es, si existen lagunas o contradicciones en nuestras normas y siempre que la Constitución permita el recurso al Derecho penal en relación con esa necesidad.

Desde este prisma es evidente que la legislación penal no puede responder a motivos oportunistas o

electorales, y que su única o principal función no es la de tranquilizar a la opinión pública. Entre otras cosas porque la “intranquilidad de la opinión pública”, su “preocupación” o la “alarma social” no constituyen, en mi opinión, suficiente fundamento como para plantearse una reforma legislativa en materia penal.³⁷ Así pues, para la criminalización de conductas es preciso que sean “lesivas u ofensivas de un valor de los considerados fundamentales para la convivencia”.³⁸

Resulta innegable que los partidos políticos constituyen un instrumento indispensable e irrenunciable en un Estado democrático, y que, por tanto, cumplen una función básica para el correcto funcionamiento del mismo. Y esta importancia y trascendencia de los partidos políticos encuentra su reflejo incuestionable en la Constitución Española, que en su art. 6 afirma que expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular, y son instrumentos fundamentales para la participación política de los ciudadanos. En definitiva, del mandato constitucional se deriva, claramente, que su principal función consistirá en ser receptores de la voluntad popular y representarla y defenderla en los órganos representativos del Estado. Así, afirma Olaizola Nogales³⁹ que “estas funciones pueden resumirse en una: la de ser los partidos los intermediarios entre la sociedad y el Estado”.

Efectivamente, es evidente que tanto la formación como la manifestación de la voluntad popular debe producirse de una forma absolutamente libre de injerencias externas que pretendan favorecer intereses y voluntades particulares, y que estas injerencias quebrantan el criterio de objetividad y producen una perturbación grave de las funciones de formación y manifestación de la voluntad popular al implicar que no coincida la voluntad de los ciudadanos que votan a un partido, con el real programa del mismo.

³⁵ El Derecho penal ostenta una función de protección en relación con determinados valores o intereses que aseguran la convivencia pacífica en la sociedad; función que constituye la justificación y fundamento de la intervención penal. Así, la identificación tanto de un bien jurídico que necesita ser protegido, como la existencia de conductas dañinas y ofensivas para el mismo, y por tanto, merecedoras de pena, se convierten en el eje central e irrenunciable de la intervención penal. Y ello necesariamente conlleva la ilegitimidad de normas penales, o lo que es lo mismo, tipos penales, que no protejan bien jurídico alguno. Cfrs. Nuñez Castaño, *Nociones fundamentales de Derecho penal, Parte General*, en Gomez Rivero/Martinez Gonzalez/Nuñez Castaño, 3ª ed., Madrid 2015, pp. 51 y 56.

³⁶ A este tipo de tendencias se refiere Diez Ripolles, “El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, en *Actualidad Penal*, nº 1, 1-7, enero 2001, p. 17 que las denomina *leyes identificativas*.

³⁷ Cfrs. Nuñez Castaño, “Tendencias político-criminales en materia de terrorismo tras la LO 2/2015, de 30 de marzo: la implementación de la normativa europea e internacional”, en *Revista penal*, nº 37, enero 2016, p. 115.

³⁸ Cfrs. Sainz-Cantero Caparros, “Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 662.

³⁹ Cfrs. Olaizola Nogales, “El delito de financiación ilegal de partidos políticos en la reforma del Código Penal”, La Ley 2637/2015, p. 1.

⁴⁰ Cfrs. Olaizola Nogales, *op. cit.*; Navarro Mendez, *Partidos políticos y democracia interna*, Madrid 1999, pp. 236 y ss.

En definitiva, los partidos políticos son considerados sujetos imprescindibles para el funcionamiento del Estado democrático representativo, constituyendo el principal, y casi el único, vehículo de expresión política ciudadana.⁴⁰ Ahora bien, siendo cierto que no resulta preciso garantizar que la formación y manifestación de la voluntad popular se realice de manera libre y, por tanto, se garantice el correcto funcionamiento del sistema de partidos políticos, queda por determinar si éste es interés digno de ser protegido por el Derecho penal, y si es el único que hay que proteger.

Ya con anterioridad a la reforma de 2015 que tipificó expresamente el delito de financiación ilegal, la doctrina había puesto de relieve que eran varios los intereses o bienes jurídicos merecedores de protección penal en este ámbito. Se trata, sin embargo, de identificar por parte de la doctrina intereses más concretos que puedan derivarse de ese correcto funcionamiento de un sistema democrático de partidos, y es en este punto, donde empiezan a surgir las matizaciones doctrinales.

Junto a este correcto funcionamiento democrático del sistema de partidos, pueden reconocerse otra serie de intereses igualmente dignos de protección como la *transparencia en la financiación*, la *igualdad de oportunidades* entre las distintas fuerzas políticas, la *democracia interna* dentro de los partidos y, obviamente, la *confianza de los ciudadanos* en el funcionamiento de este sistema de partido, que es la base fundamental del Estado democrático.⁴¹

En relación con el correcto funcionamiento del sistema de partidos, y los distintos intereses involucrados en el mismo (transparencia, igualdad, democracia interna, confianza) es preciso señalar, como afirma Nieto Martín,⁴² que “este objetivo se concreta en primer término en garantizar que los partidos políticos actúen defendiendo los intereses de clase o políticos que tengan mercados, pero no acaben siendo

una herramienta en manos de determinados intereses privados”. Al mismo tiempo, se exige, para este correcto funcionamiento, que se cumpla el mandato de igualdad de oportunidades entre las fuerzas políticas, en el sentido de igualdad de armas y recursos, así como la transparencia patrimonial de los partidos, que constituyen requisitos indispensables para que el voto pueda ser verdaderamente responsable y, por tanto, libre⁴³.

Al mismo tiempo, es preciso garantizar la existencia de democracia interna y la evitación de oligarquización de las organizaciones políticas, aspectos directamente afectados por la financiación ilegal de un partido político.⁴⁴

Es, sin embargo en este punto donde difiere claramente Olaizola Nogales,⁴⁵ para quien el funcionamiento del sistema de partidos políticos no es, en sí mismo, lo que constituye un bien jurídico merecedor de protección penal, entendiéndose que “el criterio para decidir cuándo una conducta de financiación ilegal merece reproche penal y cuando no, debe venir derivado de las propias funciones constitucionales que ejercen los partidos políticos hacia los ciudadanos”; funciones que se derivan del art. 6 de la Constitución Española y que se concretan en que constituyen una expresión del pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instituciones fundamentales para la participación política.

Sobre esta base, considera esta autora, que el delito de financiación ilegal sólo encontrará justificación y legitimidad desde el prisma de castigar aquellos comportamientos que perturben las mencionadas funciones de servicio a los ciudadanos que cumplen los partidos. De este modo, dado que los partidos políticos son los instrumentos necesarios para la participación de los ciudadanos en la vida política, en consecuencia “no cualquier perturbación de la transparencia financiera o de la igualdad entre

⁴¹ Cfrs. Nieto Martín, “Financiación ilegal de partidos políticos”, en Arroyo Zapatero/Nieto Martín (Coords.), *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Cuenca 2006, pp. 120 y ss; Olaizola Nogales, *La financiación ilegal de partidos políticos: un foco de corrupción*, Valencia 2014, pp. 191 y 192; Puente Aba, “Financiación ilegal de partidos políticos (art. 304 bis CP)”, en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Gorrioz Royo/Matallín Evangelio (Coord.), Gonzalez Cussac (Director), 2ª ed., Valencia 2015, p. 908; Sainz-Cantero Caparros, “Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, pp. 662 y ss.

⁴² Cfrs. Nieto Martín, *Nociones fundamentales de Derecho penal, Parte Especial*, *op. cit.*, pp. 473 y 474.

⁴³ Cfrs. Nieto Martín, “Financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 123.

⁴⁴ Cfrs. Maroto Calatayud, *Corrupción y financiación de partidos políticos: un análisis político criminal*, *op. cit.*, pp. 180 y ss; Nieto Martín, *Nociones fundamentales de Derecho penal, Parte especial*, *op. cit.*, p. 474.

⁴⁵ Cfrs. Olaizola Nogales, “El delito de financiación ilegal de partidos políticos en la reforma del Código penal”, *op. cit.*, pp. 1 y 2; ya previamente, la misma autora, en *La financiación ilegal de partidos políticos*, *op. cit.*, p. 192.

La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos

las fuerzas políticas o de la democracia interna de los partidos será suficiente para ser tipificada penalmente a través de un tipo autónomo, sino que se sancionarán penalmente aquellas conductas que, trascendiendo del ámbito interno del partido, supongan una perturbación de la manifestación de la voluntad popular”.⁴⁶

No comparto la postura sostenida por esta autora en el sentido de excluir del ámbito típico los comportamientos que permanezcan en el ambiente interno de la organización del partido político, sin una manifiesta trascendencia al exterior. Efectivamente, pueden existir conductas, y de hecho existen,⁴⁷ que implicando una *financiación privada* de los partidos políticos,⁴⁸ sin una aparente trascendencia exterior, como pudiera ser la utilización de fondos del partido de manera extraoficial, afecten tanto a la transparencia como a la democracia interna del propio partido, al implicar una posición de superioridad y mayor capacidad de influencia de aquel miembro o sector que dispone de fondos propios, y, ello, lógicamente determina una injerencia de intereses ajenos a la pura voluntad popular que lesiona las funciones constitucionalmente establecidas y, sobre todo, que determina un quebrantamiento de la confianza que los ciudadanos tienen depositados en los partidos como representantes directos de su voluntad.

Por ello, considero que esta *democracia interna* que constituye uno de los aspectos del correcto funcionamiento de los partidos políticos, es un interés merecedor de protección penal, no sólo porque se trate de un mandato constitucional sino porque “sólo

desde los valores democráticos una formación política podrá respetar el pluralismo ideológico y representar correctamente las distintas sensibilidades que la integran”.⁴⁹ Es evidente, la capacidad que tienen los partidos políticos y, sobre todo cuando están gobernando, en relación con la conformación de las decisiones públicas y el dominio sobre la Administración Pública y sus instituciones, y, por ello, la financiación irregular de un partido político por personas, empresas o grupos de intereses puede implicar el mismo riesgo para el correcto funcionamiento de todo el sistema democrático y de la Administración Pública, que el que se deriva de un concreto soborno a un funcionario.⁵⁰ O dicho de otra manera, el poder de influencia en las decisiones y políticas de un partido a través de una financiación oculta o ilegal, abre las puertas de quienes así financian para influir sobre la Administración y los asuntos públicos.

Por todo lo expuesto hasta el momento, considero que con el delito de financiación ilegal de partidos políticos que introdujo la LO 1/2015, pretende protegerse el *correcto funcionamiento del sistema de partidos políticos* establecido por el art. 6 de la Constitución Española. Este concreto objeto de tutela se manifiesta en una serie de intereses autónomos de extraordinaria importancia para el funcionamiento del sistema democrático, esto es: *la transparencia en la financiación, la igualdad de oportunidades en las distintas fuerzas políticas y la democracia interna*, en tanto en cuanto todos ellos son esenciales para *la confianza de los ciudadanos en el funcionamiento del*

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ Esto puede comprobarse por ejemplo en el conocido como *caso Bárcenas*, donde se realizaba el pago de sobresueldos y otro tipo de bienes a concretos dirigentes del Partido Popular, en detrimento de otros, mediante fondos que permanecían en una “caja B”, e incluso se pagaban remodelaciones y gastos de las instalaciones propias de la organización política que, quizás no tuvieran un efecto directo externo al propio partido, pero desde luego afectaban no sólo a las reglas de juego en materia de igualdad de oportunidades tanto dentro como fuera de la organización, sino que incidieron de manera relevante e innegable en la confianza de los ciudadanos respecto del correcto funcionamiento del sistema de partidos, y consecuentemente del sistema democrático. De hecho, el tan “alegado” fin del bipartidismo, encuentra su razón principal y directa en esta pérdida de confianza.

⁴⁸ Nieto Martín afirma que existen dos formas de financiación privada oculta: una directa en la que el partido recibe los fondos y constituye una caja negra con ellos, sin incluirlos en la contabilidad, y otra indirecta en la que el objetivo prioritario es ocultar la identidad del donante o la cuantía de la donación. Es posible que en algunos supuestos no tengan trascendencia externa, pero como ya hemos dicho, ello no implica que pueda afirmarse que por ello no se incumplen las funciones que tienen asignadas en un Estado democrático, más bien al contrario, cfrs., “Financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 133.

⁴⁹ Cfrs. Olaizola Nogales, *La financiación ilegal de los partidos políticos*, *op. cit.*, p. 205 quien, sin embargo, llega a una conclusión diversa a la sostenida en este trabajo, al afirmar que “la democracia interna en sí misma no tiene entidad para ser reconocida como una bien jurídico penal, al menos autónomo. No creo que la perturbación de los procesos internos de los partidos políticos tenga entidad suficiente para constituir un injusto específico”, y afirma que a estos casos se les podrá dar solución vía administrativa, cfrs. *op. cit.* p. 206.

⁵⁰ Cfrs. Nieto Martín, *Nociones fundamentales de Derecho Penal, Parte Especial*, *op. cit.*, p. 474.

sistema democrático.⁵¹ Pero, además, todo ellos se derivan de las específicas funciones señaladas en el mencionado art. 6 del texto constitucional: *pluralismo político, formación y manifestación de la voluntad popular; y participación política*.

Como afirma Sainz-Cantero Caparros,⁵² “la financiación anómala de los partidos políticos, en cuanto rompe las reglas de igualdad, de objetividad y transparencia del sistema democrático de partidos es en sí misma antijurídica; alcanzando su más grave e intolerable dimensión, cuando además se convierte en un mecanismo para condicionar de forma manifiesta el normal cumplimiento de tales funciones”.

Es, por tanto, la distorsión del correcto funcionamiento del sistema de partidos políticos, sobre la base del incumplimiento de las funciones que expresamente se le atribuyen, lo que pudiera considerarse como objeto a tutelar por el ordenamiento jurídico. Cuestión distinta es el hecho de si realmente el recurso al Derecho penal, esto es, la tipificación expresa de este tipo de comportamientos está o no justificada sobre la base de criminalizar comportamientos que efectivamente y de manera grave, sean ofensivos en relación con este bien jurídico, o si hubiera bastado con una regulación extrapenal de los mismos.

2. Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos en el Código Penal

La Ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo, introdujo como ya hemos manifestado un nuevo Título, el XIII bis, titulado “*De la financiación ilegal de partidos políticos*”, compuesto por dos preceptos, el art. 304 bis y el art. 304 ter. Se crean, de este modo, dos delitos diferentes en relación con los comportamientos irregulares o ilegales de financiación de los partidos políticos:

1.- Un delito de *financiación ilegal* (art. 304 bis) que consiste en recibir o entregar donaciones o aportaciones a un partido político, con infracción de lo dispuesto en la normativa administrativa al respecto, que se encuentra configurado, de manera similar al delito de cohecho, por dos modalidades típicas: la financiación ilegal pasiva y la financiación ilegal activa, junto con varios supuestos agravados.

2.- Un delito de *pertenencia a una organización destinada a la financiación de partidos políticos* (art. 304 ter), que se configura, como veremos, no como una modalidad agravada de comisión del comportamiento descrito en el artículo anterior, sino como un tipo penal autónomo, cuyo fundamento se encuentra exclusivamente en la pertenencia a una organización o estructura, esto es, un *delito de organización* donde lo que se sanciona no es la aportación o no de fondos a un partido político de manera ilegal, sino la mera integración en un colectivo con una concreta finalidad, que implica, como expondremos, una excepcionalidad claramente incompatible con los principios y garantías de un Estado de Derecho.⁵³

Llegados a este punto, se hace preciso el análisis separado de cada uno de los tipos delictivos previstos en el nuevo Título XIII bis, a fin de poder determinar tanto la coherencia como la necesidad de regulación específica de este tipo de comportamientos, y la adecuación de las mismas para dar respuesta a las demandas criminalizadoras y supuestos típicos que se producen en este ámbito.

2.1. El delito de financiación ilegal (art. 304 bis del Código Penal)

La figura delictiva regulada en el artículo 304 bis sanciona, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, los comportamientos relativos tanto a la

⁵¹ Cfrs. Nieto Martín, “Financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 123.

⁵² Cfrs. Sainz-Cantero Caparros, “Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 666.

⁵³ Así, señala Cancio Melia, “Delitos de organización”, en *Revista Electrónica del Instituto Latino Americano de Estudios en Ciencias Penales y Criminológicas*, 006-01 (2011), www.ilecip.org, pp. 16 y 17 que “el hecho de convertir en infracción criminal la mera integración en un colectivo - es decir, los delitos de organización- supone una reacción excepcional frente a determinadas organizaciones, organizaciones que representan un injusto específico”; en el mismo sentido, Nuñez Castaño, *Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas*, Valencia, 2013, pp. 86 y 87, aunque en relación con el delito de pertenencia a organizaciones y grupos terroristas afirma que “la pertenencia a organizaciones o grupos terroristas, en tanto que son delito de organización, debieran regularse con el resto de supuestos de pertenencia a organizaciones criminales, por cuanto no son sino una subespecie o modalidad o manifestación de un mismo fenómeno, la criminalidad organizada, aunque con distinta finalidad de la que conlleva la criminalidad organizada común. Cualquier excepcionalidad en el tratamiento de conductas que, en esencia, tienen igual desvalor contribuye a elevar el Derecho penal de excepción a la categoría de normalidad, lo cual resulta claramente incompatible con los principios y garantías de un Estado de Derecho”. Es evidente, en mi opinión, que el tipo delictivo previsto en el art. 304 ter del Código Penal, configura un supuesto de criminalidad organizada, que se distingue de la común por la finalidad concreta que persigue, esto es, la financiación ilegal de partidos políticos.

La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos

aceptación como a la entrega de donaciones o aportaciones a partidos políticos realizadas de manera irregular, esto es, infringiendo la normativa administrativa al respecto, como un delito de *financiación ilegal*. Al tratarse este tipo de comportamientos, de conductas muy cercanas en naturaleza a las figuras de corrupción, su estructura típica se articula de modo similar a las mismas, y por ello, puede diferenciarse entre una financiación ilegal *pasiva* (quienes reciben las donaciones o aportaciones) y una financiación ilegal *activa* (quienes realizan las donaciones o aportaciones)⁵⁴. Estudiaremos, por tanto, cada una de ellas por separado, si bien comenzaremos nuestro análisis por los elementos comunes a ambas modalidades típicas: la técnica legislativa, el objeto material del delito y la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

2.1.1. Elementos comunes a las dos modalidades típicas:

A. LA NORMA PENAL EN BLANCO COMO TÉCNICA LEGISLATIVA

El primer aspecto que es necesario poner de relieve en relación con el tipo penal recogido en el art. 304 *bis* es que se configura como una *norma penal en blanco*,⁵⁵ aunque a diferencia de la mayor parte de los supuestos de este tipo de normas en el Código Penal, aquí no se realiza una remisión a un conjunto normativo, como podría ser LO-FPP, sino una *remisión estática* a un concreto precepto de ese texto legal, concretamente los arts. 5.1 y 7.2, y ello determina la concurrencia de distintos problemas en este punto. El primero es evidente, tal como señala Nieto

Martin,⁵⁶ es que un hipotético cambio en alguno de los artículos señalados, dejaría a la norma penal sin contenido alguno, haciendo precisa una nueva reforma penal para adaptarlo a la regulación administrativa concreta.

A ello se une que esa remisión estática, implica, como veremos, la obligatoriedad *ex lege* de excluir del ámbito típico una serie de donaciones ilegales, que, a pesar de sobrepasar la cantidad señalada, sin embargo no aparecen expresamente mencionadas en el mismo.⁵⁷ Pero, además, la descripción típica realizada determina que se eleva la infracción administrativa a delito, sin exigir ningún elemento adicional de lesividad, lo que ineludiblemente provoca un problema de vulneración del *ne bis in idem*, al ser absolutamente idénticas ambas conductas, e incluso, tal como pone de manifiesto Olaizola Nogales⁵⁸, llegar a absolutos absurdos jurídicos dado que la legislación administrativa “no sanciona al donante, por lo que éste responderá en todo caso por vía penal. Puede darse la paradoja de que el miembro del partido que recibe la donación sea sancionado por vía administrativa y el donante por vía penal. O que se considere que si el miembro del partido es sancionado por vía administrativa, la conducta del donante debe quedar impune”.

Pero, quizás, lo más relevante respecto de la técnica legislativa que se ha empleado es que puede ser discutible su constitucionalidad, desde el prisma del principio de legalidad, por cuanto los presupuestos esenciales, o lo que es lo mismo, el núcleo de la conducta prohibida se encuentra totalmente remitido a lo establecido en la norma administrativa, constituyendo un supuesto claro de *remisión en bloque*⁵⁹ que resultaría contrario al principio de reserva de ley orgánica que no cumpliría, en mi opinión,

⁵⁴ Como puede observarse es una estructura prácticamente idéntica a la de cohecho, donde se diferencia entre cohecho pasivo, cometido por el funcionario público, y cohecho activo cometido por el particular. Así, en el caso de la financiación ilegal, también se trata de dos caras de una misma moneda, de manera que cometerá financiación ilegal pasiva quien recibe las donaciones, que debe ser una persona con capacidad legal o representación del partido político, y financiación ilegal activa quien las entrega, esto es, la persona física o jurídica que realiza la donación. Del mismo modo que en el cohecho, ambas conductas van indisolublemente unidas, de modo que para que exista la una, debe concurrir la otra, salvo en los casos de formas imperfectas de ejecución, como veremos.

⁵⁵ Cfrs. Nieto Martin, *Nociones fundamentales de Derecho penal. parte especial, op. cit.*, p., 474; Olaizola Nogales, “El delito de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, pp. 2 a 4; Muñoz Cuesta, “Delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 2; Maroto Calatayud, *La financiación ilegal de partidos políticos, op. cit.*, pp. 314 y 315; Corcoy Bidasolo/Gallego Soler, “De los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos”, en Corcoy Bidasolo/Mir Puig (direct.), *Comentarios al Código Penal, reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Valencia, 2015, p. 1039.

⁵⁶ Cfrs. Nieto Martin, *Nociones fundamentales de Derecho Penal, parte especial, cit.*, p. 474.

⁵⁷ Cfrs. Olaizola Nogales, “El delito de financiación ilegal de partidos políticos en la reforma del Código Penal”, *op. cit.*, p. 2; Maroto Calatayud, *La financiación ilegal de partidos políticos, op. cit.*, p. 314.

⁵⁸ Cfrs. Olaizola Nogales, *op. cit.* En el mismo sentido, Maroto Calatayud, *La financiación ilegal de partidos políticos, op. cit.*, p. 315; Corcoy Bidasolo/Gallego Soler, “De los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos”, *op. cit.*, p. 1039.

⁵⁹ Las *remisiones en bloque* son aquellas en las que la infracción administrativa se convierte en el elemento esencial del tipo penal, de tal modo que sin esa infracción no existe delito. Se trata de supuestos en los que no hay diferencia entre la infracción penal y la administrativa, siendo la normativa administrativa la que configura y determina la conducta delictiva, cfrs. Nuñez Castaño, *Nociones Fundamentales de Derecho Penal, Parte General, Op. Cit.*, P. 66.

los requisitos de legitimidad exigidos por el Tribunal Constitucional para la admisión de este tipo de normas.⁶⁰

B. DONACIONES O APORTACIONES COMO OBJETO MATERIAL DEL DELITO:

Las distintas modalidades típicas recogidas en el art. 304 *bis* del Código Penal, establecen como objeto material de las conductas típicas previstas, las *donaciones o aportaciones* realizadas a los partidos políticos. Se trata, por tanto, de determinar en qué consisten estas donaciones o aportaciones a las que se hace referencia.

Como punto de partida es preciso señalar que la descripción típica de los preceptos que sancionan los comportamientos de financiación ilegal de partidos políticos sólo permite centrarse en una modalidad específica de financiación: la de origen privado y que además sea la destinada para el funcionamiento habitual y los gastos ordinarios del partido político.⁶¹ Ello implica la automática exclusión *ex lege* de los delitos de financiación ilegal tanto de los supuestos en los que se trate de *financiación pública*, como de aquella que se encuentre específicamente destinada a los gastos en período electoral.⁶²

De hecho, como veremos, en el Código Penal no se tipifica la realización de falsedades en la contabilidad del partido, quedando este tipo de conductas relegada a constituir, en el caso de que fuera en período electoral, la infracción prevista en el art. 149 LOREG. Con ello, se están dejando fuera del ámbito de aplicación del Có-

digo Penal, comportamientos plenamente equiparables, en sede de lesividad para el bien jurídico, a los expresamente tipificados. La financiación privada ilícita puede diferenciarse en dos modalidades: la financiación oculta directa y la financiación indirecta⁶³; en el primer caso, el Partido Político recibe los fondos ilícitamente y los oculta de manera que no aparecen en su contabilidad; mientras que en la *financiación indirecta*, las donaciones son reflejadas en la contabilidad pero de forma fraudulenta, ya sea falseando la cuantía, fraccionando el importe, ocultando al verdadero donante o disfrazándolo como otro negocio jurídico.⁶⁴ La mayor parte de los casos señalados en este segundo bloque constituirán un supuesto de falsedad ideológica cometida por particular por lo que devendrá inaplicable el art. 392 del Código Penal, y consecuentemente determinará la impunidad de los mismos.⁶⁵

La exclusión tanto de la financiación en período electoral, como de la financiación pública que constituye una de las principales fuentes de financiación de los partidos políticos en nuestro país,⁶⁶ aunque pudieran ser sancionadas por otras vías diferentes, como las infracciones previstas en la LOREG (en el caso de financiación electoral) o mediante delitos contra la Administración Pública,⁶⁷ ello no obsta a que pudieran afectar tanto o más al concreto bien jurídico que se pretende proteger, que las relativas a la financiación privada. A pesar de todo lo expuesto, la situación real es que *ex lege*, los arts. 304 *bis*

⁶⁰ El Tribunal Constitucional ha condicionado la admisibilidad de la remisión normativa en materia penal a la constatación de la presencia de una serie de requisitos: a) que la norma penal contenga el núcleo esencial de la conducta típica, estableciendo los elementos esenciales de la conducta prohibida, b) que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal, y c) que la ley penal establezca claramente la pena o sanción y se satisfaga la exigencia de certeza, concurriendo la concreción necesaria para que la conducta delictiva quede suficientemente precisada en la norma penal, cfrs. SSTC 127/1990, de 5 de julio, 62/1994, de 24 de marzo, 24/1996, de 13 de febrero y 120/1998, de 15 de junio entre otras.

⁶¹ Cfrs. Puente Aba, "Financiación ilegal de partidos políticos", *op. cit.*, p. 910; Sainz-Cantero Caparros, "Los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos", *op. cit.*, p. 609.

⁶² A este respecto, señala Puente Aba que se ha desaprovechado la oportunidad de regular conjuntamente la financiación ilegal de los partidos políticos, con independencia de si es relativa al período electoral o al funcionamiento habitual del partido, sobre todo dado que tampoco quedarían cubiertos por la LOREG muchos de estos comportamientos realizados durante el período electoral, cfrs. "Financiación ilegal de partidos políticos", *op. cit.*, p. 911. Efectivamente, en la LOREG no existe propiamente ninguna infracción penal que castigue estos comportamientos, sino simplemente el falseamiento de la contabilidad electoral para cubrir aportaciones irregulares, en su art. 149.

⁶³ Cfrs. Puente Aba, "Financiación ilegal de partidos políticos", *op. cit.*, p. 911.

⁶⁴ Cfrs. Nieto Martín, "Financiación ilegal de partidos políticos", *op. cit.*, pp. 133 y ss.

⁶⁵ Es por ello que Puente Aba considera que "hubiera resultado deseable que en el delito de financiación ilegal de partidos políticos se incluyera también la conducta relativa a al introducción de datos falsos en los libros de contabilidad", cfrs. "Financiación ilegal de partidos políticos", *op. cit.*

⁶⁶ Según afirma Bustos Rubios, el modelo español recoge cuatro vías de financiación pública para un partido político: a) *Subvenciones directas*, que se reflejan anualmente en los Presupuestos Generales del Estado y que varían en función de la representatividad obtenida por cada partido en las elecciones; b) *Gastos electorales*, subvención que se otorga en período electoral y en función de la representatividad electoral de cada partido; c) *Gastos de representación y funcionamiento*, que son aquellos concedidos por las diferentes Administraciones Públicas para que los partidos políticos puedan desarrollar correctamente las funciones que les correspondan, y d) *Subvenciones indirectas* a través de fundaciones y otros organismos ligados a los partidos políticos, cfrs. "El nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos", *op. cit.*, p. 71.

⁶⁷ Cfrs. Nieto Martín, "Financiación ilegal de partidos políticos", *op. cit.*, pp. 122 y ss.

La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos

y *ter* se refieren en exclusiva a los supuestos de *financiación privada del funcionamiento habitual* de un partido político, y, por ello, será este tipo de financiación la que deba expresamente analizarse.

En este sentido, es preciso tomar en consideración lo regulado en el art. 4 de la LOFPP, donde se diferencia entre diversas modalidades de financiación de un partido político. Así el mencionado precepto distingue entre: aportaciones, donaciones, operaciones asimiladas y acuerdos sobre condiciones de deuda.

Según el apartado uno del art. 4 LOFPP, *aportaciones* serán aquellas realizadas por sus afiliados; es decir, las entregas de bienes o cuotas de quienes forman parte del partido político en cuestión como militantes afiliados al mismo. Las cuantías y condiciones de las mismas deberán estar reguladas, respetando los términos de la ley, por los estatutos correspondiente de cada organización política.

El apartado dos del mismo precepto, relativo a las *donaciones privadas*, establece que las organizaciones políticas podrán recibir donaciones no finalistas y nominativas procedentes de personas físicas, dentro de los límites y de acuerdo con las condiciones y requisitos establecidos por la ley,⁶⁸ tanto en *dinero* como en *especie* (art. 4.2. a). Las donaciones en dinero deberán ingresarse en cuentas abiertas en entidades de crédito, exclusivamente para dicho fin (art. 4.2. b); mientras que las donaciones en especie, que se han de valorar conforme a lo dispuesto en la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de Régimen Fiscal de las Entidades sin Fines Lucrativos y de los Incentivos Fiscales al Mecenazgo, deberán ser aceptadas mediante una certificación expedida por el partido político.

En este sentido, es preciso señalar que no tendrán la consideración de donaciones las entregas de efectivo, bienes muebles o inmuebles, realizadas por partidos po-

líticos pertenecientes a una misma unión, federación, confederación o coalición permanente, ya sean entre sí o a aquellas (art. 4.2. i). Al estar excluidas del concepto de donaciones, quedarán fuera del ámbito típico del art. 304 *bis*; lo mismo ocurrirá con las donaciones de bienes inmuebles así como las donaciones a las fundaciones vinculadas a partidos políticos que pueden ser ilimitadas en ambos casos, y, por tanto, nunca excederán el límite marcado administrativamente, necesario para configurar la infracción penal.⁶⁹

No termina, sin embargo, la descripción de los recursos privados de financiación de los partidos políticos con los dos supuestos mencionados, sino que se hace referencia a dos casos más: las operaciones asimiladas (art. 4.3) y las condonaciones de deudas (art. 4.4). Así, en relación con las *operaciones asimiladas*, los partidos políticos no podrán aceptar que terceras personas, de manera directa o indirecta, asuman de forma efectiva el coste de sus gastos (esto es, adquisiciones de bienes, obra o servicios o cualesquiera otros que genere su actividad). Por su parte, también se encuentran prohibidas las *condonaciones de deudas*, totales como parciales.⁷⁰ De este modo, e igual que se afirmó en relación con los casos de donaciones de bienes inmuebles y las realizadas por partidos políticos pertenecientes a una misma coalición, en aplicación del principio de legalidad, taxatividad y seguridad jurídica, al no encontrarse expresamente mencionados estos dos últimos supuestos como objeto material del delito a efectos del art. 304 *bis* del Código Penal, nos vemos avocados a abogar por su exclusión del ámbito de la tipicidad penal. Es decir, la contribución respecto de un partido político que consista en que un tercero pague los gastos de la organización, o bien que se condone una deuda no podrán constituir delito de financiación ilegal, sino una mera infracción administrativa.⁷¹

⁶⁸ Los límites a las donaciones privadas se encuentran contenidos en el art. 5 de la LOFPP, que en el caso de donaciones en dinero es de 50.000 euros, y en el caso de donaciones en especie refiere que sean bienes inmuebles que pueden superar ese límite, siempre que haya sido aceptado mediante certificación expedida por el partido político en la que conste la identificación del donante y del documento público o auténtico que acredite la entrega del bien donado (art. 4.2. e)

⁶⁹ Cfrs. Maroto Calatayud, *La financiación ilegal de partidos políticos*, op. cit., p. 314 y 315.

⁷⁰ Así, establece el art. 4.4 de la LOFPP, párrafo final que se entiende por condonación "*la cancelación total o parcial del principal del crédito o de los intereses vencidos o la renegociación del tipo de interés por debajo de los aplicados en condiciones de mercado*".

⁷¹ Cfrs. Corcoy Bidasolo/Gallego Soler, "De los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos", en Corcoy Bidasolo/Mir Puig (direct.), *Comentarios al Código Penal, reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Valencia, 2015, p. 1039. Así, consideran acertadamente que también quedan excluidos del ámbito típico las donaciones procedentes de empresas públicas y las donaciones que se hagan a las fundaciones o asociaciones vinculadas a los partidos. Todas estas conductas descritas, constituyen infracciones administrativas, a excepción de las últimas, a pesar de revestir el mismo o mayor desvalor que las expresamente incluidas, y de ser los mecanismos más utilizados por los partidos para financiarse. En el mismo sentido, Maroto Calatayud, *La financiación ilegal de partidos políticos*, op. cit., pág. 314; Sainz-Cantero Caparros, "Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos", op. cit., pp. 669-670; Bustos Rubio, "El nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos", op. cit., p. 72.

En definitiva, el objeto material del delito que estamos analizando lo constituyen las *donaciones y aportaciones*, que se hayan realizado infringiendo los límites y condiciones establecidos en el art. 5 de la LOFPP, esto es, aquellos supuestos que consistan en:

- Donaciones anónimas, finalistas o revocables, tanto en dinero como en especie, sin ningún tipo de limitación.
- Donaciones procedentes de una misma persona superiores a 50.000 euros anuales, tanto en dinero como en especie, a excepción de los bienes inmuebles (art. 5.1, inciso final) siempre que se cumplan los requisitos del art. 4.2 e).
- Donaciones procedentes de personas jurídicas y de entes sin personalidad jurídica.

De este modo, para el legislador del 2015, el fundamento de la sanción de determinados comportamientos radicaría en que se trata de aportaciones o donaciones que bien por su naturaleza (finalísticas o revocables), su cuantía (superiores a cincuenta mil euros), o sujetos (anónimas, realizadas por personas jurídicas, etc.) pueden determinar una específica capacidad lesiva respecto del bien jurídico. Obviamente pudiera aceptarse que muchos de estos supuestos tienen ofensividad respecto del objeto de tutela, sobre todo desde el prisma de la potencial influencia ajena al partido en sí, que de ello pudiera derivarse y verse reflejados en el devenir de las instituciones públicas; pero desde luego no son los únicos supuestos y, ni siquiera los más relevantes. Situados ante una realidad innegable, la de la tipificación expresa de la financiación ilegal de partidos políticos, resulta evidente que la regulación realizada es altamente insuficiente e insatisfactoria.

C. RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

La LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal, introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el art. 31 *bis*; sin embargo, en esta regulación de 2010, los partidos políticos y los sindicatos estaban excluidos del ámbito de aplicación de este precepto. Posteriormente, la LO 7/2012, de 27 de diciembre, modifica el art. 31 *bis* dejando sin efecto tal exclusión, situación que se mantiene tras la reforma realizada por la LO 1/2015, de 30 de marzo. En consecuencia, los par-

tidos políticos podrán tener responsabilidad penal por los hechos que cometan las personas físicas que actúen en su nombre o por su cuenta, siempre y cuando venga expresamente prevista su responsabilidad penal.

Y ésta es la línea seguida en la LO 1/2015, de 30 de marzo, donde se incorpora expresamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto del delito de financiación ilegal de partidos políticos, en el apartado 5 del art. 304 *bis*.⁷² Sobre esta base, tal como señala Muñoz Cuesta,⁷³ “la persona jurídica tendrá responsabilidad tanto si el delito lo cometen las personas físicas integradas en un partido político, federación, coalición o agrupación de electores, como si lo perpetran las personas físicas que están al frente de una persona jurídica”.

De este modo, y siempre que concurren los requisitos establecidos por los arts. 31 *bis* a *quinquies*, incluyendo la implantación del conocido *modelo de gestión y organización (compliance program)*, la responsabilidad de la persona jurídica respecto del delito previsto en el art. 304 *bis* podrá venir sustentada en un doble modelo de imputación de la responsabilidad:⁷⁴

- Responsabilidad por los hechos cometidos por sus representantes legales y por quienes actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica tienen capacidad de decisión o facultades de organización y control, siempre que actúen en nombre y por cuenta de la persona jurídica, y en su beneficio directo o indirecto (*responsabilidad por representación*).
- Responsabilidad por los hechos perpetrados por personas físicas sometidas a la autoridad de los representantes legales o personas con facultades de decisión, organización y control, en referencia a empleados y subordinados, respecto de los que se ha incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control, siempre que lo hayan hecho en el ejercicio de las actividades sociales, y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica.

Ahora bien, es preciso señalar la posibilidad de exención de responsabilidad de la persona jurídica, siempre que se haya adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido, esto es, de financiación ilegal de partidos políticos. Programa de cumplimiento o modelo de organización que viene expre-

⁷² Así, establece el art. 304 *bis* 5 que “*las mismas penas se impondrán cuando, de acuerdo con lo establecido en el art. 31 bis de este Código, una persona jurídica sea responsable de los hechos. Atendidas las reglas establecidas en el art. 66 bis, los jueces y tribunales podrán, asimismo, imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del art. 33*”.

⁷³ Cfrs. Muñoz Cuesta, “Delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 5.

⁷⁴ Cfrs. Gomez Rivero, *Nociones fundamentales de Derecho Penal, parte general, op. cit.*, pp. 373 y 374.

La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos

samente exigido por el art. 9 bis de la Ley de Partidos, que exige el establecimiento de mecanismos de prevención y detección de la financiación ilegal, determinando la responsabilidad penal del partido político, en caso de no tenerlo.⁷⁵

2.1.2. Financiación ilegal pasiva (art. 304 bis 1, 2 y 3)

Tal como hemos señalado, el delito de financiación ilegal de partidos políticos, presenta una estructura similar a la del delito de cohecho, de manera que a las conductas de aquellos que *reciben* se une necesariamente la de aquellos que *entregan*. Es decir, se trata de las dos caras de una misma moneda, la recepción de donaciones o aportaciones por aquellos que tienen algún tipo de facultad o capacidad de representación o gestión del partido político (*financiación ilegal pasiva*), y la entrega de esas donaciones o aportaciones por quien es ajeno a la organización política (*financiación ilegal activa*).

Así, el art. 304 bis 1 a 3, recoge la modalidad típica de *financiación ilegal pasiva*, mediante un tipo básico (apartado primero), un tipo agravado (apartado segundo) y un tipo cualificado (apartado tercero); mientras que el apartado 4 del art. 304 bis, regula la *financiación ilegal activa*.

A.- TIPO BÁSICO DEL DELITO DE FINANCIACIÓN ILEGAL PASIVA (art. 304 bis 1 CP)

En relación con la *conducta típica* de esta modalidad concreta, tal como ya hemos puesto de relieve al configurarse como una norma penal en blanco, la posibilidad de sancionar penalmente los comportamientos allí descritos, se sustenta sobre la base de la existencia de una infracción de lo dispuesto en la normativa administrativa, concretamente la LOFPP en su

art. 5.1. Es decir, tal como se establece en este primer apartado, la conducta prohibida viene establecida por el verbo *recibir*, esto es, comete delito de financiación ilegal pasiva quien recibiera aportaciones o donaciones siempre y cuando, con ello, *se hubiera infringido lo dispuesto en el art. 5.1 LOFPP*. Se convierte, por tanto, la infracción de la norma administrativa en el eje esencial y central de la infracción penal.

Podemos entender que *recibir* debe interpretarse como llegar a tener la disponibilidad material del dinero entregado o de otros bienes muebles o inmuebles que constituyan la donación. Se hace preciso, por tanto, que los bienes se encuentren dentro del ámbito de disposición material del partido político en cuestión, a fin de poder considerar el hecho consumado. La utilización de un único verbo rector en esta figura delictiva (recibir) implica la exclusión automática de otras posibles conductas que no determinan la puesta a disposición concreta y efectiva de los bienes donados o aportados, concretamente, los comportamientos consistentes en *solicitar o aceptar*, quedan al margen del tipo penal, y pudiendo castigarse, todo lo más, como formas imperfectas de ejecución si fuera el caso,⁷⁶ o bien quedar limitadas al ámbito administrativo.⁷⁷

Esta conducta típica, esto es, recibir donaciones debe hacerse con *infracción de lo dispuesto en el art. 5.1 LOFPP*. Tal como hemos señalado, configura este tipo penal como una norma penal en blanco, cuyo injusto típico se encuentra, no en el hecho de recibir donaciones de personas ajenas al partido político en cuestión, sino de que las donaciones recibidas impliquen una infracción de lo previsto en el artículo en cuestión. Así, constituiría un supuesto de *financiación ilegal* previsto en el art. 304 bis 1 CP, recibir, directa o indirectamente, donaciones:

⁷⁵ Cfrs. Nieto Martín, *Nociones fundamentales de Derecho Penal, Parte especial, op. cit.*, p. 477; en el mismo sentido, Maroto Catayud, *La financiación ilegal de partidos políticos, op. cit.*, p. 318, donde afirma que, de este modo, los partidos políticos se convierten en las primeras organizaciones en estar obligadas por ley a tener un plan de cumplimiento normativo. Y ello, en su opinión, no resulta del todo alentador porque pudiera “invitar a sospechar que quienes critican que los planes de cumplimiento puede convertirse en una suerte de seguros contra la responsabilidad penal, puedan llevar razón”.

⁷⁶ De hecho, la redacción del art. 304 bis 1, en virtud del principio de legalidad, obliga a excluir la aceptación como comportamiento típico, y ello a pesar de que el art. 5.1. LOFPP, prevé expresamente como prohibida la aceptación de donaciones, que se sanciona como infracción muy grave en el art. 17.2 a) del mismo texto legal. Suponga o no una contradicción, la diferente regulación administrativa y penal, lo cierto es que el principio de legalidad nos impide la posibilidad de considerar que conductas como aceptar o solicitar pudieran ser comportamientos típicos a efectos del art. 304 bis 1 del Código Penal, pudiendo castigarse, todo lo más, como tentativa aquellos casos en los que solicitada o aceptada la donación o aportación, ésta aún no se hubiera recibido efectivamente. En el mismo sentido, cfrs. Muñoz Cuesta, “Delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, pp. 2 y 3; Corcoy Bidasolo/Gallego Soler, “De los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos”, *op. cit.*, p. 1039.

⁷⁷ Así, el art. 17. 2 a) LOFPP sanciona como infracción muy grave la aceptación de donaciones o aportaciones que contravengan las limitaciones o requisitos establecidos en los arts. 4, 5, 7 y 8.

- a) *Anónimas, finalistas o revocables*, sea cual sea la cuantía de la misma. Esto es, aquellas que hayan sido realizadas por personas no identificadas adecuadamente, aquellas que vayan encaminadas a una concreta finalidad, y aquellas que sean revocables, generalmente por estar sometidas a condición.
- b) *Superiores a 50.000 euros anuales procedentes de una misma persona*. En este caso, se está haciendo referencia a las donaciones recibidas en dinero o en especie, quedando excluidos los bienes inmuebles, siempre que se cumplan los requisitos del art. 4.2 e) LOFPP, esto es, siempre que se haga constar la identificación del donante (están prohibidas las donaciones anónimas), que se acredite documentalmente la entrega del bien donado, y el carácter irrevocable de la donación.
- c) *Procedentes de personas jurídicas o entes sin personalidad jurídica*, sea cual sea la cuantía. La prohibición de que las personas jurídicas o cualquier otro tipo de colectivo pueda realizar donaciones a los partidos políticos, no es más que un reflejo de la desconfianza del legislador, surgida por los sucesos de financiación y corrupción acaecidos en los últimos años en nuestro país, de que las donaciones realizadas a través de este tipo de estructuras permitan ocultar la identidad de las personas físicas que la componen, y las intenciones que las donaciones puedan contener.⁷⁸

En relación con el **sujeto activo**, será aquel que reciba las donaciones o aportaciones. De la propia descripción típica parece deducirse que se está refiriendo a aquellos sujetos que tengan capacidad legal o representación del partido político en cuestión, en concreto el responsable de la gestión económico financiera, regulado en el art. 14 *bis* LOFPP, en tanto en cuanto tiene a su cargo la gestión económica del partido. Ahora bien, el hecho de que la Ley Orgánica de Financiación de Partidos Políticos, prevea una fi-

gura específica encargada de la gestión económica del mismo, ello no impide que cualquier otro sujeto perteneciente a la organización, como pudieran ser el presidente, el secretario general, cualquier otra persona perteneciente a la cúpula directiva, o incluso un simple afiliado, puedan recibir las donaciones destinadas a financiar el partido político en cuestión.

De hecho, acertadamente señala Muñoz Cuesta,⁷⁹ no será exclusivamente autor “*quien reciba materialmente la donación o aportación, sino todo el que, con capacidad de decisión sobre el funcionamiento del partido consienta en incorporarlos a la masa de bienes de éste*”. Así, se contemplan aquellos supuestos en los que, por ejemplo, la donación es recibida por el presidente del partido, o el secretario general del mismo, o incluso por cualquier afiliado, y ésta es entregada al responsable económico financiero de la organización, que lo incorpora materialmente al patrimonio de la misma; ambos sujetos intervinientes serían autores del delito de financiación ilegal. Es decir, comete el hecho delictivo tanto el que recibe directamente los bienes entregados por una tercera persona, como quien sin recibirlos directamente del donante, los incorpora a la masa patrimonial del partido político.

Sin embargo, aunque en mi opinión la descripción típica parezca estar refiriéndose a sujetos que tengan capacidad legal o representación en el partido político, un sector de la doctrina entiende que pudiera darse cabida a las conductas, no sólo de los miembros del partido político, sino de sujetos o entidades intermediarias que reciban la donación ilegal para derivarla, posteriormente, al partido político.⁸⁰ Ahora bien, continúan señalando que, las cantidades o aportaciones entregadas a este intermediario tienen que estar *ab initio* destinadas al partido político, dado que si los sujetos intermediarios la reciben para sí mismos, la conducta devendría impune.⁸¹

No comparto esta postura por dos razones fundamentales: la primera sobre la base de considerar que el delito contenido en el art. 304 *bis* 1 conlleva, en virtud de su verbo rector, la necesidad de que los

⁷⁸ Cfrs. Muñoz Cuesta, “Delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 3.

⁷⁹ Cfrs. Muñoz Cuesta, “Delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 2.

⁸⁰ Cfrs. Puente Aba, “Financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 914; Bustos Rubio, “El nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, pp. 72 y 73.

⁸¹ Si estas mismas cantidades fueran donadas con posterioridad a un Partido Político constituirían, si se dan los requisitos típicos, un delito de *financiación ilegal activa*, entendiéndose que el sujeto o entidad sería donante directo del partido. Cfrs. Bustos Rubio, “El nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 73.

La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos

bienes se encuentren dentro del ámbito de disposición material del partido político, conducta que sólo puede ser realizada por el *intrañeus* al mismo; y la segunda, porque podría dejar sin contenido el apartado 4 del mismo precepto, donde se sanciona a quien entregue esas donaciones (esto es, como indicaré más tarde, al *extraneus*, que puede entregarlo directamente o por persona interpuesta). De este modo, considero que estos sujetos o entidades intermediarias, serían esas *personas interpuestas* que entregan las donaciones o aportaciones de las que habla el apartado 4 del art. 304 *bis* del Código Penal.

Por último, hay que poner de relieve que serían típicas las donaciones o aportaciones que, con infracción de lo dispuesto en el art. 5.1 LOFPP, estén destinadas a un *partido político, federación, coalición o agrupación de electores*; la exhaustiva enumeración que realiza el precepto y el respeto al principio de legalidad nos obliga a entender excluidas (de modo similar a como ocurre en la LOFPP) del ámbito penal, las *fundaciones o asociaciones* vinculadas a partidos políticos.

Nuevamente debe ser objeto de crítica esta regulación legal. Es un hecho notoriamente conocido que un gran número de partidos políticos poseen una amplia red de entidades (fundaciones, asociaciones u otra serie de organizaciones) que se nutren de subvenciones y ayudas públicas y privadas no sometidas a ningún tipo de límite, encaminadas a financiar determinados tipo de actividades; y también es notoriamente conocido que se emplean a veces de manera directa, y la mayor parte de manera indirecta para financiar parte de los gastos ordinarios del partido político. Así, por ejemplo, los sueldos y salarios de los trabajadores que comparte con el partido, o los gastos de la sede que tengan en común. Sin embargo, este tipo de comportamientos quedan al margen, no sólo del Código Penal, sino también de la LOFPP.

Respecto del *tipo subjetivo* se trata de conductas dolosas, aunque es posible la concurrencia del dolo eventual, al no existir exigencia expresa de que los comportamientos típicos se hagan a sabiendas de la infracción de la Ley Orgánica de Financiación de Partidos Políticos.

B. TIPO AGRAVADO DEL DELITO DE FINANCIACIÓN ILEGAL PASIVA (art. 304 *bis* 2 CP)

En el apartado segundo del art. 304 *bis* se prevén dos tipos agravados en relación con el delito de financiación ilegal pasiva; en ambos supuestos la agravación de los comportamientos encuentra su fundamento en la cuantía donada. De hecho, como veremos, el segundo de los supuestos sólo será típico como modalidad agravada, mientras que por debajo de la cuantía señalada no constituirá hecho delictivo.

1.- Donaciones superiores a 500.000 euros (apartado 2 a): a este respecto se hace una diferencia según el concreto apartado del art. 5.1. LOFPP que se vea infringido. De este modo, si se trata de donaciones anónimas, finalistas, revocables o realizadas por personas jurídicas o entes sin personalidad jurídica, entrará en funcionamiento el tipo agravado, siempre que las donaciones sean superiores a 500.000 euros. Sin embargo, en el caso de la letra b) del art. 5.1, donde se establece un límite de 50.000 euros para considerar legal la financiación, será preciso que la donación supere en 500.000 euros este importe, es decir, deberá ser superior a 550.000 euros.

Resulta llamativa esta diferenciación, por cuanto la agravación de este concreto apartado está fundamentada en la cuantía recibida por el partido político que se cifra en más de 500.000 euros, cuantía ya de por sí excesivamente alta,⁸² pero no puede mantenerse otra interpretación diversa por cuanto el apartado 2 letra a) del art. 304 *bis*, determina expresamente “o que superen en esta cifra el límite fijado en la letra b) de aquel precepto (se refiere al art. 5.1 LOFPP), cuando sea éste el infringido”. De este modo, en relación con las letras a y c del art. 304 *bis* 2, la cuantía que determina la concurrencia del tipo agravado será de 500.000 euros, mientras que en relación con la letra b) del mismo precepto, el límite será de 550.000 euros. Cualquier donación realizada con infracción de lo previsto en la LOFPP por debajo de los límites señalados constituirá el tipo básico previsto en el apartado primero que conlleva aparejada una pena de multa del triplo al quintuplo del valor de la donación o aportación recibida.

⁸² Así, por ejemplo, en Estados Unidos, la cantidad establecida para configurar la conducta como delito grave es de 25,000 dolares, cfrs. Maroto Calatayud, *La financiación ilegal de partidos políticos, op. cit.*, p. 315. Incluso en relación con delitos similares de nuestro ordenamiento jurídico, como pudiera ser el cohecho, no existen estos límites cuantitativos tan elevados para determinar una agravación de la pena.

Son numerosos los problemas que plantea la indefinición de este tipo agravado, así por ejemplo el relativo a si para configurarlo es preciso atender a una única donación, o si pueden acumularse, a efectos de configurar una conducta típica, las entregas realizadas a lo largo de un período de tiempo, y si es así, cuál sería ese período. Obviamente, en una interpretación coherente con la LOFPP, el período a tomar en consideración debería ser inferior a un año, por cuanto ese es el límite establecido en la mencionada ley. Consecuentemente, el límite se establece tanto para una única donación que lo supere, como para varias donaciones por cantidades inferiores realizadas en el plazo de un año, y cuya suma global supere los límites establecidos.

2.- Financiación extranjera que supere el importe de 100.000 euros (apartado 2 b)): así, indica el legislador de 2015, que configuran un tipo agravado de financiación ilegal de partidos políticos, utilizando la técnica de la remisión normativa, cuando se *trate de donaciones recogidas en el art. 7.2 de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de partidos políticos, que supere el importe de 100.000 euros.*

Sobre esta base, en relación con la financiación extranjera, podemos diferenciar varios supuestos:

- El relativo a *personas físicas extranjeras* (art. 7.1 LOFPP), que permite la donación por parte de las mismas, con los límites, requisitos y condiciones establecidas para las financiaciones privadas. Surge aquí un primer interrogante, si la financiación extranjera realizada por personas físicas, incumple las exigencias de la LOFPP, ¿sería constitutivo de delito de financiación ilegal? En aplicación del principio de legalidad, el tipo básico de financiación ilegal contenido en el art. 304 *bis* 1 CP, remite a los supuestos contenidos en el art. 5.1 LOFPP, sin hacer referencia alguna a lo establecido en el art. 7.1 del mismo texto legal. De ser así, deberíamos afirmar que las donaciones realizadas por personas físicas extranjeras que incumplan los requisitos de la Ley de Financiación de Partidos Políticos, resultarían atípicas en todo caso y fuera cual fuera su cuantía.⁸³

Recordemos que la remisión estática que se realiza en el art. 304 *bis* 2 es al art. 7.2 de la LOFPP, con lo que quedaría vedado, *ab initio*, incluir este supuesto en el tipo agravado de este delito en pro del principio de legalidad.

Hay que reconocer que este planteamiento, derivado de una defectuosa regulación por parte del legislador resulta inaceptable por cuanto daría lugar a injustificables lagunas de punibilidad, derivadas de la técnica de la remisión normativa. La única forma de evitar este contrasentido, sería mediante una interpretación amplia del art. 7.1 LOFPP, en el sentido de considerar que está otorgando a los supuestos de donaciones procedentes de personas físicas extranjeras, naturaleza de donaciones privadas, y por tanto plenamente incluibles en lo establecido en el art. 5.1, incluso a efectos de tipicidad penal. Obviamente sería una posibilidad, pero una posibilidad que representa una *interpretación extensiva* muy cuestionable que supondrá una nueva vulneración del principio de legalidad. Quizás lo inaceptable de la posible atipicidad de estos comportamientos, permita recurrir a una interpretación amplia de la norma que solucione la laguna que ha creado el legislador, pero, en mi opinión, una mala técnica legislativa no puede ni debe solucionarse mediante la infracción del principio de legalidad.

- Igualmente conflictivo resulta el supuesto contenido en el art. 7.2 LOFPP, donde se establece “la prohibición de donaciones de gobiernos, organismos, entidades o empresas públicas extranjeras o de empresas relacionadas directa indirectamente con los mismos”. Se trata, en definitiva de una prohibición absoluta de financiación por parte de Gobiernos extranjeros en cualquier cuantía.

De hecho, la legislación española en materia de financiación de partidos políticos, ha prohibido ya desde 1987 la recepción de fondos provenientes de gobiernos u organismos públicos extranjeros; el sentido de esta prohibición es evidente dado que está encamina a preservar la independencia de los partidos políticos españoles de las injerencia que gobiernos extranjeros pudieran tener en los mismos, y que podrían llegar a condicionar la acción del gobierno o legislativa dentro del Estado español.⁸⁴

⁸³ En relación con este punto, Maroto Calatayud, *La financiación ilegal de partidos políticos, op. cit.*, p. 316, afirma que la figura agravada recogida en el art. 304 *bis* 2 b) incluye los supuestos en los que “la donación que no respete los requisitos del art. 5 sea de origen extranjero (art. 7, apartado 1 LOFPP)...”. No podemos compartir la afirmación realizada por este autor por las razones expuestas, el art. 304 *bis* 2 b) remite *exclusivamente* al art. 7.2 LOFPP, sin hacer ningún tipo de referencia al art. 7.1, y ello determina que no pueda considerarse incluido en este apartado concreto porque ello significaría vulnerar el principio de legalidad penal mediante una interpretación extensiva *contra legem*. Distinto es el planteamiento, si por aplicación de lo establecido en el art. 7.1 las donaciones allí referidas puedan considerarse como supuestos de donaciones privadas y consecuentemente les sea de aplicación la regulación penal a ellas referida.

⁸⁴ Cfrs. Muñoz Cuesta, “Delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 3.

La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos

Sin embargo, a pesar de la coherencia que esta prohibición conlleva, la regulación penal de estos comportamientos ha sido, una vez más, claramente desafortunada.

Por exigencia legal, la conducta descrita sólo será *típica* cuando la donación realizada sea superior a 100.000 euros, es decir, las inferiores a esa cantidad quedarían al margen del tipo agravado de financiación ilegal contenido en el art. 304 *bis* 2 b). La cuestión es si podrían o no incluirse como tipo básico de financiación ilegal del art. 304 *bis* 1 CP, y la conclusión en este caso no puede ser sino afirmar la imposibilidad de esta interpretación, dado que no existe ninguna base normativa que permita tal inclusión.

En consecuencia, tras la LO 1/2015, las donaciones recibidas por gobiernos u organismos extranjeros que sean superiores a 100.000 euros constituirán supuestos del tipo agravado del delito de financiación ilegal; por el contrario, las inferiores a esa cuantía, carecen de relevancia penal quedando únicamente sometidas a la LOFPP⁸⁵. Tal como afirma Muñoz,⁸⁶ no resulta sencillo justificar el hecho de que una conducta prohibida por la Ley de Financiación de Partidos Políticos no es delictiva siempre que se encuentre por debajo de una determinada cantidad, y en cambio, si la supera, pase a configurar un tipo agravado. Así, afirma que hubiera sido más lógico castigar como tipo básico la conducta que consiste en recibir la donación de un gobierno u organismo extranjero, y agravarla cuando supere una determinada cantidad.

C. TIPO CUALIFICADO DEL DELITO DE FINANCIACIÓN ILEGAL PASIVA (art. 304 *bis* 3 CP)

El delito de financiación ilegal de partidos políticos prevé un tipo cualificado en aquellos supuestos de mo-

dalidades agravadas (esto es, donaciones superiores a 500.000 euros o procedentes de gobierno u organismos extranjeros superiores a 100.000 euros) que sean de *especial gravedad*, en los que se impondrá la pena en su mitad superior, pudiendo llegarse a la pena superior en grado.

Nuevamente, nada establece el legislador respecto de qué deba entenderse por especial gravedad, con lo cual nos encontramos ante un criterio valorativo cuya determinación corresponde a los tribunales, aunque han de entender qué se refiere a la especial significación o relevancia económica de la conducta delictiva.⁸⁷ Lo llamativo en relación con este tipo cualificado es que se remite a unos supuestos en los que su agravación radica ya en la cuantía económica, por cuanto, para que sea especialmente grave la cantidad donada debe ser superior a la establecida en los correspondientes tipos agravados del art. 304 *bis* 2 Cp; ahora bien, si la agravación en este último precepto radica en que la donación sea superior a esas cuantías, la pregunta es evidente, ¿desde qué concreta cantidad se podría aplicar el tipo cualificado del apartado 3 del art. 304 *bis*? En este sentido, Corcoy Bidasolo Y Gallego Soler⁸⁸ afirman que “es censurable que se utilice un concepto indeterminado sin aportar ningún criterio que pueda servir para guiar la exégesis del precepto y su aplicación judicial. ¿Cuántas veces tiene que superarse el criterio cuantitativo de la agravación del apartado segundo para que sea de especial gravedad? ¿es igualmente grave una conducta referida a varios partidos que tienen unos presupuestos distintos?”.⁸⁹ Obviamente todas estas preguntas quedan sin respuesta,

⁸⁵ Es decir, se aplicaría lo establecido en los arts. 17 y 17 *bis* LOFPP, con la consideración de infracción muy grave (art. 17.2 a) aplicándose una sanción del doble al quintuplo de la cantidad (art. 17 *bis* 1 a).

⁸⁶ Cfrs. Muñoz Cuesta, “Delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, pp. 3 y 4.

⁸⁷ Cfrs. Puente Aba, “Financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 910; Nieto Martín, *Nociones fundamentales de Derecho Penal, parte Especial, op. cit.*, p. 477, afirma, sin embargo, que esta especial gravedad debe venir determinada esencialmente por el especial valor de la donación o por la situación que ocupa en la dirección del partido la persona que ha recibido la misma, ya que “de acuerdo con el bien jurídico elegido (imparcialidad y objetividad), a mayor situación jerárquica en el partido, mayor posibilidad de influir espuriamente en relación a intereses privados; Sainz-Cantero Caparros, “Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 675 considera que no debe atenderse exclusivamente a la cuantía de la donación o financiación, sino también a las condiciones o circunstancias del sujeto activo, los términos en lo que se realiza la donación, etc.

⁸⁸ Corcoy Bidasolo/Gallego Soler, “De los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos”, *op. cit.*, p. 1041.

⁸⁹ En este punto, Muñoz Cuesta, “Delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 4 afirma que “la especial gravedad a que se refiere esta norma entendemos puede proceder en primer lugar cuando el valor de lo donado sea 10 veces superior a la cantidad que se dispone en cada caso como agravación simple, o en segundo lugar por la especial finalidad o intención que pueda tener el donante en los respectivos casos sancionados como delictivos, que pueda revelar una contradicción evidente con el fin social que debe guiar al partido político”. No compartimos el criterio mencionado por dos razones: respecto al criterio cuantitativo mantenido, esto es 10 veces superior (cinco millones o un millón de euros respectivamente) porque ello implica ignorar la realidad de una diferente configuración y presupuestos de cada uno de los partidos políticos; y en relación con el criterio finalístico o intencional, porque implicaría integrar como elemento de la tipicidad penal un elemento que el legislador no ha incorporado.

y la ausencia de un criterio claro dificultará sobremanera la valoración judicial de esa concreta *gravedad*, con la consiguiente lesión del principio de taxatividad penal que ello puede conllevar.⁹⁰

2.1.3. Financiación ilegal activa (art. 304 *bis* 4)

Tal como hemos puesto de relieve, el delito de financiación ilegal de partidos políticos, de modo similar a como ocurre con el delito de cohecho, tiene dos vertientes, una *pasiva* referida a la recepción de donaciones o aportaciones por aquellos que tienen algún tipo de facultad o capacidad de representación o gestión del partido político, y otra *activa*, relativa a la entrega de esas donaciones o aportaciones por quien es ajeno a la organización política, ésta última contenida en el apartado 4 del art. 304 *bis* CP.

El mencionado precepto establece que se castigará con las mismas penas *en sus respectivos casos* a quien entregue donaciones o aportaciones destinadas a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores, por sí o por persona interpuesta, en alguno de los supuestos de los números anteriores. Ello nos lleva a una primera conclusión en relación con esta modalidad del delito de financiación ilegal, y es que, por remisión expresa del art. 304 *bis* 4 a los apartados anteriores, también se puede diferenciar entre un tipo básico (apartado 4), un tipo agravado (apartado 2) y un tipo cualificado (apartado 3). Por ello, nos remitimos a lo expuesto en los epígrafes anteriores, a fin de delimitar los contornos de su aplicación. Sin embargo, analizaremos los aspectos diferenciales entre una modalidad y otra, esto es, lo relativo a los sujetos y a la conducta típica.

A. SUJETOS ACTIVOS

En esta concreta modalidad, sujeto activo será la persona física o jurídica (apartado 5) que realiza directamente la donación o aportación, o bien que se sirve de otra persona interpuesta, para efectuarla. Probablemente, la mención a *persona interpuesta* se haya realizado pensando en los supuestos en los que a fin

de ocultar el origen real de la donación de utilice a un tercero.

Sin embargo, entendemos que esta referencia es innecesaria, por cuanto de la aplicación del art. 28 del CP, los supuestos casos en los que se utilice una figura similar a un *testaferro*, es decir, en los casos de existencia de un *hombre de atrás*, se podrían fácilmente resolver sobre la base de existencia de una coautoría, siempre que ambos sujetos (el de atrás y el que entrega) tuvieran el efectivo dominio del hecho y respondieran a un plan previo, o bien mediante una *autoría mediata* en aquellos casos en los que el sujeto que entrega, la persona interpuesta, hubiera sido utilizado como instrumento.⁹¹

En definitiva, será sujeto activo del delito cualquier persona (física o jurídica) que realice materialmente la donación, ya sea de manera directa, es decir, por sí mismo, ya de manera indirecta utilizando para ello a una persona interpuesta que responderá en las mismas condiciones, salvo que nos encontremos ante un supuesto de autoría mediata.

Ahora bien, a diferencia de la modalidad pasiva del delito de financiación ilegal, donde afirmábamos que sujeto activo serían aquellos que tuviesen capacidad legal o representación del partido político en cuestión, o cualquier otro sujeto perteneciente a la organización, como pudieran ser el presidente, el secretario general, cualquier otra persona perteneciente a la cúpula directiva, o incluso un simple afiliado, que pudieran recibir las donaciones destinadas a financiar el partido político en cuestión, lo lógico es mantener que en el caso de *financiación ilegal activa* los sujetos deben ser extraños a esa organización política, es decir, que no pertenezcan a la misma, o, al menos, que no actúen en calidad de tales. Sin embargo, de la descripción legal nada puede deducirse al efecto, por cuanto no existe base normativa ni interpretativa alguna que obligue a excluir del círculo de sujetos activos de esta modalidad a quienes perteneciendo o estando vinculados de alguna forma al partido político en cuestión, realicen donaciones o aportaciones que infrinjan lo dispuesto en el art. 5.1 LOFPP.

⁹⁰ Cfrs. Maroto Calatayud, *La financiación ilegal de partidos políticos*, *op. cit.*, p. 316.

⁹¹ Sería posible apreciar esta autoría mediata en aquellos casos en los que la persona interpuesta actúa por coacción o miedo, y también sería posible imaginar supuestos en los que el hombre de atrás le oculta la existencia de otras donaciones previas que sumadas a la realizada por el testaferro superarían los límites establecido en la LOFPP, con lo que nos encontraríamos ante un claro supuesto de error en el caso del autor inmediato. Más difícilmente imaginables serían los casos de inimputabilidad por cuanto carecen de capacidad de obrar y, por tanto, sería imposible la realización de una donación legal.

La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos

En esta concreta modalidad, la mera entrega de la donación no exige la efectiva posibilidad de incorporar la misma al patrimonio del partido político, argumento que utilizábamos para restringir el círculo de sujetos activos en la financiación ilegal pasiva, por lo tanto, en relación con esta modalidad analizada podrán ser sujetos activos tanto los *intraeus* (aquellos vinculados a la organización política) como los *extraneus* (los ajenos a la misma), y dentro de éstos, tanto los que realizan la entrega de manera directa, como aquellos casos en los que se utiliza a un sujeto o entidad intermediaria.

B. CONDUCTA TÍPICA

La conducta tipificada en el apartado 4 del art. 304 *bis* es esencialmente la misma que la prevista en el apartado 1, con excepción de lo relativo al verbo típico. Así mientras que en el apartado primero se sanciona el *recibir*, en el apartado cuarto se castiga el *entregar*. Por ello, en todos los demás aspectos delimitadores de la conducta típica, es decir, la infracción de los requisitos establecidos en el art. 5.1. LOFPP y el tipo subjetivo nos remitimos a lo allí expuesto.

Respecto del verbo rector de esta concreto modalidad, se sanciona expresamente el *entregar*; por entregar hemos de entender hacer llegar las donaciones al partido político en cuestión, ya sea físicamente, ya mediante la verificación y conclusión de las formalidades necesarias en el caso de bienes inmuebles. Así, de modo similar a lo expuesto en relación con la modalidad *pasiva*, es precisa una entrega material de los bienes que constituyan la donación, de manera que abandonen el ámbito de disposición del donante para pasar al del donatario (el partido u organización política).

Consideramos que no puede mantenerse otra interpretación diferente a la de la entrega efectiva de los bienes, de manera que estos se incorporen al ám-

bito de disposición del partido político, por cuanto al haber excluido de la modalidad pasiva los supuestos de solicitar y aceptar, requiriendo la puesta a disposición concreta de los bienes donados, podría conllevar que al donante se le sancionara por la comisión de un delito del apartado 4 del art. 304 *bis*, mientras que al donatario sólo pudiera aplicársele una sanción administrativa, o todo lo más una tentativa de delito de *financiación ilegal pasiva*.⁹²

2.2. El delito de pertenencia a una organización que tenga con la finalidad financiar ilegalmente a los partidos políticos (art. 304 ter del Código Penal)

Es evidente que los últimos casos de corrupción que han visto la luz en nuestro país y que se encuentran directamente relacionados con la financiación ilegal de algunos partidos políticos, como pudiera ser el caso Gürtel o, más concretamente, el caso Bárcenas, han puesto de relieve el hecho de que este tipo de comportamientos se derivan, cada vez con mayor frecuencia, de la existencia de estructuras u organizaciones creadas con la finalidad de realizar este tipo de financiación, esto es, gestionar o captar donaciones o aportaciones que vayan encaminadas a financiar a los partidos políticos.

Quizás por ello el legislador del 2015 incluyó expresamente entre los delitos de financiación ilegal de partidos políticos, una conducta relativa a un supuesto de delito de organización, o de asociación ilícita cuya finalidad fuera la de *financiar ilegalmente* a los partidos políticos, aunque el acierto y la necesidad de esta inclusión expresa es altamente cuestionable.⁹³

Sin embargo, pudiera resultar la presencia en el Código Penal de este tipo de comportamientos cuestión distinta dependiendo de si la regulación que se ha realizado es o no la más correcta, y si, en realidad, era necesaria esta incorporación o, al menos, lo era de la forma en la que se realizó.

⁹² Ya hemos señalado que el principio de legalidad nos impide la posibilidad de considerar que conductas como aceptar o solicitar pudieran ser comportamientos típicos a efectos del art. 304 *bis* 1 del Código Penal, pudiendo castigarse, todo lo más, como tentativa aquellos casos en los que solicitada o aceptada la donación o aportación, ésta aún no se hubiera recibido efectivamente. En el mismo sentido, cfrs. Muñoz Cuesta, "Delitos de financiación ilegal de partidos políticos", *op. cit.*, pp. 2 y 3; Corcoy Bidasolo/Gallego Soler, "De los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos", *op. cit.*, p. 1039.

⁹³ En este sentido, afirma Sainz-Cantero Caparros, que "la existencia del precepto, no obstante los aspectos criticables que presenta, parece suficientemente justificada aunque sólo sea porque la conducta criminal reciente en materia de financiación ilegal de partidos políticos y otras agrupaciones similares han puesto de manifiesto la vinculación de los distintos supuestos con tramas o entramados, en definitiva, estructuras, organizaciones, grupos, más o menos organizados y estables, más o menos vinculados a la estructura de los partidos políticos, pero que cumplían claramente una función de facilitación de los medios y estrategias para la realización de los comportamientos prohibidos, etc.", cfrs. "Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos"; *op. cit.*, p. 681.

Nuestro ordenamiento jurídico prevé tres vías diferentes para sancionar lo que se ha denominado “*criminalidad organizada*”:

- a) Mediante la incorporación de *tipos agravados o cualificados* específicos respecto de cada delito concreto, aplicable a aquellos que realizaren la conducta en virtud de su pertenencia a una organización o grupo criminal.
- b) Mediante la aplicación respecto de ciertas formas de criminalidad organizada del delito de asociaciones ilícitas, previsto en el art. 515 y ss. del Código Penal.
- c) El empleo de los delitos relativos a las organizaciones y grupos criminales, regulados en los arts. 570 *bis* y ss.

Es por ello, que afirma Puente Aba,⁹⁴ ser cierto que esta previsión expresa del art. 304 *ter* es similar a otras ya existentes en materia de blanqueo, tráfico de drogas o trata de seres humanos, sin embargo en todos estos casos, la pertenencia a la organización delictiva aparece configurada como una modalidad agravada del tipo básico,⁹⁵ consecuentemente, la aplicación del primero conlleva la absorción del segundo. Por el contrario, en el caso del art. 304 *ter*, se configura esta pertenencia como un *delito autónomo*, esto es, como un delito de organización en el concreto ámbito de la financiación ilegal de partidos políticos, estableciendo asimismo una pena autónoma, sin referencia alguna a la del delito de financiación ilegal. Ello nos permite, a diferencia de los supuestos mencionados de tipos cualificados, la apreciación de un concurso de delitos entre la figura de financiación ilegal de partidos políticos

(art. 304 *bis*) y la de pertenencia a una organización (art. 304 *ter*), con efectos agravatorios mucho más graves que los otros preceptos mencionados.

En realidad, se ha establecido una configuración similar a la prevista para los casos de organizaciones criminales y terroristas, en el sentido de castigar como delitos separados las concretas actividades terroristas y la pertenencia a una organización o grupo terrorista. Es decir, se configura el art. 304 *ter* como un *delito de organización* que recibe sanción autónoma y diferente de las concretas actividades delictivas realizadas por la organización mencionada. Así, la redacción del presente delito permite sostener que nos encontramos ante una figura distinta que se superpone con las organizaciones criminales (arts. 570 *bis* ss.) y con las asociaciones ilícitas (arts. 515 ss.).⁹⁶ Entendemos que esta previsión específica no sólo era innecesaria, sino que va a acarrear importantes problemas concursales, y ello porque la organización descrita en el art. 304 *ter*, es una organización o grupo criminal descrito en los arts. 570 *bis* o *ter*, o incluso un supuesto de asociación ilícita del art. 515, que prevé las mismas conductas⁹⁷.

En relación con la primera de las opciones, y a fin de evitar la vulneración del principio *ne bis in idem*, se plantearía un concurso de leyes entre el completo concursal formado por los delitos de financiación ilegal (art. 304 *bis*) y pertenencia a una organización con la finalidad de financiar ilegalmente (art. 304 *ter*) y el compuesto por el art. 304 *bis* (financiación ilegal) y alguno de los preceptos dedicados a organizaciones y grupos criminales (art. 570 *bis* o *ter*), según se trate de una organización estable o de carácter transitorio. En este punto, el art. 8 CP y el principio de

⁹⁴ Puente Aba, “Pertenencia a una organización destinada a la financiación ilegal de partidos políticos (art- 304 *ter* CP)”, en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Gorriñ Royo/Matallín Evangelio (Coord.), González Cussac (Director), 2ª ed., Valencia 2015, p. 919.

⁹⁵ Así, por ejemplo, el art. 302 establece que “en los supuestos previstos en el artículo anterior se impondrán las penas privativas de libertad en su mitad superior a las personas que pertenezcan a una organización dedicada a los fines señalados a los mismos, y la pena superior en grado a los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones”, y el art. 369 *bis*, “cuando los hechos descritos en el artículo 368 se hayan realizado por quienes pertenecieren a una organización delictiva se impondrán las penas de prisión de nueve a doce años y multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga (...) A los jefes, encargados o administradores de la organización se les impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el párrafo primero”.

⁹⁶ Cfrs. Corcoy Bidasolo/Gallego Soler, “De los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos”, *op. cit.*, p. 1042; Puente Aba, “Pertenencia a una organización destinada a la financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 920.

⁹⁷ Cfrs. Maroto Calatayud, *La financiación ilegal de partidos políticos*, *op. cit.*, p. 317; Puente Aba, “Pertenencia a una organización destinada a la financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 921; Bustos Rubio, El nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, pp. 75 y 76. En contra, sin embargo, se posiciona Sainz-Cantero Caparros, entendiendo que la “nueva figura del art. 304 *ter* parece quedar suficientemente justificada, al menos desde un punto de vista formal: de no haberse incorporado la nueva modalidad delictiva, sólo tendría relevancia la actividad de las organizaciones y estructuras dedicadas a la financiación ilegal cuando la forma de financiación fuera la descrita por el art. 304 *bis*, única que admitiría la aplicación de los delitos relativos a las organizaciones criminales”.

La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos

especialidad⁹⁸ determinaría que sería de aplicación preferente el primero de los complejos concursales, esto es, el formado por los arts. 304 *bis* y *ter* Código Penal, lo que conllevaría una penalidad considerablemente más elevada que en el caso contrario.⁹⁹ Es por ello que, a fin de evitar solapamientos que den lugar a posibles vulneraciones del principio de proporcionalidad en la respuesta penal, así como a fin de establecer una uniformidad en el tratamiento punitivo de este tipo de comportamientos, hubiera sido aconsejable que no se hubiera regulado de manera específica la dirección y pertenencia a una organización cuya finalidad fuera la financiación ilegal de partidos políticos, por cuanto la regulación introducida por la LO 5/2010, de 22 de junio ya contempla adecuada y contundentemente los denominados “delitos de organización”, mediante un tratamiento sistemáticamente homogéneo de todos ellos.¹⁰⁰

A similares conclusiones llegaríamos en el caso de optar por la discutible consideración de este tipo de organizaciones como supuestos de asociación ilícita para delinquir prevista en el art. 515 CP, que sanciona con una pena de uno a tres años la pertenencia, y de dos a cuatro años a los directores.

A pesar de todas las consideraciones críticas realizadas hasta el momento, lo cierto es que el art. 304 *ter* Cp, prevé específicamente el delito de *pertenencia a una organización o estructura que tenga la finalidad de financiar ilegalmente a un partido político*. Es preciso, por tanto, un análisis específico de los elementos que lo componen, de manera que podemos diferenciar entre un tipo básico (art. 304

ter 1), un tipo agravado (art. 304 *ter* 2) y un tipo cualificado (art. 304 *ter* 3).

2.2.1. Tipo básico: la participación en organizaciones o estructuras cuya finalidad sea la financiación ilegal de partidos políticos (art. 304 *ter* 1 CP)

Se castiga la **conducta típica** de *participar* en una estructura u organización de cualquier naturaleza que tenga la finalidad de financiar ilegalmente a un partido político. A este respecto es preciso analizar algunas cuestiones:

- Por lo que se refiere al concepto de *estructuras u organizaciones*, la primera de las cuestiones que se plantea es la introducción de un término hasta entonces inédito en nuestro Derecho Penal, el cual es el de *estructuras*. Pareciera, por tanto, que el legislador de 2015 intenta dar “carta de naturaleza” a una nueva especie de agrupación criminal, distinta de las asociaciones ilícitas, y de las organizaciones o grupos criminales.

Sin embargo, tal y como pone de relieve Sainz-Cantero Caparros,¹⁰¹ la amplitud de los conceptos de asociaciones ilícitas, organizaciones y grupos criminales, convierte en “imposible fijar el sentido concreto del concepto «estructura» criminal en el ámbito de la financiación ilegal de partidos políticos”. Se trata, por tanto, en mi opinión de un concepto totalmente asimilado al de organizaciones y grupos criminales.

Por ello, y aunque nada diga al respecto el precepto, es evidente que éstas deben contar con cierta organización y estabilidad, así como con un cierto número de

⁹⁸ Así, aunque el art. 570 *quater* contiene una cláusula concursal que determina la aplicación de la regla 4ª del art. 8 CP (principio de alternatividad) para resolver las posibles situaciones concursales entre la regulación de las organizaciones y grupos criminales y otros preceptos del Código que contemplen una agravación por ejecutar el delito en el marco de una estructura y organización, tampoco es pacífica la interpretación de esta cláusula, dado que la referencia del art. 8.4 a que se aplicará *en defecto de los criterios anteriores*, se ha considerado que si pudiera aplicarse alguno de los restantes criterios para resolver la situación concursal, sería éste de aplicación preferente, cfrs. Puente Aba, “Pertenencia a una organización destinada a la financiación ilegal de partidos políticos (art- 304 *ter* Cp)”, *op. cit.*, pp. 921 y 922. De hecho así se ha defendido en aquellos casos en los que las figuras agravadas de pertenencia a organización criminal en relación con delitos específicos constituyen leyes especiales con respecto a la regulación general de los grupos y organizaciones criminales, cfrs. Faraldo Cabana, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español*, Valencia 2012, pp. 365 y ss.

⁹⁹ Así, tal como establece Puente Aba, “Pertenencia a una organización destinada a la financiación ilegal de partidos políticos (art- 304 *ter* Cp)”, *op. cit.*, p. 921, “la consecuencia de esto es que con la previsión específica del art. 304 *ter* se alcanza una penalidad especialmente agravada, puesto que las sanciones previstas en este precepto resultan más graves que las establecidas en los arts. 570 *bis* y *ter*; así, partiendo de que el delito de financiación ilegal de partidos no es un delito grave (al no tener prevista pena de prisión superior a 5 años), las penas previstas en el art. 304 *ter* (tres a cinco años de prisión por dirección de la organización, y uno a cinco años de prisión por mera pertenencia) son más graves en general que las establecidos en los arts. 570 *bis* y *ter* para los delitos que no son graves (en el caso de grupos criminales, prisión de tres meses a un año tanto por pertenencia como por dirección, y en el caso de organizaciones criminales, prisión de uno a tres años por simple pertenencia), con la única excepción de la organización criminal, cuyo marco penal es más amplio en el art. 570 *bis* que el correspondiente según el art. 304 *ter* (prisión de tres a seis años frente a prisión de tres a cinco años)”.

¹⁰⁰ O bien, se hubiera podido recurrir a la configuración de cometer el delito de financiación ilegal mediante la pertenencia a una organización para estos fines, como tipo agravado de financiación ilegal.

¹⁰¹ Cfrs. Sainz-Cantero Caparros, “Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, pp. 686 y ss.

personas integradas en las mismas (al menos tres), y que responda a una estructura jerárquica;¹⁰² no cabe otra interpretación en virtud de lo establecido en el apartado segundo de este precepto que sanciona más gravemente a aquellos que dirijan la organización.¹⁰³

- En relación con la delimitación de lo que deba entenderse por *participar*, ésta debe comprenderse como el hecho de estar integrado en la organización, esto es, ser miembro de la misma. Ahora bien, de inmediato surge la primera de las cuestiones, ¿es precisa la constatación de una mínima actividad de colaboración con la organización, o será suficiente con pertenecer nominalmente a la misma?.¹⁰⁴

Doctrinalmente se han sostenido diversas opiniones al respecto. Así, Bustos Rubio,¹⁰⁵ considera que se deberá entender incluido en este precepto cualquier grado de participación, con independencia de que se trate de una participación estable o puntual. Por su parte Muñoz Cuesta,¹⁰⁶ entiende que lo que se sanciona es la participación en estructuras u organizaciones criminales, y

ello implica que la mera integración con un mínimo de colaboración será suficiente para aplicar este delito; reconoce, sin embargo, este autor, que el mero hecho de pertenecer nominalmente a la organización, sin realizar ningún tipo de actividad, no conllevaría la aplicación de este tipo penal.

En mi opinión, la pertenencia que se describe en el tipo penal, debe entenderse como “participación en la actividad”, esto es, resulta necesario que se constate la existencia de una mínima actividad de colaboración con la organización, quedando, por tanto, al margen del Derecho penal, aquellos supuestos en los que al sujeto pudiera pertenecer nominalmente a la misma pero que no haya realizado ningún tipo de actividad en relación con ella. Así, tal como afirma Cano Paños¹⁰⁷ “resulta, pues, necesario que se realicen conductas que contribuyan a las actividades delictivas de la organización terrorista para la atribución de responsabilidad, por lo que un perteneciente, a efectos penales, tiene que ser un miembro activo de la organización”.¹⁰⁸ Otra interpretación

¹⁰² Cfrs. Cfrs. Corcoy Bidasolo/Gallego Soler, “De los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos”, *op. cit.*, p. 1043.

¹⁰³ Ello implica una coincidencia perfecta con la definición de organización o grupo criminal establecida en los arts. 570 *bis* y *ter* CP, cfrs. Faraldo Cabana, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español*, *op. cit.*, págs. 63 y ss.; Nuñez Castaño, *Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas*, *op. cit.*, p. 92 y ss. En contra se pronuncia Muñoz Cuesta, “Delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, pp. 5 y 6, donde afirma que “la interpretación que se pueda hacer de estructuras u organizaciones de cualquier naturaleza se puede concretar en un conjunto de personas, regidas o no por normas jurídicas, pudiendo éstas ser de simple cobertura cuyo punto de conexión es la finalidad que exige el tipo. No son, a nuestro juicio las anteriores, grupos u organizaciones criminales definidas en el art. 570 bis 1 o 570 ter 1 CP, cuyos contornos allí se hayan, sino algo más concreto por la finalidad que persiguen y sin exigirse una complejidad organizativa que no sea más que la suficiente para el objetivo que les guía. Sin duda la estructura es algo más simple, es la disposición y orden de las partes dentro de un todo, unión de personas, medios e ideas para conseguir un fin. Organización, por un lado, sí requiere estabilidad, diferentes personas con distribución de funciones y relación jerárquica, siendo un ente con la solidez suficiente y capacidad para financiar ilegalmente a partidos políticos”. No podemos compartir la postura de este último autor, encaminada a tratar de ampliar el concepto de estructura y organización hasta el punto de configurarlo como supuestos de codelinencia. En definitiva, si se trata de la simple agrupación de personas para cometer el delito de financiación ilegal de partidos políticos de manera ocasional, se trataría de un caso de codelinencia a sancionar conforme las reglas generales de autoría y participación; por el contrario, si tal como insinúa el citado autor, es preciso la existencia de al menos una mínima estructura y permanencia, nos encontraríamos ante los casos de grupos criminales (estructuras) y organizaciones criminales (organización).

¹⁰⁴ Ello responde a la discusión en relación con los supuestos de terrorismo, de si sería sancionable o no en virtud de los mismos, los supuestos de *militancia pasiva* en una organización o grupo terrorista, es decir, la cuestión es si el mero hecho de formar parte de una organización sin *participar activamente* en la misma, sería considerado como delito de pertenencia a una organización o grupo criminal. Con anterioridad a la reforma realizada por la LO 5/2010, tanto la doctrina como la jurisprudencia sostenían que pertenecer a una organización criminal o terrorista debía significar algo más que estar de acuerdo con sus postulados o abrazar su ideario, es decir, sería precisa la prestación de algún tipo de contribución o soporte material o logístico, sin que sea suficiente la mera adhesión o comunión ideológica, y de modo similar debe interpretarse la regulación actual, Cfrs. Nuñez Castaño, *Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas*, *op. cit.*, p. 88. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2009 (caso Ekin) ha entendido que integrante, a los efectos del antiguo art. 516, equivale a participe activo, que es la pertenencia mínimamente exigible por el resto de modalidades de asociación ilícita, dado que otra interpretación equivaldría a configurar un claro Derecho penal de autor.

¹⁰⁵ Cfrs. Bustos Rubio, “El nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 76.

¹⁰⁶ Cfrs. Muñoz Cuesta, “Delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 6.

¹⁰⁷ En relación a las organizaciones y grupos terroristas, Cfrs. Cano Paños, “Los delitos de terrorismo en el Código Penal español tras la reforma de 2010”, en la Ley penal, nº 86, octubre 2011, p. 3.

¹⁰⁸ De hecho, afirma Sainz-Cantero Caparros, “Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 686, que esta participación debe tener cierta relevancia, “no consistiendo en un simple favorecimiento o cooperación de cualquier índole a la actividad ilícita que aparece como designio de la organización, sino que suponga participar de forma activa, material y relevante en la financiación del partido, así como en la posible perturbación de la normalidad en el ejercicio de sus funciones”.

La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos

daría lugar a la penalización de una mera actitud ideológica, con las connotaciones que ello conllevaría.

Se exige, además, la presencia de una **elemento subjetivo del injusto**, en este caso, la *finalidad de financiar ilegalmente a partidos políticos, federaciones o agrupaciones de electores, al margen de lo establecido en la ley*. Así, es necesario que se constate que la estructura u organización se ha creado con la única finalidad de sufragar y financiar las actividades de los partidos políticos al margen de lo dispuesto en la ley. El problema que surge en este punto es a qué “ley” se refiere: ¿a los preceptos concretamente indicados en el art. 304 *bis* del Código Penal, a la LOFPP en toda su extensión, o a toda norma que de alguna manera contenga disposiciones sobre financiación de partidos políticos?

La cuestionable técnica empleada por el legislador del 2015 ha provocado diversas interpretaciones doctrinales en este ámbito. Así, un sector doctrinal entiende que, por razones sistemáticas y por la remisión expresa que realiza el art. 304 *bis*, la remisión es a la LOFPP, porque, de otro modo, y al no mencionar expresamente el precepto, que la financiación deba constituir ilícito penal, podría incurrirse en una total arbitrariedad en su aplicación.¹⁰⁹

Por el contrario, Bustos Rubio,¹¹⁰ afirma que el art. 304 *ter* abarca los supuestos en los que las organizaciones tienen como finalidad financiar a un partido político, tanto mediante la realización de los hechos supuestos en el art. 304 *bis*, como realizando hechos que supongan la infracción de otras normas legales (el resto de la LOFPP así como la LOREG) que establecen y delimitan las conductas de financiación prohibidas y permitidas. Según este autor, ello puede determinar que nos encontremos ante una situación en la que el donante y receptor de una determinada cuantía no resulten sancionados por ser atípico el objeto de la misma (por ejemplo, mediante *operaciones asimiladas*), pero que pueda sancionarse a quien

ha participado en una organización o estructura que desde el principio se dedicaba a financiar irregularmente a un partido político mediante esas mismas operaciones asimiladas, prohibidas administrativa pero no penalmente.

Es evidente, en mi opinión, que ésta última interpretación es perfectamente coherente con la descripción típica realizada por el art. 304 *ter* del Código Penal; sin embargo, también es evidente que esta interpretación nos llevará a situaciones realmente absurdas y totalmente arbitrarias. De hecho, se trata de una nueva muestra de la muy cuestionable regulación que se ha realizado en esta materia, que en este aspecto en concreto, debiera haberse referido exclusivamente a aquellas organizaciones cuya finalidad fuera la financiación de partidos políticos mediante la realización de las conductas previstas en el art. 304 *bis*. Pero no fue así, y por muy sorprendente y cuestionable que resulte, *ex lege* nada impide la interpretación realizada por Bustos Rubio.

2.2.2. Tipo agravado: directores de la estructura u organización (art. 304 *ter* 2 CP)

El apartado segundo del art. 304 *ter* CP prevé la imposición de la pena en su mitad superior, respecto de aquellas personas que dirijan la estructura u organización, lo cual encuentra su fundamento en la mayor responsabilidad y reprochabilidad que conlleva el desempeño de un papel directivo en la organización o estructura concreta.¹¹¹

A efectos de este tipo agravado, consideramos que debe entenderse por *dirigentes*, aquellos contemplados en relación con los delitos de organización y asociación ilícita,¹¹² así se trata, en general, de intervenciones de sujetos que se encuentran en el escalón superior de la estructura de organización donde el elemento “decisional” es característico de su actuar,¹¹³ así como el control genérico de las actividades y finalidades de la misma.

¹⁰⁹ Cfrs., en este sentido, Muñoz Cuesta, “Delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, pp. 5 y ss.; Maroto Calatayud, “La financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 317.

¹¹⁰ Cfrs. Bustos Rubio, “El nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, pp. 76 y 77.

¹¹¹ Cfrs. Muñoz Cuesta, “Delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 6.

¹¹² Cfrs. Faraldo Cabana, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código Penal español op. cit.*, pp. 177 y ss.

¹¹³ Cfrs. la Circular de la Fiscalía General del Estado, n° 2/2011, donde se afirma que son “...aquéllos que determinan las actividades y finalidades de la misma”. Cfrs., Vera Sanchez, “De las organizaciones y grupos criminales”, en Corcoy Bidasolo/Mir Puig (direct.), *Comentarios al Código Penal, reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Valencia 2015, p. 1707.

2.2.3. Tipo cualificado: especial gravedad de los hechos (art. 304 *ter* 3 CP)

Se establece en el apartado tercero del art. 304 *ter*, un supuesto cualificado aplicable a los dos apartados anteriores (tipo básico y tipo agravado) cuando se trate de supuestos de especial gravedad que permite la imposición de la pena en su mitad superior, pudiendo llegar a la pena superior en grado. Nos encontramos, nuevamente, como ocurría en relación con el delito de financiación ilegal, con una cláusula genérica que debe valorarse en sede judicial, sin que el legislador haya dado ningún tipo de interpretación ni sentido en relación con la misma.

Sin embargo, a diferencia de otros supuestos, como el mencionado en el art. 304 *bis*, en el que se puede identificar un claro componente económico en el fundamento de la agravación, ello no es posible en el caso que estamos analizando, es decir, no resultan claros los criterios que es preciso tener en cuenta para estimar la concurrencia o no de la cualificación. En este punto, considera Puente Aba¹¹⁴ que “si la especial gravedad ha de predicarse de los propios hechos de dirección o pertenencia a una estructura u organización que se dedique a la financiación ilegal de los partidos políticos, cabría entender únicamente que resultará de aplicación cuando las actividades de financiación realizadas por tal estructura revisitan especial gravedad, es decir, cuando se verifique el supuesto agravado del art. 304 *bis*, que implica esencialmente que la financiación ilícita alcanza una cuantía de especial relevancia”. Es evidente que se trata de una lógica interpretación sistemática, pero ello nos situaría en una vulneración del principio *ne bis in idem* dado que se estaría valorando doblemente la especial gravedad de los hechos: por un lado en relación con el delito de financiación ilegal, y por otro respecto del delito de pertenencia. Es por ello, que la misma autora citada afirma que “a la vista de las cuestiones que suscita este precepto, sería deseable una articulación más coherente y organizada de las

circunstancias que agravan la financiación ilegal de partidos políticos”.

III. Conclusiones

Como hemos puesto de relieve, tanto la actualidad como la importancia de este tipo de comportamientos ha determinado la inclusión por la LO 1/2015, de una serie de comportamientos relativos a la tipificación de determinados supuestos de financiación ilegal de partidos políticos, tal y como reiteradamente se había solicitado por la doctrina. Esta necesidad de regulación expresa y autónoma del delito de financiación ilegal, inexistente en nuestro ordenamiento jurídico hasta este momento, en el intento de preservar el correcto funcionamiento del sistema democrático, que se fundamenta, entre otras cosas, en el correcto funcionamiento del sistema de partidos políticos, se concreta en la regulación realizada por el legislador del 2015, no sólo en materia penal, sino también mediante la modificación de la propia LOFPP. A pesar de ello, la regulación realizada no sólo es insuficiente dejando numerosas lagunas de punibilidad, sino que es incoherente e indeterminada, de manera que provoca innumerables superposiciones normativas que reflejan la evidente falta de reflexión con la que se ha efectuado.

Son numerosos los aspectos cuestionables que plantea esta concreta tipificación de las conductas de financiación ilegal de partidos políticos. Así, podemos señalar por ejemplo, lo llamativo que resulta la ausencia de una regulación legal y penal en relación con la financiación de las fundaciones de los partidos políticos, o la atipicidad de comportamientos como la condonación total o parcial de las deudas de los partidos políticos por parte de entidades de crédito, o de las donaciones realizadas por personas físicas o gobiernos u organismos extranjeros que sean inferiores a 100.000 euros. Al tiempo, que se centre en exclusiva sobre las donaciones o aportaciones privadas, dejando al margen del ámbito penal las que tengan origen público, y otras que, siendo privadas se encon-

¹¹⁴ Cfrs. Puente Aba, “Pertenencia a una organización destinada a la financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, pp. 922 y 923. En un sentido similar, Sainz-Cantero Caparros, “Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 689, afirma que “el primer elemento a tomar en consideración para valorar esa mayor o menor gravedad, deberá ser valorar la «entidad de la contribución al designio criminal» de forma que cuando la participación, material o de dirección, sea especialmente relevante, podrá acudirse a la aplicación de esta modalidad agravada. Junto a ello, debiera tomarse, aunque sólo sea a título orientativo los criterios de agravación que se utilizan en otros pasajes del Código Penal para agravar las previsiones en relación con la criminalidad organizada...”; por su parte Olaizola Nogales, “El delito de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 4, entiende que dentro de los criterios posibles de interpretación de esta agravación se encuentra “el de la mayor o menor relevancia de la organización: cantidad de personas, ámbito espacial de actuación, estabilidad de la organización, tiempo de funcionamiento, etc.”

La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos

trarían fuera de la regulación penal concreta, como las operaciones asimiladas.

A ello se une la criticable ubicación sistemática que pareciera otorgar un contenido esencialmente privado y económico a estos comportamientos, lo que dificulta aún más la identificación de cuál es el bien jurídico que se está protegiendo frente a este tipo de conductas. Si hay algo que evidencia una posible necesidad de regulación expresa de este delito, es precisamente el carácter público del mismo, que se deriva (a pesar de las discrepancias doctrinales que hay al respecto) de su concreto objeto de tutela, esto es, el *correcto funcionamiento del sistema de partidos políticos*, que se manifiesta en una serie de intereses autónomos que ya hemos puesto de relieve: la transparencia en la financiación, la igualdad de oportunidades y la democracia interna.

No terminan aquí los aspectos cuestionables en relación con el delito de financiación ilegal de partidos políticos, sino que, por el contrario, una de las principales críticas que se le pueden realizar, en cuanto que implica la vulneración del principio de legalidad, es la técnica legislativa que se emplea, el recuso a la *norma penal en blanco*, que se configura como una supuesto de *remisión estática en bloque*. Son varios los problemas que se derivan de este forma de regulación: dejar vacío de contenido el tipo penal ante cualquier modificación de la norma administrativa, la exclusión *ex lege* de comportamientos claramente ofensivos para el objeto de tutela pero que se encuentran al margen de la regulación específica del art. 304 *bis* permitiendo injustificables lagunas de penalidad, y, la más grave de todas, que la *remisión en bloque* resulta contraria al principio de legalidad, en su vertiente de reserva de ley.

Por otra parte, se pone de relieve un continuado recurso a conceptos jurídicos indeterminados que, necesariamente deberán ser objeto de valoración por parte de los Tribunales, como es el caso de las agravaciones y cualificaciones en ambos preceptos si los hechos resultaran de *especial gravedad*, sea lo que sea eso de la especial gravedad, y la consiguiente lesión del principio de taxatividad penal que ello pueda conllevar.

Junto a ello, la incorporación de un tipo autónomo de *pertenencia a una organización cuya finalidad sea la de financiar ilegalmente un partido político*, nos aporta nuevos aspectos altamente cuestionables por

la vulneración de los principios básicos del Derecho penal que todos ellos plantean. Así, en primer lugar, la configuración del art. 304 *ter* como delito autónomo nos avoca a un inevitable concurso de leyes con los delitos contenidos en los arts. 570 *bis* y ss., y el 515 y ss, del Código Penal, absolutamente innecesaria,, por cuanto en aras del principio de proporcionalidad, así como de la uniformidad en el tratamiento punitivo de los *delitos de organización*, hubiera sido aconsejable que no se hubiera regulado de manera específica este tipo autónomo en relación con el delito de financiación ilegal, al poderse incluir perfectamente estos comportamientos en los arts. 570 *bis* y ss., o en el art. 515 y ss.

En segundo lugar, la referencia a la *finalidad de financiar a los partidos políticos al margen de lo establecido en la ley*, determina la concurrencia de un nuevo problema por indeterminación. ¿A qué ley en concreto se refiere? ¿A la expresamente mencionada en el art. 304 *bis* o a cualquier ley que regule materia de financiación de partidos políticos? La descripción típica permite decantarse por la segunda opción sin ningún tipo de impedimento, pero de ser así ello implicaría como resultado situaciones absolutamente absurdas como que se sancione administrativamente al donante y receptor, y penalmente a quien pertenezca a la organización, conllevando soluciones absolutamente arbitrarias.

Todo lo expuesto, nos lleva a considerar que, nuevamente la incorporación expresa de estos delitos de financiación ilegal no responde a un real interés por parte del legislador de controlar este tipo de comportamientos, derivado de una mayor y mejor reflexión sobre la materia, sino más bien a dar una respuesta penal leve y sin rigurosidad alguna, a la alarma y rechazo social que los últimos escándalos de corrupción han provocado en la sociedad. Y ello implica que se ha dado una solución exclusivamente aparente, a un problema real y grave existente en nuestro sistema democrático. Así, como señala Maroto Calatayud,¹¹⁵ “se ha perdido la oportunidad de tomarse de una vez en serio el problema de la financiación ilegal, o al menos de delimitar y facilitar la tarea de los jueces, en un nuevo episodio de una política criminal capturada por intereses espurios”.

En definitiva, la defectuosa y cuestionable regulación realizada por el legislador del 2015 en materia de

¹¹⁵ Cfrs. Maroto Calatayud, *La financiación ilegal de partidos políticos*, op. cit., p. 319.

financiación ilegal de partidos políticos determina que, lejos de dar una adecuada respuesta a un fenómeno que se ha convertido en un grave problema social por la evidente naturaleza de corrupción que conlleva, plantee serias dudas en relación, tanto con su legitimidad como con su potencial eficacia.

IV. Bibliografía

- Ariño Ortiz, *La financiación de los partidos políticos*, Documentos del Foro de la sociedad civil, nº 1, 2009, <http://www.medioscan.com/pdf/financiacionpartidos.pdf>, ult. consult. 28.10.2016.
- Bustos Rubio, “El nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos”, en *Revista Penal*, nº 37, enero 2016.
- Cancio Meliá, “Delitos de organización”, en *Revista electrónica del Instituto Latino Americano de Estudios en Ciencias Penales y Criminológicas*, 006-01 (2011), www.ilecip.org.
- Cano Paños, “Los delitos de terrorismo en el Código Penal español tras la reforma de 2010”, en la Ley penal, nº 86, octubre 2011.
- Corcoy Bidasolo/Gallego Soler, De los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos”, en Corcoy Bidasolo/Mir Puig (direct.), *Comentarios al Código Penal, reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Valencia 2015.
- Faraldo Cabana, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código Penal español*, Valencia 2012.
- Gomez Rivero, *Nociones fundamentales de Derecho penal, parte general*, en Gomez Rivero/Martinez Gonzalez/Nuñez Castaño, 3ª ed., Madrid, 2015.
- Caroto Calatayud, *Corrupción y financiación de partidos políticos: un análisis político criminal*, https://www.academia.edu/4077753/Corrupci%C3%B3n_y_financiaci%C3%B3n_ilegal_de_partidos_pol%C3%ADticos_un_an%C3%A1lisis_pol%C3%ADtico-criminal, ult. Consult. 18 de noviembre de 2015.
- _____, *La financiación ilegal de partidos políticos: un análisis político criminal*, Marcial Pons, Madrid 2015.
- Muñoz Conde, *Derecho penal, Parte especial*, 20ª ed., Valencia 2015.
- Muñoz Cuesta, “Delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, en revista *Aranzadi Doctrinal*, nº 5/2015.
- Navarro Cardoso, “Corrupción, transparencia y Derecho Penal. Especial referencia al derecho de acceso a la información pública”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 14, diciembre de 2014.
- Navarro Mendez, *Partidos políticos y “democracia interna”*, Madrid 1999.
- Nieto Martin, “Financiación ilegal de partidos políticos”, en Arroyo Zapatero/Nieto Martin (Coords.), *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Cuenca 2006.
- _____, en Gomez Rivero y otros, *Nociones fundamentales de Derecho Penal, Parte Especial*, vol. II, 2ª ed., Madrid, 2015.
- _____, *Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas*, Valencia, 2013.
- _____, *Nociones fundamentales de Derecho penal, Parte General*, en Gomez Rivero/Martinez Gonzalez/Nuñez Castaño, 3ª ed., Madrid 2015.
- _____, “Tendencias político-criminales en materia de terrorismo tras la LO 2/2015, de 30 de marzo: la implementación de la normativa europea e internacional”, en *Revista Penal*, nº 37, enero 2016.
- Olaizola Nogales, “El delito de financiación ilegal de partidos políticos en la reforma del Código Penal”, La Ley 2637/2015.
- _____, *La financiación ilegal de partidos políticos: un foco de corrupción*, Valencia 2014.
- Puente Aba, “Delitos electorales”, en Faraldo Cabana (Direct.), *Comentarios a la legislación penal especial*, Lex Nova, 2012.
- _____, “Financiación ilegal de partidos políticos (art. 304 bis CP)”, en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Gorriz Royo/Matallin Evangelio (Coord.), Gonzalez Cussac (Director), 2ª ed., Valencia 2015. <http://0-biblioteca.tirant.com.fama.us.es/cloudLibrary/ebook/info/9788490869451>
- _____, “Pertenencia a una organización destinada a la financiación ilegal de partidos políticos (art. 304 ter CP)”, en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Gorriz Royo/Matallin Evangelio (Coord.), Gonzalez Cussac (Director), 2ª ed., Valencia 2015. <http://0-biblioteca.tirant.com.fama.us.es/cloudLibrary/ebook/info/9788490869451>
- Rodriguez Lopez, *Contabilidad y financiación de los partidos políticos*, Madrid 2011.
- Romero Flores, *Partidos políticos y responsabilidad penal: la financiación electoral irregular*, Barcelona, 2005.

La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos

Sainz-Cantero Caparros, “Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, en Morillas Cueva (Direct.), *Estudios sobre el Código penal reformado*, Madrid 2015.

Sandoval Coronado, “La financiación corrupta de los partidos políticos. A propósito del «caso Palleroles»”, en *La intervención penal en supuestos de*

fraude y corrupción. Doctrina y análisis de casos, Puente Aba (Directora), Barcelona, 2015.

Vera Sanchez, “De las organizaciones y grupos criminales”, en Corcoy Bidasolo/Mir Puig (direct.), *Comentarios al Código Penal, reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Valencia 2015.



Universidad de Huelva
Universidad de Salamanca
Universidad Pablo de Olavide
Universidad de Castilla-La Mancha
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal