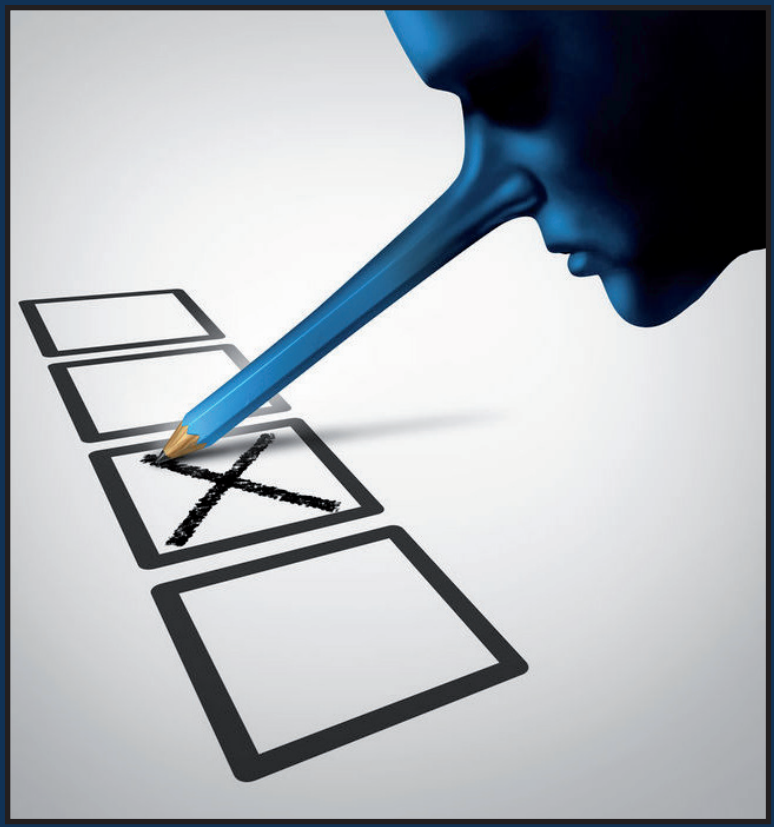
Ignacio F. Benítez Ortúzar
(Director)

CORRUPCIÓN ELECTORAL
Delitos e infracciones electorales

Ignacio F. Benitez Ortúzar
María José Cruz Blanca
Eva María Domínguez Izquierdo
Antonio Garrido Rubia
Ignacio Lledó Benito
Belén Macías Espejo
Lorenzo Morillas Cueva
Ramón Terol Gómez



Colección Ensayos Penales

Dykinson, S.L.

CORRUPCIÓN ELECTORAL
Delitos e infracciones electorales

Ignacio F. Benítez Ortúzar
(Director)

Ignacio F. Benítez Ortúzar
(Director)

CORRUPCIÓN ELECTORAL
Delitos e infracciones electorales

Benitez Ortúzar, Ignacio F.
Cruz Blanca, María José
Domínguez Izquierdo, Eva María
Garrido Rubia, Antonio
Lledó Benito, Ignacio
Macías Espejo, Belén
Morillas Cueva, Lorenzo
Terol Gómez, Ramón

Dykinson, S.L.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea éste electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).
Diríjase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 917021970/932720407

Trabajo elaborado en el marco de Proyecto de Investigación denominado "Corrupción política. De la contabilidad irregular en los procesos electorales a los delitos de financiación ilegal de partidos políticos", financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (DER2016-78563-P), cuyo Investigador principal el Prof. Dr. Lorenzo Morillas Cueva

COLECCIÓN ENSAYOS PENALES

Dirigida por
Lorenzo Morillas Cueva

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial
Para mayor información, véase *www.dykinson.com/quienes_somos*

© Copyright by
Los autores
Madrid, 2019

Editorial DYKINSON, S.L.
Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 915442846 - (+34) 915442869
e-mail: info@dykinson.com
http://www.dykinson.es
http://www.dykinson.com

ISBN: 978-84-1324-227-9

Preimpresión:
Besing Servicios Gráficos, S.L.
besingsg@gmail.com

ÍNDICE

PRÓLOGO 13

DELITOS ELECTORALES E INTEGRIDAD ELECTORAL: ESPAÑA EN PERSPECTIVA COMPARADA

ANTONIO GARRIDO RUBIA

I. INTRODUCCIÓN 17

II. INTEGRIDAD ELECTORAL Y DELITOS ELECTORALES: UNA CONCEPTUALIZACIÓN 18

III. INDICADORES EMPÍRICOS PARA LA MEDICIÓN DE LOS DELITOS ELECTORALES 22

IV. DIMENSIONES EMPÍRICAS DE LOS DELITOS ELECTORALES: MANIPULACIÓN DEL VOTO Y MANIPULACIÓN DE LOS VOTANTES 31

V. DELITOS ELECTORALES, INTEGRIDAD ELECTORAL Y CALIDAD DE LA DEMOCRACIA 37

VI. CONCLUSIONES 41

DISPOSICIONES GENERALES DEL DERECHO PENAL ELECTORAL

MARÍA JOSÉ CRUZ BLANCA

I. INTRODUCCIÓN 43

II. DESARROLLO Y PROTECCIÓN DEL DERECHO DE SUFRAGIO. LA LEY ORGÁNICA 5/1985, DE 19 DE JUNIO, DEL RÉGIMEN ELECTORAL GENERAL 45

III. LAS DISPOSICIONES GENERALES DEL DERECHO PENAL ELECTORAL 47

1. Los sujetos activos de los delitos electorales. Especial consideración al concepto de funcionario público electoral (art. 135.1). 47

2. Concepto de documento oficial a efectos penales-electorales (art. 135.2) 50

3. El concurso aparente de normas penales entre el Código penal y la Ley Orgánica de Régimen Electoral General (art. 136) 51

4. La pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo 53

5. Cláusula de subsidiariedad del Código penal aplicable a los delitos electorales (art. 137) 55

LAS SANCIONES EN LOS DELITOS ELECTORALES: NATURALEZA Y LÍMITES

IGNACIO LLEDÓ BENITO

I. *STATUS QUAESTIONIS*: EL DELITO ELECTORAL. SU NATURALEZA Y ÁMBITO DE COMPETENCIA..... 57

II. PRECISIONES CONCEPTUALES BÁSICAS A LA HORA DE DETERMINAR EL PROCEDIMIENTO DE LOS DELITOS ELECTORALES: LOS CONCEPTOS DE FUNCIONARIO PÚBLICO Y DOCUMENTO OFICIAL EN LA LOREG..... 60

III. NATURALEZA PÚBLICA DE LA ACCIÓN PARA PERSEGUIR ESTOS DELITOS 63

IV. SOBRE EL CONCURSO DE LEYES: ALGUNAS NOTAS DE INTERÉS 64

V. SOBRE LA PENA SANCIONADORA DE LA INHABILITACIÓN PARA EL DERECHO DE SUFRAGIO ACTIVO 66

VI. LAS SANCIONES POR LOS DELITOS ELECTORALES 71

VII. BREVE NOTA EN TORNO A LAS INFRACCIONES ELECTORALES..... 91

DELITOS ELECTORALES, EN "SENTIDO ESTRICTO", COMETIDOS POR FUNCIONARIO PÚBLICO –ARTS. 139, 140 Y 143 LOREG–

BELÉN MACÍAS ESPEJO

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN 95

II. DELITO DE OBSTACULIZACIÓN DEL PROCESO ELECTORAL (ART. 139 LOREG)..... 99

1. Incumplir las normas legalmente establecidas para la formación, conservación y exhibición al público del censo electoral 101

2. Incumplir las normas legalmente establecidas para la constitución de las juntas y mesas electorales, así como para las votaciones, acuerdos y escrutinios que éstas deban realizar 105

3. No extender las actas, certificaciones, notificaciones y demás documentos electorales en la forma y momentos previstos por la Ley 107

4. Suscitar, sin motivo racional, dudas sobre la identidad de una persona o la entidad de sus derechos..... 107

5. Suspender sin causa justificada cualquier acto electoral... 108

6. Negar, dificultar o retrasar indebidamente la admisión, curso o resolución de las protestas o reclamaciones de las personas que legalmente estén legitimadas para hacerlas, o no dejen de ellas la debida constancia documental..... 109

7. Causar, en el ejercicio de sus competencias, manifiesto perjuicio a un candidato..... 110

8. Incumplir los trámites establecidos para el voto por correspondencia 110

III. DELITOS POR ABUSO DE OFICIO O FALSEDAD (ART. 140 LOREG)..... 112

IV. EL ABANDONO O INCUMPLIMIENTO EN LAS MESAS ELECTORALES (ART. 143 LOREG) 122

V. CONCLUSIONES 137

DELITOS ELECTORALES, "EN SENTIDO ESTRICTO", COMETIDOS POR PARTICULARES –ARTÍCULOS 141, 142, 144 Y 145 LOREG–

IGNACIO F. BENÍTEZ ORTÚZAR

I. INTRODUCCIÓN 141

II. VULNERACIÓN DE LOS TRÁMITES ESTABLECIDOS PARA EL VOTO POR CORREO POR PARTICULAR (ART. 141.1 LOREG)... 144

III. PARTICIPACIÓN POR PARTE DEL PARTICULAR EN ALGUNA DE LAS FALSEDADES PREVISTAS PARA EL FUNCIONARIO PÚBLICO EN EL ARTÍCULO 140 LOREG (ART. 141.2 LOREG).... 149

IV. EMISIÓN DE VARIOS VOTOS EN LA MISMA ELECCIÓN O EMISIÓN DE VOTO SIN CAPACIDAD PARA HACERLO (ART. 142 LOREG) 153

V. REALIZACIÓN DE ACTOS DE PROPAGANDA UNA VEZ FINALIZADA LA CAMPAÑA ELECTORAL (ART. 144.1.A LOREG) 158

VI. INFRACCIÓN DE LAS NORMAS LEGALES EN EL DESARROLLO DE LA CAMPAÑA ELECTORAL (CARTELERÍA ELECTORAL, ESPACIOS RESERVADOS PARA LA MISMA, REUNIONES Y OTROS ACTOS PÚBLICOS DE PROPAGANDA ELECTORIAL; ARTÍCULO 144.1.B LOREG) 169

VII. PARTICIPACIÓN DE DETERMINADOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN ACTOS DE CAMPAÑA ELECTORAL (ART. 144.2 LOREG) 175

VIII. DELITOS EN MATERIA DE ENCUESTAS ELECTORALES (ART. 145 LOREG) 176

DELITOS "COMUNES" EN EL DESARROLLO DEL PROCESO ELECTORAL −ARTÍCULOS 146, 147, 148, 149 Y 150−

Lorenzo Morillas Cueva

I. INTRODUCCIÓN 181

II. COHECHO Y COACCIONES ELECTORALES 182

1. Cuestiones preliminares 182

2. Especie impropia de cohecho electoral 184

3. Coacciones electorales 199

4. Concurso y penas para las modalidades del artículo 146 .. 204

III. ALTERACIÓN DEL ORDEN EN ACTO ELECTORAL VERSUS DESÓRDENES PÚBLICOS ELECTORALES 206

IV. AGRAVACIÓN DE LOS DELITOS DE CALUMNIA E INJURIA COMETIDOS EN CAMPAÑA ELECTORAL 210

V. FINANCIACIÓN IRREGULAR 214

1. Falsedades en cuentas electorales 215

2. Apropiación indebida de fondos electorales 225

CONCURRENCIA DE INFRACCIONES Y SANCIONES PENALES Y ADMINISTRATIVAS EN EL ÁMBITO ELECTORAL: MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO "NON BIS IN IDEM"

Eva Mª Domínguez Izquierdo

I. LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR EN MATERIA ELECTORAL 233

II. LA LOREG COMO LEY ESPECIAL IMPROPIA Y LA DELINCUENCIA ELECTORAL 235

III. DELITOS E INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN EL ÁMBITO ELECTORAL: EL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM* 240

1. La doctrina general y su influencia en materia electoral ... 240

2. Concurrencia de infracciones penales y administrativas previstas en la LOREG. Falta de criterio de diferenciación 253

3. Eventual confluencia entre la sanción penal y la sanción disciplinaria: la especial relación de sujeción 264

4. Concurso entre delitos comunes cometidos en el ámbito electoral: la concurrencia entre los delitos contenidos en el CP y en la LOREG 274

IV. LA PENAS PRINCIPALES Y LAS ACCESORIAS EN MATERIA ELECTORAL 278

INFRACCIONES NO CONSTITUTIVAS DE DELITO EN LA LEY ORGÁNICA DE RÉGIMEN ELECTORAL GENERAL (ARTÍCULO 153)

Ramón Terol Gómez

I. INTRODUCCIÓN. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA ATRIBUCIÓN DE LA POTESTAD SANCIONADORA A LA ADMINISTRACIÓN ELECTORAL Y EL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE 285

II. LAS INFRACCIONES Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS EN EL ÁMBITO ELECTORAL 290

1. Los antecedentes remotos e inmediatos de la regulación vigente: el artículo 153 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General 290

2. La compleja y discutible definición de las infracciones y sanciones electorales y las exigencias del principio de tipicidad 292

3. Breve referencia a la financiación de los partidos políticos en este ámbito 303

III. TITULARES DE LA POTESTAD SANCIONADORA: LA ADMINISTRACIÓN ELECTORAL 305

IV. PROCEDIMIENTO SANCIONADOR Y RÉGIMEN DE RECURSOS 308

V. UNA BREVE REFLEXIÓN CONCLUSIVA 313

DELITOS ELECTORALES, "EN SENTIDO ESTRICTO", COMETIDOS POR PARTICULARES –artículos 141, 142, 144 y 145 LOREG–

Ignacio F. Benítez Ortúzar
Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Jaén

Sumario: I. INTRODUCCIÓN; II. VULNERACIÓN DE LOS TRÁMITES ESTABLECIDOS PARA EL VOTO POR CORREO POR PARTICULAR (ART. 141.1 LOREG); III. PARTICIPACIÓN POR PARTE DEL PARTICULAR EN ALGUNA DE LAS FALSEDADES PREVISTAS PARA EL FUNCIONARIO PÚBLICO EN EL ARTÍCULO 140 LOREG (ART. 141.2 LOREG); IV. EMISIÓN DE VARIOS VOTOS EN LA MISMA ELECCIÓN O EMISIÓN DE VOTO SIN CAPACIDAD PARA HACERLO (ART. 142 LOREG); V. REALIZACIÓN DE ACTOS DE PROPAGANDA UNA VEZ FINALIZADA LA CAMPAÑA ELECTORAL (ART. 144.1.A LOREG); VI. INFRACCIÓN DE LAS NORMAS LEGALES EN EL DESARROLLO DE LA CAMPAÑA ELECTORAL (CARTELERÍA ELECTORAL, ESPACIOS RESERVADOS PARA LA MISMA, REUNIONES Y OTROS ACTOS PÚBLICOS DE PROPAGANDA ELECTORIAL; ARTÍCULO 144.1.B LOREG); VII. PARTICIPACIÓN DE DETERMINADOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN ACTOS DE CAMPAÑA ELECTORAL (ART. 144.2 LOREG); VIII. DELITOS EN MATERIA DE ENCUESTAS ELECTORALES (ART. 145 LOREG)

I. INTRODUCCIÓN

A diferencia de lo que hacían otras leyes electorales españolas históricas[1], la vigente Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, no da una definición de delito electoral, sino que simplemente recoge en su Título Primero, rubricado "*disposiciones comunes para las elecciones por sufragio universal di-*

1 Las Leyes electorales españolas de 1890 (artículo 101) y de 1907 (artículo 78) ofrecían una definición formal del delito electoral: "*se entenderán que son delitos electorales los especialmente previstos en esta Ley y los que estándolo en el Código penal, afecten a la materia propiamente electoral*":

No es común encontrar en los textos electorales una definición propia de delito electoral. Tal vez la excepción venga representada por el artículo 251 de la Ley Electoral y de Partidos Políticos de Guatemala, que dispone lo siguiente: "*comete delito electoral quien por dolo o culpa realice actos u omisiones contra el proceso electoral para impedirlo, suspenderlo, falsearlo y alterar sus resultados*".

recto", un Capítulo VIII, denominado "*delitos e infracciones electorales*", cuya sección segunda se dedica expresamente a los "*delitos electorales*"[2].

Tampoco incluye esta sección segunda una clasificación específica de los delitos allí recogidos, si bien es cierto que todos los ilícitos que han sido elevados a categoría de delito tienen el denominador común de constituir un fraude al proceso electoral, una vulneración del procedimiento legalmente establecido[3]. Como señalaba la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1994, puede afirmarse que "*la regulación del llamado genéricamente delito electoral es un logro, desde la perspectiva penal, propio de los países democráticos*"[4].

Conscientes, no obstante, de la imprecisión de los criterios delimitadores de una propuesta clasificatoria establecida en la propia Ley, podría apuntarse una primera propuesta de sistematización que ubicara, de un lado, los delitos propiamente electorales y, de otro lado, los delitos cometidos con ocasión de un proceso electoral[5]. Dentro de los primeros habría que incluir los delitos que, de algún modo, describen conductas que afectan directamente al procedimiento electoral legalmente establecido, mientras que, de otro lado, aparecerían un conjunto de delitos comunes que adquieren una relevancia específica atendiendo a que aparecen con una finalidad de influir en el procedimiento electoral. Entre los delitos electorales en sentido estricto habría que incluir las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 139 a 145 de la LOREG, mientras que entre los delitos comunes realizados con ocasión de un proceso electoral podrían incluirse los tipos

---

2 La sección primera recoge unas "disposiciones generales" relativas al concepto de funcionario público y de documento oficial a los efectos de determinar las infracciones allí tipificada, las reglas de solución de un posible concurso aparente de normas penales cuando sea también aplicable alguno de los preceptos tipificados en el Código Penal, la aplicación supletoria del Código penal y la previsión de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del sufragio pasivo para todos los delitos tipificados en el Capítulo; , la sección tercera regula "el procedimiento judicial" ; mientras que la sección cuarta queda dedicada a las "infracciones electorales" que no sean constitutivas de delito (temas que, de forma específica son tratados en otros capítulos de esta obra).

En la doctrina, MAZA MARTIN, J.M., en su tesis doctoral "Delincuencia electoral y responsabilidad penal de los partidos políticos", Universidad Computense de Madrid, Mayo de 2017, página 19, define la delincuencia electoral como "el conjunto de tipos penales que, referidos al ámbito de la actividad electoral, presentan una serie de características que les aglutinan entre sí y distancian del resto de ilícitos punibles contemplados en la legislación, características tales como la identidad del ámbito en el que su comisión se sitúa, la proximidad de bienes jurídicos protegidos o el lugar que ocupan dentro del inventario general de los textos legales".

3 RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, M., "Los delitos electorales: análisis jurisprudencial del delito de propaganda electoral", *Revista General de Derecho Penal*, Doctrina, 2000. Página 24.

4 "*Su objetivo es, sustancialmente, que el derecho de sufragio se realice en plena libertad. Si un pueblo no puede libremente constituir una decisión mayoritaria, es porque, entonces, ese pueblo no está asentado sobre bases inequívocamente democráticas*". Sentencia del Tribunal Supremo n. 384/1994, de 23 de febrero, Ponente: José Augusto De Vega Ruiz.

5 En sentido similar ORTS BERENGUER, E., "Consideraciones críticas en torno a los tipos penales del Real Decreto-Ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre normas electorales", *Cuadernos de Política Criminal*, n. 3, 1977, páginas 272-273.

penales recogidos en los artículos 146 a 150 de la LOREG. Si bien, no obstante, este criterio clasificatorio podría ponerse en cuestión, considerando que las falsedades electorales de los artículos 140 y 141.2 LOREG podrían incluirse igualmente entre los delitos comunes cometidos con ocasión del proceso electoral[6].

Otra línea clasificatoria es la que distingue entre los sujetos activos del delito, distinguiendo de un lado aquellos delitos que sólo pueden ser realizados por funcionario público en el ejercicio de su función o cargo (conforme a la interpretación de funcionario público que ofrece el artículo 135 LOREG), y, de otro lado, aquellos delitos que pueden ser realizados por cualquier persona. En esta línea, a efectos de su penalización hay que distinguir si el sujeto activo se trata de un funcionario público o de un particular[7]. Categorización que ha permitido recientemente diferenciar la "corrupción pública electoral, esto es, la propiciada por funcionarios públicos que debe distinguirse de la corrupción de particulares en la actividad pública electoral referida a aquellos delitos electorales cometidos por particulares"[8].

Siguiendo la distinción entre delitos electorales cometidos por funcionarios públicos y delitos electorales cometidos por particular, dentro de este segundo bloque de delitos, es posible hacer una subdivisión, separando los propiamente electorales (delitos electorales en "sentido estricto" cometidos por particulares) de aquellos delitos comunes que tienen se realizan dentro de un proceso electoral. En este sentido, se encuadrarán dentro de la categoría de delitos electorales cometidos por funcionarios públicos las conductas tipificadas en los artículos 139 y 140 LOREG, junto al delito relativo a la ausencia o abandono de los miembros de la mesa electoral del artículo 143 LOREG; por su parte, dentro de los delitos electorales "en sentido estricto" cometidos por particular, los relativos a la vulneración de los trámites establecidos para el voto por correo (artículo 141.1 LOREG), la participación en alguna de las falsedades previstas para el funcionario público (artículo 141.2 LOREG), la emisión de varios votos o del voto sin capacidad para hacerlo (artículo 142 LOREG), los delitos relacionados con la campaña electoral (artículo 144 LOREG) y los delitos en materia de encuestas electorales (artículo 145 LOREG); por su parte, dentro del capítulo dedicado a los delitos comunes ejecutados con ocasión del proceso electoral se encuentra el cohecho y las coacciones electorales (artículo 146 LOREG), la alteración del orden en el cato electoral (artículo 147 LOREG), las calumnias e injurias vertidas en campaña

---

6 En este sentido CRUZ BLANCA, M.J., ".la protección penal del derecho de sufragio. Los delitos electorales", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 15-13 (2013), páginas 11:12 y 12:13.

7 MORILLAS CUEVA, L., *Los delitos electorales*, Granada 1977, página 36; PERIS RIERA, J./ ROMERO FLORES, B., "Los delitos electorales", Iustel (recurso electrónico), página 3.

8 CRUZ BLANCA, M.J., "La corrupción púbica en la actividad electoral. Delitos que integran la corrupción pública electoral versus delitos cometidos por particulares contra la actividad pública electoral". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 20-33 (2018), página 7.

electoral (artículo 148 LOREG), la falsedad de cuentas (artículo 149 LOREG) y la apropiación indebida de fondos electorales (artículo 150 LOREG)[9].

En este trabajo se analizarán los delitos propiamente electorales cometidos por particulares. Es decir, los tipos incluidos en los artículos 141, 142, 144 y 145 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, modificada por Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo. Incluyendo el tipo del artículo 144.2 LOREG, relativo a las prohibiciones en la campaña electoral impuestas a determinados funcionarios públicos, por el hecho de serlo.

II. VULNERACIÓN DE LOS TRÁMITES ESTABLECIDOS PARA EL VOTO POR CORREO POR PARTICULAR (ART. 141.1 LOREG)

El artículo 141.1 LOREG, dispone lo siguiente: "*El particular que vulnere los trámites establecidos para el voto por correo será castigado con las penas de prisión de tres meses a un año o la de multa de seis a veinticuatro meses*".

Se trata de un delito común, que puede ser cometido por cualquier persona, en contraste con el tipo dela artículo 139.8 LOREG, que se constituye como un delito especial impropio que tipifica el "incumplimiento de los trámites establecidos para el voto por correspondencia" por funcionario público[10]. Un delito de mera actividad, en tanto que para su consumación basta la vulneración de la trá-

9 Son posibles otras clasificaciones que ofrecen, no obstante, menos soluciones para un estudio sistemático de estos delitos. Así, por ejemplo:

ALTÉS MARTÍ, M.A. sistematizaba los delitos electorales del siguiente modo: 1º. Delitos que obstaculizan el proceso electoral (artículo 139 LOREG); 2º. Falsedades (artículos 140 y 141 LOREG); 3º. Fraudes electorales (artículo 142 LOREG); 4º. Abandono de funciones (artículo 143 LOREG); 5º. Sobornos y coacciones (artículo 146 LOREG); 6º. Desórdenes públicos (artículo 147 LOREG); 7º. Propagandas ilegales (artículo 144 LOREG); 8º. Calumnias e Injurias (artículo 148 LOREG); 9º. Malversación de fondos (artículo 150 LOREG), en "El delito electoral", *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, 8/1999, Valencia, páginas 172 y siguientes.

PÉREZ ALONSO, E. Atendiendo al sujeto activo del delito propone la siguiente clasificación: a) delitos que van destinados a funcionarios públicos, entre los que incluye las conductas de los artículos 139, 140 y 143 LOREG y, parcialmente, el artículo 146 LOREG; b) delitos dirigidos únicamente a los administradores generales o de las candidaturas de los partidos, federaciones o agrupaciones de electores que cometan falsedad electoral o cometan apropiación indebida de fondos electorales (artículos 149 y 150 LOREG); c) delitos electorales que pueden ser cometidos por particulares: Artículos 141, 142, 144, 145, 146 147 y 148 LOREG), en "Régimen electoral penal y delitos electorales cometidos por particulares relativos a propaganda electoral y encuestas electorales", en Suarez López J.M. y otros (dirs.), *Estudios penales y criminológicos en homenaje al prof. Dr. Morillas Cueva*, Madrid 2018, página 1459.

10 En este sentido, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (sección primera) n. 386/2013, de 23 de septiembre. Ponente: María Teresa Muñoz Quintana, castiga por el delito especial impropio del artículo 139.8 LOREG al empleado de correos (con un contrato laboral fijo discontinuo) y por el delito común del artículo 141.1 LOREG al director y a una empleada en una residencia de ancianos, donde se alteran los requisitos exigidos por la

mites establecidos para el voto por correo, sin necesidad de que la papeleta del voto llegue a la urna electoral.

La conducta consistente en vulnerar los trámites establecidos para el voto por correo por parte del particular se incluye en el apartado primero del artículo 141 LOREG por Ley Orgánica 6/1992, de 2 de noviembre, por la que modifican los artículos 72, 73 y 141 de la Ley Orgánica5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. Esta Ley Orgánica 6/1992, partiendo de que el "*sufragio universal, libre, igual, directo y secreto es uno de los elementos definidores de un sistema democrático*" [11], viene a "*incrementar las garantías de personalidad y secreto del sufragio, por un lado, y la plena efectividad del derecho de voto emitido por correo, por otro*"[12]. Así, junto a una modificación sustancial del procedimiento a seguir para emitir el voto por correo[13], se concreta, tal y como dispone la Exposición de Motivos de la Ley

---

Ley para el voto por correspondencia. Sentencia confirmada en su integridad, no siendo admitida el recurso en casación, por Auto del Tribunal Supremo n. 340/2014 de, 6 de febrero.

11 Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 6/1992, de 2 de noviembre.

12 Ibidem.

13 Los artículos 72 y 73 LOREG, tras la Ley Orgánica 6/1992, de 2 de noviembre, regulan el voto por correo en los siguientes términos:

Artículo 72

Los electores que prevean que en la fecha de la votación no se hallarán en la localidad donde les corresponde ejercer su derecho de voto, o que no puedan personarse, pueden emitir su voto por correo, previa solicitud a la Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral, con los requisitos siguientes:

El elector solicitará de la correspondiente Delegación, a partir de la fecha de la convocatoria y hasta el décimo día anterior a la votación, un certificado de inscripción en el Censo. Dicha solicitud se formulará ante cualquier oficina del Servicio de Correos.

La solicitud deberá formularse personalmente. El funcionario de Correos encargado de recibirla exigirá al interesado la exhibición de su documento nacional de identidad y comprobará la coincidencia de la firma. En ningún caso se admitirá a estos efectos fotocopia del documento nacional de identidad.

En caso de enfermedad o incapacidad que impida la formulación personal de la solicitud, cuya existencia deberá acreditarse por medio de certificación médica oficial y gratuita, aquélla podrá ser efectuada en nombre del elector por otra persona autorizada notarial o consularmente mediante documento que se extenderá individualmente en relación con cada elector y sin que en el mismo pueda incluirse a varios electores, ni una misma persona representar a más de un elector. La Junta Electoral comprobará, en cada caso, la concurrencia de las circunstancias a que se refiere este apartado.

Los servicios de Correos remitirán en el plazo de tres días toda la documentación presentada ante los mismos a la Oficina del Censo Electoral correspondiente.

Artículo 73

Recibida la solicitud a que hace referencia el artículo anterior, la Delegación Provincial comprobará la inscripción, realizará la anotación correspondiente en el censo, a fin de que el día de las elecciones no se realice el voto personalmente, y extenderá el certificado solicitado.

La Oficina del Censo Electoral remitirá por correo certificado al elector, a partir del trigésimo cuarto día posterior a la convocatoria y antes del sexto día anterior al de la votación, al domicilio por él indicado o, en su defecto, al que figure en el censo, las papeletas y los sobres electorales, junto con el certificado mencionado en el párrafo anterior, y un sobre en el que figurará la dirección de la Mesa donde le corresponda votar. Con los anteriores documentos se adjuntará una hoja explicativa. El aviso de recibo acreditativo de la recepción de la documentación a que alude el párrafo anterior deberá ser firmado personalmente por el interesado previa acreditación de su identidad. Caso de no encontrarse en su domicilio, se le comunicará que deberá personarse por sí o a través de la representación a que se refiere la letra c) del artículo anterior en la oficina

Orgánica 6/1992, de 2 de noviembre, un "*tipo penal para los particulares que dolosamente violen los trámites establecidos para el voto por correo, completándose así el derecho penal electoral en la materia que en el texto vigente de la Ley Electoral refería exclusivamente la vulneración de tales trámites por funcionarios públicos*"[14].

La conducta típica consiste en vulnerar los trámites establecidos para el voto por correo. La imprecisión del verbo nuclear del tipo, *"vulnerar"* los trámites, ha llevado al Tribunal Supremo a exigir que dichos trámites sean considerados graves y no inocuos o baladíes, debiendo ser de especial importancia, dirigidas a alterar el signo del voto o a que personas que pretendían ejercerlo se le prive de ello en función de la intervención del particular[15]. Así, como señalaba la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1994, partiendo de que *"son distintas las posturas y las actitudes que alrededor del «suceso electoral» se producen, unas delictivas, otras reprobables moral y políticamente, otras en fin inocuas desde el punto de vista penal"*, considera que en un caso en el que se incumplen las formalidades exigidas en la cumplimentación del trámite de acudir a la oficina de Correos en nombre del elector incapacitado, afirma lo siguiente: *"no hay manipulación fraudulenta alguna. No hay intención malévola para distorsionar el curso electoral, al menos no se evidencia otra cosa de las actuaciones. No hay simulación, suplantación u ocultación. Sólo acontece que, tratándose de una pequeña localidad, el funcionario de correos va al domicilio de los interesados para recogerles personalmente sus firmas en lugar de llevarlo a cabo, en la forma que procediere, en su propio despacho oficial. Firmas para solicitar el voto por correo, no para votar en ese momento"… "si el legislador se refiere al incumplimiento de trámites, obviamente tiene que estar pensando en trámites importantes, esenciales y fundamentales. Tiene que estar pensando en incumplimientos graves que alteren o pretendan alterar el curso democrático mediante la manipulación de la intención del voto, aunque sea de una sola persona. No puede referirse a trámites inocuos o al menos baladíes e intrascendentes…"*[16].

---

de Correos correspondiente para, previa acreditación, recibir la documentación para el voto por correo, cuyo contenido se hará constar expresamente en el aviso.

Una vez que el elector haya escogido o, en su caso, rellenado la papeleta de voto, la introducirá en el sobre de votación y lo cerrará. Si son varias las elecciones convocadas, deberá proceder del mismo modo para cada una de ellas. Incluirá el sobre o los sobres de votación y el certificado en el sobre dirigido a la Mesa y lo remitirá por correo certificado en todo caso antes del tercer día previo al de la celebración de las elecciones. Este sobre no necesita franqueo.

El Servicio de Correos conservará hasta el día de la votación toda la correspondencia dirigida a las Mesas Electorales y la trasladará a dichas Mesas a las nueve de la mañana. Asimismo, seguirá dando traslado de la que pueda recibirse en dicho día, hasta las veinte horas del mismo. El Servicio de Correos llevará un registro de toda la documentación recibida, que estará a disposición de las Juntas Electorales. Los sobres recibidos después de las veinte horas del día fijado para la votación se remitirán a la Junta Electoral de Zona.

14 Ibidem.

15 MUÑOZ CUESTA, J./MARTÍ CRUCHAGA, V., "Delitos electorales…, ob. cit., , página 11/19.

16 Sentencia del Tribunal Supremo n. 384/1994, de 23 de febrero. Ponente: José Augusto de Vega Ruiz. En la misma línea la más reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (sección sexta) n. 124/2012, de 13 de diciembre. Ponente: José Ramón Sánchez Herrero.

En cualquier caso en este artículo 141.1 LOREG (a diferencia de lo que hace el legislador en el artículo 141.2 LOREG que se refiere al "particular que participa en…"), se describe un tipo de autoría, en tanto que es el particular el que realiza la conducta consistente en vulnerar los trámites para el voto por correo.

La inclusión de esta figura delictiva, en el que el sujeto activo es el particular que vulnera los trámites establecidos para el voto por correo, se debe a la problemática existente respecto de la calificación de la conducta del sujeto que, bien por sí mismo, bien colaborando con funcionario público, participaba en los hechos tipificados en el artículo 139.8 de la Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General, que tipificaba, como delito especial propio, exclusivamente la conducta del funcionario público que incumplía los trámites establecidos para el voto por correspondencia. El motivo de su incorporación, por tanto, radica en la constatación de la intervención de los particulares que colaboran con partidos políticos en los trámites del voto por correo[17]. Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2009[18] confirma la de la Audiencia Provincial de Jaén de 11 de diciembre de 2008, que condenaba por el tipo de vulneración de los trámites del voto por correo por particular a dos sujetos que "*tras conseguir la colaboración de otras personas para que aceptaran actuar como apoderados, obtuvieron de varios ancianos ingresados en una residencia poder suficiente para el ejercicio del voto por correo, obteniendo también los certificados médicos oportunos, exigidos por la legislación electoral. Una vez que cada apoderado recibió la documentación necesaria, remitida a nombre de cada uno de los ancianos poderdantes, siguiendo las instrucciones de los acusados, las llevaron a la sede del partido al que pertenecían, donde aquellos la recibieron, procediendo a introducir en cada sobre la papeleta que les pareció oportuna, sin dar opción a los titulares del derecho de voto para que lo hicieran por sí mismos. Seguidamente volvieron a entregar los sobres a los apoderados para que los remitieran a su destino. En definitiva el hecho delictivo se concreta en que, tras recibir la documentación correspondiente, procedieron a introducir en el sobre de la votación la papeleta que ellos decidieron, sin permitir al votante hacerlo por sí mismo*".

En un caso similar al que se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2009, el mismo Tribunal Supremo en Sentencia de 5 de mayo de 1994[19], ante unos hechos acaecidos con con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/1992, por la que se incluye en la LOREG este artículo 141.1, relativo a la vulneración de los trámites para el voto por correo por particular, se planteaba que este caso de gestión ilícita del voto por correo por particular (atípico respecto de la figura delictiva prevista en el artículo 139.8 LOREG por no reunir el autor las características previstas para el sujeto activo, limitada al funcionario público en el ejercicio de su función) no podía ser incluido en un caso de

17 MUÑOZ CUESTA, J./MARTÍ CRUCHAGA, V., "Delitos electorales", *Diario La Ley*, N. 6887, sección doctrina, 20 de febrero de 2008, versión online, página 11/19.

18 Sentencia del Tribunal Supremo n. 1125/2009, de 12 de noviembre. Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

19 Sentencia del Tribunal Supremo n. 967/1994, de 5 de mayo. Ponente: Eduardo Móner Muñoz.

doble voto del artículo 142 LOREG, constituyendo en aquel momento exclusivamente una infracción electoral del artículo 153 LOREG.

En otro orden de cosas, sí es posible la aplicación concursal entre el delito de falsedad electoral realizada por particular (artículo 141.2 LOREG) y el delito de vulneración de los trámites establecidos para el voto por correo por particular (artículo 141.1 LOREG). Concurso medial de delitos, que se dará en aquellos casos en los que se produce un empadronamiento fraudulento de varias personas en un municipio totalmente ajeno a ellas, para después, manipulando su voto por correo, alterar los resultados electorales. En este sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 13 de diciembre[20] en un caso de empadronamiento de varias personas ajenas al municipio en domicilios de familiares en periodo de conformación del censo electoral para unas elecciones municipales, para posteriormente, en periodo abierto para la tramitación del voto por correo, vulnerando los trámites para el ejercicio del mismo, y sin conocimiento de los votantes, proceder a su gestión, de acuerdo con la funcionaria de correos encargada de su gestión[21].

Debe advertirse que en el caso anterior la falsedad ideológica se lleva a cabo en el momento de conformar el censo electoral con el empadronamiento fraudulento de unas personas en un determinado municipio, procediendo después a la emisión del voto por correo en nombre de ellas. De tal modo que la conducta falsaria cometida en el proceso electoral por el particular que es relevante penalmente es la relativa a la composición del censo. Ello es distinto al caso en el que, sin falseamiento del censo, el director y una empleada de una residencia de ancianos, de acuerdo con un funcionario de correos, vulneran los trámites para el voto por correo de un número importante de ancianos con importantes limitaciones cognitivas, que se encuentran en la residencia –algunos de ellos sin capacidad para comprender el sentido de su actuación, pero no incapacitados formalmente para el sufragio activo[22]–, procediendo a emitir el voto por correo

---

20 Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres (sección segunda) n. 389/2010, de 13 de diciembre. Ponente: María Félix Tena Aragón.

21 La que –a su vez– fue condenada por el delito electoral de funcionarios públicos del artículo 139.8 LOREG

22 Artículo 3 LOREG;

1. *Carecen de derecho de sufragio:*

a) *Los condenados por sentencia judicial firme a la pena principal o accesoria de privación del derecho de sufragio durante el tiempo de su cumplimiento.*

b) *Los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio.*

c) *Los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial, durante el período que dure su internamiento, siempre que en la autorización el Juez declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio.*

2. *A los efectos previstos en este artículo, los Jueces o Tribunales que entiendan de los procedimientos de incapacitación o internamiento deberán pronunciarse expresamente sobre la incapacidad para el ejercicio del sufragio. En el supuesto de que ésta sea apreciada, lo comunicarán al Registro Civil para que se proceda a la anotación correspondiente.*

en su nombre, si bien, firmando ellos los documentos –en unos casos– o estampando su huella –en otros–. Al respecto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 23 de septiembre de 2013[23] excluye la falsedad del censo, ante la calificación de los hechos por parte del Ministerio Fiscal como un concurso de delitos entre el correspondiente al artículo 141.1 LOREG, relativo a la vulneración de los trámites para el voto por correo por particular[24] y otro de falsedad electoral de los apartados g) y j) del artículo 140 LOREG (en relación, para los particulares, con el artículo 141.2 LOREG), en tanto que no se daban los requisitos para afirmar la falsedad electoral. No obstante, el vicio en la voluntad de dichos individuos si es el constitutivo de la infracción de los trámites para emitir el voto por correo, *"sin que esa misma actuación pueda al mismo tiempo ser constitutiva de este de este delito electoral de falsedad documental"*.

III. PARTICIPACIÓN POR PARTE DEL PARTICULAR EN ALGUNA DE LAS FALSEDADES PREVISTAS PARA EL FUNCIONARIO PÚBLICO EN EL ARTÍCULO 140 LOREG (ART. 141.2 LOREG)

Se castiga en este apartado segundo del artículo 141 de la Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General, la conducta consistente en participar en alguna de las falsedades tipificadas específicamente para los funcionarios públicos en el artículo 140 de la misma Ley. Expresamente dispone lo siguiente: "*El particular que participe en alguna de las falsedades señaladas en el artículo anterior será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años*".

En la línea de tutela de la pureza del sufragio, evitando conductas que pudieran dar lugar a que el resultado de las elecciones no se correspondiera con lo que realmente ha votado o hubiera votado el cuerpo electoral, es decir, el conjunto de personas que cumple los requisitos exigidos por la legislación electoral vigente para ejercer el derecho de sufragio activo en unos determinados comicios.

Las falsedades tipificadas en el artículo 140 LOREG, para cuando son realizadas por funcionarios públicos, son las siguientes:

a. Alterar sin autorización las fechas, horas o lugares en que deba celebrarse cualquier acto electoral incluso de carácter preparatorio, o anunciar su celebración de forma que pueda inducir a error a los electores.

b. Omitir o anotar de manera que induzca a error sobre su autenticidad los nombres de los votantes en cualquier acto electoral.

---

23 Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (sección primera) n. 386/2013, de 23 de septiembre. Ponente: María Teresa Muñoz Quintana (confirmada en su integridad por Auto del Tribunal Supremo n. 340/2014 de, 6 de febrero).

24 Y del artículo 139.8 LOREG, respecto de la conducta llevada a cabo por el Funcionario de Correos.

c. Cambiar, ocultar o alterar, de cualquier manera, el sobre o papeleta electoral que el elector entregue al ejercitar su derecho.

d. Realizar con inexactitud el recuento de electores en actos referentes a la formación o rectificación del Censo, o en las operaciones de votación y escrutinio.

e. Efectuar proclamación indebida de personas.

f. Faltar a la verdad en manifestaciones verbales que hayan de realizarse en algún acto electoral, por mandato de esta Ley.

g. Consentir, pudiendo evitarlo, que alguien vote dos o más veces o lo haga sin capacidad legal, o no formular la correspondiente protesta.

h. Imprimir, confeccionar o utilizar papeletas o sobres electorales con infracción de las normas establecidas.

i. Incumplir las obligaciones relativas a certificaciones en materia de subvenciones por gastos electorales previstas en esta ley.

j. Cometer cualquier otra falsedad en materia electoral, análoga a las anteriores, por alguno de los modos señalados en el artículo 302 del Código Penal[25].

A diferencia del tipo especial previsto para los funcionarios públicos en el artículo 140 LOREG, que sí prevé en su apartado segundo el castigo de la modalidad imprudente, respecto del delito común previsto para el particular que participa en alguna de estas falsedades, sólo está prevista la modalidad dolosa.

Debe advertirse también que la tipificación de las conductas falsarias del artículo 140 LOREG se refiere exclusivamente respecto de los hechos realizados por funcionario público que actúa abusando de su oficio o cargo. De tal forma que aun cuando se considere funcionario público, de acuerdo al artículo 135.1 LOREG a "los que tengan esta consideración según el Código penal, quienes desempeñen alguna función pública relacionada con las elecciones, y en particular los presidentes y vocales de las juntas electorales, los presidentes, vocales e interventores de las mesas electorales y los correspondientes suplentes", sólo le será aplicable alguna de las falsedades del artículo 140 LOREG cuando actúen como autores y realicen la conducta falsaria abusando de su oficio o cargo en el desarrollo del proceso electoral. Es decir, no comete el delito previsto en el articulo 140 LOREG el funcionario público que realiza la conducta sin ninguna vinculación con lo que son sus atribuciones funcionales[26].

Respecto de la conducta del particular, que ahora nos ocupa, la redacción que da el legislador a este artículo 141.2 LOREG se refiere expresamente al *"particular que participe en alguna de las falsedades"* señaladas en el artículo 140 LOREG.

---

25 Se refiere a las falsedades del artículo 390 del Código Penal vigente.

26 JIMÉNEZ DÍAZ. M.J., "Delitos Electorales. Su configuración según la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio", *Comentarios a la Legislación Penal*, Tomo XVI, Madrid 1994, página 43.

Como se ha apuntado, el artículo 140 LOREG tipifica la ejecución de una serie de conductas dirigidas a falsear el proceso electoral realizadas por parte del funcionario público que abusa de su cargo u oficio; si bien, este artículo 141.2 LOREG gira en torno al verbo típico "participar", lo cual puede dar lugar a dos interpretaciones con consecuencias prácticas muy diferentes:

a. Una interpretación literal puede llevar a considerar que sólo se recoge la conducta del sujeto que –sin ser funcionario público con competencias atribuidas en el proceso electoral– participa en el hecho principal del funcionario público que ejecuta alguna de las conductas falsarias del artículo 140 LOREG. El punto de partida será la consideración del delito del artículo 140 LOREG como un delito especial propio, ofreciendo el artículo 141.2 LOREG la tipificación expresa de la participación del particular en el delito especial propio cometido por el funcionario público (del artículo 140 LOREG). De tal modo que quedaría fuera del tipo tanto el particular que interviene en la conducta falsaria en condición de autor, como la del funcionario público que, ejecutando unas funciones en el proceso electoral que no tiene legalmente atribuidas, ejecuta alguna de las conductas recogidas en el dicho artículo 140 LOREG[27]. Es decir, sería de aplicación preferente respecto de lo dispuesto en el artículo 65.3 CP, relativo a la determinación de la pena del partícipe en el delito especial propio.

b. Una interpretación más integradora del tipo, permitiría, no obstante, la consideración de la ejecución del tipo cuando el particular, con su conducta, fuerza una de las falsedades tipificadas en el artículo 140 LOREG, aún cuando no participe en la misma ningún funcionario público, es decir, cuando el particular lo hace en concepto de autor, aun utilizando al funcionario público como un mero instrumento en la comisión del delito electoral. Elevando a categoría de autoría la falsedad ideológica típica la cometida por particular que es involuntariamente plasmada en alguno de los documentos en los que se materializa el proceso electoral por parte del funcionario público competente. En tanto en cuanto, las conductas recogidas en el artículo 140 LOREG, a cuya participación por parte del particular remite este artículo 141.2 LOREG, requieren necesariamente la intervención material del funcionario público (a los efectos del artículo 135 LOREG).

La primera interpretación parece ser la seguida por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, de 29 de enero de 2007[28], en un caso de solicitud de empadronamiento en una pedanía en el domicilio de la alcaldesa del lugar. El Ministerio Fiscal califica el caso como un delito un delito de falsedad en documento oficial, previsto y penado en el artículo 390 CP en relación al 140.1.i)

27 En este sentido JIMÉNEZ DÍAZ. M.J., "Delitos Electorales…, ob. cit., página 44.

28 Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, sección primera, n. 32/2007, de 29 de enero, Ponente: Maria Rivas Díaz de Antoñana.

LOREG[29], considerando responsable a la alcaldesa de la pedanía, mientras que para los particulares que solicitaron el empadronamiento calificó los hechos como constitutivos de un delito de falsedad en documento oficial previsto y penado en los artículos 392 y 390.1 CP en relación con el 141.2 LOREG. El Tribunal concluye con que todas las solicitudes de empadronamiento tenían una única finalidad, la inclusión de los acusados en el censo electoral y poder participar en las elecciones locales a las que acudía como candidata la Alcaldesa; sin embargo en su fundamento jurídico segundo afirma que dichos hechos no son constitutivos de los delitos por los que habían sido calificados tanto por el Ministerio Fiscal como por la Acusación Particular, en tanto que, tanto el artículo 140 LOREG, respecto de los funcionarios públicos, como el artículo 141 LOREG, respecto de los particulares, tipifican falsedades electorales, afirmando que el artículo 140.1 LOREG requiere que el funcionario público realice el hecho típico abusando de su oficio o cargo, si bien la Alcaldesa pedánea actuó como un particular ofreciendo su domicilio para el empadronamiento de los particulares, de tal modo que ella no tenía competencias en la elaboración del Padrón Municipal. De otro lado, respecto de los particulares, la Ley Orgánica de Régimen Electoral General, en su artículo 141.2 remite a la participación en las falsedades del artículo 140.1 LOREG, de tal modo que si se ha negado previamente la primera falsedad, la conducta del particular no podrá ser considerada de participación en una falsedad inexistente. Señala el Tribunal la posibilidad de considerar la falsedad ideológica por parte del particular que rellena la documentación afirmando hechos inciertos, siendo esta una modalidad falsaria ideológica que no es punible cuando se comete por particulares.

La segunda interpretación, no obstante, en un caso similar al anterior, parece ser la utilizada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 13 de diciembre de 2010[30], que, ante el empadronamiento fraudulento para la conformación del censo electoral municipal por parte de particulares en un determinado municipio de personas totalmente ajenos al mismo sin que conste en los hechos el conocimiento de la falsedad ideológica que es plasmada en la confección del censo electoral[31], confirma la Sentencia condenatoria del Juzgado de lo Penal n. 1 de Plasencia de 5 de febrero de 2010. Si bien, ni la Sentencia de instancia, ni la de apelación se refieren a la cuestión relativa al autoría de la falsedad ideológica.

Las resoluciones jurisprudenciales respecto de estas conductas, no obstante son escasas. Al respecto es significativa la reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 23 de septiembre de 2013[32], citada en el apartado anterior que, ante la conducta del particular que suplanta la decisión de ejercer el derecho al voto de personas que por sus limitaciones cognitivas no contaban con

29 Actual apartado g) del artículo 140.1 LOREG.

30 Audiencia Provincial de Cáceres n. 389/2010, de 13 de diciembre Ponente: María Feliz Tena Aragón.

31 Castigando en concurso con el tipo del apartado primero de este artículo 144 LOREG, porque además se vulneraron los trámites establecidos para el voto por correo de estos sujetos.

32 Confirmada por la inadmisión del recurso de casación por Auto del Tribunal Supremo 340/2014, de 6 de febrero.

capacidad para ello, para lo que omitieron de forma dolosa los trámites del voto por correo, la consideró típica del delito de vulneración del voto por correo por particular del artículo 141.1 LOREG, pero no del tipo del artículo 141.2 LOREG en relación con el artículo 140.1 g)[33], ni del tipo del artículo 140.1.j)[34], entendiendo que del artículo 3 LOREG se desprende , "*primero, que la regla general es el reconocimiento a todo español mayor de edad de la capacidad de votar, y, segundo, que las excepciones a la regla general se prevén con númerus clausus y exigen una previa declaración judicial, debiendo interpretarse de forma restrictiva. Abundando en lo expuesto, es la resolución judicial la que marca los límites de la incapacidad, de manera que aquella tiene carácter declarativo pero también constitutivo de la incapacidad electoral, por entender el Juez que ha conocido del procedimiento que el sujeto a él sometido no es capaz de comprender la realidad sobre la que incide el derecho del sufragio. En otras palabras, el derecho de sufragio activo, como derecho fundamental que es, se reconoce a todo español mayor de edad que no se encuentre en alguno de los supuestos enumerados de forma taxativa en el artículo 3 LOREG… Y en relación con el apartado 140.1.j) LOREG, que remite a la comisión de cualquier otra falsedad electoral por alguno de los modos del actual artículo o 390 CP. Formulándose acusación en este caso por el Ministerio Fiscal en virtud el n. 3 de este último precepto, «será castigado con penas de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad, 3º) Suponiendo en un acto la intervención de personas que no han tenido , o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes a las que hubieran hecho». Es decir, este núm. 3 del artículo 390 CP está integrado, pues, por una doble opción: la presencia de un acto de una persona que no la ha tenido; o sobre la presencia real en el acto, pero la falsa atribución de manifestaciones de la persona presente. Y todo ello sin una alteración material del documento. … en el supuesto de autos, centrado en las solicitudes del voto por correo… los datos en ellas consignados eran los que realmente correspondían a los ancianos a los que se referían y en las cuales firmaron o estamparon su huella dactilar el propio residente al que se refería, (sin fingirse ni la firma o rúbrica ni la huella, por parte de los acusados)….", cuestión distinta es la eficacia del vicio de la voluntad vía administrativa para declarar nulos los votos así emitidos "(nulos que no falsos)*".

IV. EMISIÓN DE VARIOS VOTOS EN LA MISMA ELECCIÓN O EMISIÓN DE VOTO SIN CAPACIDAD PARA HACERLO (ART. 142 LOREG)

El artículo 142 de la Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General, también con el objetivo de garantizar la pureza del sufragio, eleva a categoría de delito la conducta del particular que, de un lado, ejercita el derecho al voto más

33 "Consentir, pudiendo evitarlo, que alguien vote dos o más veces o lo haga sin capacidad legal, o no formular la correspondiente protesta".

34 "Cometer cualquier otra falsedad en materia electoral, análoga a las anteriores, por alguno de los modos señalados en el 302 del Código Penal" (390).

de una vez o, de otro lado, emite el voto sin tener capacidad legal para hacerlo. Se trata, por una parte, de garantizar que todo sujeto con derecho al sufragio activo tenga la misma capacidad de incidir en el resultado del proceso electoral en igualdad con el resto de los sujetos en los que concurran los requisitos legales para poder ejercerlo; garantizando, a su vez, el ejercicio del derecho al sufragio exclusivamente de los sujetos en los que concurren dichos requisitos legales para el ejercicio del mismo[35].

Expresamente, el artículo 142 LOREG dispone lo siguiente: *"Quienes voten dos o más veces en la misma elección o quienes voten sin capacidad para hacerlo serán castigados con las penas de prisión de seis meses a dos años, multa de seis meses a dos años e inhabilitación especial para empleo o cargo público de uno a tres años"*.

Esta figura delictiva recoge, por tanto, dos modalidades de conducta. Una primera modalidad de conducta típica en la que el sujeto, siendo titular del derecho de sufragio activo, ejerce más de una vez el derecho al voto en los mismos comicios electorales. Y una segunda modalidad, en la que el sujeto que sin tener capacidad para ejercer el derecho al voto, lo ejercita. En ambos casos el resultado es el mismo, en tanto que el resultado final del sufragio aparece alterado.

Aún cuando respecto de la afección al resultado electoral final ambas modalidades típicas sean similares, en su ejecución presentan algunas peculiaridades propias que las hacen diferentes y que las matizan.

En la primera modalidad delictiva (el ejercicio más de una vez del derecho al voto) no se requiere una actividad falsaria previa. Es decir, basta con que el sujeto activo, aprovechando un error administrativo en la gestión de los censos electorales, ejercite más de una vez la acción de votar en unas determinadas elecciones. Como ha señalado el Tribunal Supremo Sentencia de 11 de octubre de 1991, "*lo ordinario será que quien viola tal norma penal lo haga porque aparezca incluido de modo repetido en las correspondientes listas, y ello normalmente por un error en la Administración, del que se aprovecha el elector u otras personas con la finalidad que sea, que el móvil es indiferente para la perfección de esta figura penal. Si además, ha utilizado algún procedimiento fraudulento añadido, como puede ser el uso del nombre de otra persona o documento de identidad falso o expedido a favor de otro, etc, nos encontraríamos ante un concurso de delitos, con penalidad más grave que la derivada de la mera aplicación del mencionado art. 142, que no comprende entre sus elementos típicos ninguno de estos medios falsarios*"[36].

Incurre en esta modalidad típica de doble voto, por ejemplo, el interventor que se ausenta de la mesa en la que actúa como tal para acudir a votar en aquella que le hubiese correspondido por estar allí censado, votando de nuevo en la mesa

35 "*Esto es, la libertad para elegir a los representantes públicos, la igualdad de éstos para el acceso a los puestos de representación y la veracidad de los resultados electorales*", en este sentido, Cruz Blanca, M.J., "La protección penal del derecho de sufragio…", ob. cit., páginas 5:13-6:13.

36 Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1991, Ponente: Joaquín Delgado García.

en la que desarrolló su función electoral como interventor[37]. Si bien, en estos casos se debe plantear la existencia de un concurso aparente de normas penales, en tanto que el interventor de una determinada candidatura, a efectos del Capítulo VIII del Título I de la LOREG es considerado funcionario público de acuerdo con el artículo 135.1 LOREG, y la conducta del funcionario público que incumple las normas legalmente establecidas para las votaciones podrían ser constitutivas del tipo previsto en el artículo 139.2 LOREG[38] castigado con pena –se supone que de prisión– de seis meses a dos años y multa de seis a 24 meses; concurso que será resuelto por el principio de especialidad con la aplicación preferente del tipo de doble votación del artículo 142 LOREG que, curiosamente, prevé además de la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinticuatro meses que el artículo 139.2 LOREG, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público de uno a tres años[39].

Respecto a la comisión típica, es indiferente que se cumplimentara el formalismo establecido en el artículo 78.2 LOREG respecto de la remisión de las hojas talonarias de los interventores que actúan como representantes de la candidatura electoral, las cuales deben ser remitidas a la Junta Electoral de Zona para que ésta haga llegar una copia a la mesa electoral de la que forma parte como interventor y otra copia a la mesa electoral en cuya lista figure para su exclusión de la misma, en tanto que "*es patente también que el delito electoral lo comete el elector que vota dos o más veces en una misma elección, con olvido y menosprecio de uno de los principios básicos de la democracia (un hombre: un voto), sin que tal infracción penal se halle vinculada al previo cumplimiento de aquella exigencia legal*"[40].

En esta línea se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1997[41], confirmando la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 7 de junio de 1996, respecto de la conducta del sujeto que habiendo votado ya por correo y siendo conocedor de que no era posible volver a votar de acuerdo con el artículo 73.1 LOREG[42], se presentó el día de la votación en la mesa y –sin advertir a los miembros de la mesa que ya había ejercido su derecho al voto– volvió a depositar el voto en la urna. La sala sentenciadora consideró que el sujeto fue autor del delito del artículo 142 LOREG, si bien aplicó el error de prohibi-

37 En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1992. Ponente: Luis Román Puerta Ruiz, confirmando la Sentencia de instancia.

38 "Incumplan las normas legalmente establecidas para la constitución de las Juntas y Mesas Electorales, así como para las votaciones, acuerdos y escrutinios que éstas deban realizar"

39 En este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 23 de enero de 1991.

40 Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1992. Ponente: Luis Román Puerta Ruiz.

41 Sentencia del Tribunal Supremo 1072/1997, de 18 de julio. Ponente: Cándido Conde-Pumpido Touron.

42 "Recibida la solicitud a que hace referencia el artículo anterior –relativa al voto por correo– , la Delegación Provincial comprobará la inscripción, realizará la anotación correspondiente en el censo, a fin de que el día de las elecciones no se realice el voto personalmente, y extenderá el certificado solicitado".

ción vencible, atendiendo a que el sujeto obró de esa manera porque "*no tenía la seguridad de que hubiera llegado a la mesa o de que llegara después su voto por correo*", pensando también que si ello ocurría, sería anulado el otro voto suyo que había emitido previamente por correo. El Tribunal considera vencible el error porque el sujeto podría haber consultado la situación a los miembros de la mesa y, sin embargo, no lo hizo.

En esta línea en la que la autoría delictiva del delito electoral consistente en el doble voto ejercido por el mismo elector es exclusiva del sujeto que en su nombre ejercita dos o más veces el voto, al margen de errores administrativos de variada índole que le permitan actuar de dicho modo se pronunciaba la Audiencia Provincial de Murcia en Sentencia de 4 de abril de 1998[43], que venía a confirmar la resolución condenatoria del Juzgado de lo Penal n. 1 de Murcia, en un caso en el que un sujeto acude a una mesa electoral a votar y ejercita el voto sin que ni los miembros de la mesa ni él mismo se apercibieran de que allí no podía hacerlo porque no estaba censado, si bien si se incluía en dicho censo electoral un familiar suyo con el mismo nombre y apellidos; circunstancia que tras percatarse, aprovecha el sujeto para volver a votar en la mesa en la que está correctamente censado, sin tratar de arreglar el error[44].

No se da, sin embargo, el supuesto de doble voto, en aquel caso en el que el sujeto se acerca a la mesa electoral con un poder de un tercero para ejercer el voto por correo por un tercero, y presentándolo ante la mesa electoral, los miembros de ésta, le permiten irregularmente introducir en la urna una papeleta en nombre de su poderdante, procediendo después a acudir a la mesa electoral en la que él personalmente estaba censado y votando en su propio nombre. Al respecto, señala correctamente la Audiencia Provincial de Burgos de 21 de enero de 1998[45] que "*el elemento objetivo del tipo penal previsto en el artículo 142 de la Ley Electoral viene constituido por el hecho de votar dos o más veces en unas elecciones, sin embargo, el acusado aunque vota dos veces, una lo hace en nombre propio y otra en nombre de un tercero, y por ello no está ejerciendo más de una vez su derecho de sufragio activo, debiendo entenderse que este último comportamiento es el que se considera antijurídico por la referida Ley Electoral, y «a sensu» contrario debemos concluir que la acción realizada por el acusado no es típica, a tenor de lo preceptuado en la citada Ley*".

Respecto de la segunda modalidad típica, consistente en ejercer el derecho al voto sin tener capacidad para hacerlo, es más discutible si la misma conlleva implícitamente una actividad falsaria. Ejercer el voto sin tener capacidad para hacerlo supone una conducta fraudulenta, en tanto que el sujeto debe

43 Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (sección primera) n. 57/1997, de 4 de abril. Ponente Abbón Díaz Suárez.

44 Error que en situaciones similares se había corregido advirtiendo del hecho al sujeto en nombre del cual se había votado para que lo hiciera en la mesa correspondiente al que por error votó en la suya.

45 Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (sección primera) de 21 de enero de 1998. Ponente: Roger Redondo Argüelles.

aparentar ante los miembros de la mesa electoral en la que ejercita voto una capacidad de la que carece. Esta falsedad ideológica es cierto que, en la línea señalada respecto de la primera modalidad de conducta típica recogida en este artículo 142 LOREG, podría ser consecuencia de un error de la administración, pero parece que no es éste el sentido teleológico del tipo. Sin embargo, en línea con la interpretación mantenida por el Tribunal Supremo respecto del delito de doble voto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 21 de abril de 1995[46] califica como un concurso de delitos el hecho de votar en nombre de otra persona exhibiendo el carnet de identidad original de la persona en nombre de la que se votó, castigando por el delito del artículo 142 LOREG en concurso con el de falsedad del artículo 310, párrafo segundo del Código Penal texto refundido de 1973[47], señalando que *"la utilización en la expresada acción delictiva del carnet de identidad verdadero de un tercero es un procedimiento fraudulento añadido e independiente, por lo que nos encontramos en un caso de concurso de delitos con el efecto de penalidad más grave que la derivada de la mera aplicación del segundo párrafo del expresado art. 142, porque entre los elementos típicos de este último no se comprende ese medio falsario"*. En este caso, con una construcción discutible y no fundamentada jurídicamente condena como autores de ambos delitos tanto al sujeto que se persona en la mesa electoral con el documento nacional de identidad de su suegro de avanzada edad, como a su esposa (hija del titular de la capacidad de voto) que le proporcionó tanto el sobre con la papeleta de voto como el DNI del titular, si bien, ninguno de los condenados trató de suplantar la personalidad del sujeto en nombre de quién pretendían ejercer el derecho al voto[48].

Al hilo de la discutible calificación jurídica del hecho anterior y de la atribución subjetiva que realiza la Audiencia Provincial de Ciudad Real, respecto de las escasas resoluciones jurisprudenciales que se detienen en las conductas de participación delictiva en materia electoral, es llamativa la calificación que se asume por la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1991, antes citada, calificando como cooperadores necesarios en un delito de doble voto del artículo 142 LOREG a dos sujetos que transportan en sus vehículos a los autores materiales del delito entre distintas poblaciones en las que por error se encontraban por duplicado en los censos electorales.

---

46 Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 21 de abril de 1995. Ponente: José Arturo Fernández García.

47 EL párrafo segundo del artículo 310, del Código penal texto refundido de 1973 disponía lo siguiente: "*En la misma pena incurrirán –multa de 100.000 a 1.000. 000 de pesetas– los que hicieren uso de un documento verdadero de las mismas clases expedido a favor de otra persona"*. Esta conducta no es de fácil encaje en las diferentes figuras delictivas recogidas en el Capítulo II, "de las falsedades documentales", del Título XVIII, "de las falsedades", del Libro Segundo del Código penal de 1995.

48 En sentido contrario, aplicando el principio de intervención mínima al no haber quedado acreditada la manipulación del voto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (sección sexta9 129/2012, de 13 de Diciembre (Ponente D José Ramón Sánchez Herrero).

V. REALIZACIÓN DE ACTOS DE PROPAGANDA UNA VEZ FINALIZADA LA CAMPAÑA ELECTORAL (ART. 144.1.A LOREG)

El apartado 1 del artículo 144 de la Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General, coincide textualmente con las modalidades delictivas previstas en el artículo 84 del preconstitucional Real Decreto-Ley 29/1977, de 18 de marzo, sobre normas electorales, relativo a las "propagandas electorales ilegales"[49], distinguiendo, de un lado la realización de actos de propaganda una vez terminado el periodo de campaña electoral, y, de otro lado, la infracción del desarrollo de las normas que regulan la campaña electoral. Se tratan, por otra parte, de unas figuras delictivas que, sin embargo, no tienen una concordancia con leyes electorales anteriores[50]. Por ello, podría afirmarse que sólo desde una perspectiva histórica, en una interpretación que atienda al momento y a las circunstancias en las que se elabora especialmente el Real Decreto-Ley 28/1977, de 18 de marzo, previo a las primeras elecciones democráticas tras cuatro décadas de régimen autoritario bajo la dictadura del General Franco, puede justificarse el excesivo formalismo de las conductas delictivas tipificadas en el artículo 144.1 LOREG, el abuso de la norma penal en blanco con remisiones completas a formalidades administrativas en materia de regulación de la campaña electoral, y la escasa puesta en peligro del derecho de sufragio que de la mayor parte de las infracciones allí tipifican se desprenden.

Las figuras delictivas tipificadas en el artículo 144.1 LOREG tienen en común el hecho de construirse sobre infracciones de la normativa administrativa que regulan el desarrollo de un periodo muy concreto del proceso electoral, el de la campaña electoral. La elevación a categoría de delito de estas conductas debe venir determinada por suponer un auténtico fraude al proceso electoral, pues, de lo contrario, supondrían simplemente una inaceptable categorización como delito de unas simples infracciones de la normativa administrativa en materia electoral. Determinar en qué casos la infracción de la normativa administrativa que regula la campaña electoral supone un fraude de entidad suficiente para considerar que afecta al derecho fundamental de sufragio y, con ello a la propia soberanía popular y el derecho a la participación política, se hace difícil, más aún si se atiende a que en todas las modalidades tipificadas en este periodo se describen delitos de mera actividad, que no requieren la producción de un resultado concreto[51].

Respecto de la modalidad delictiva prevista en el subapartado a) de este artículo 144.1 LOREG, consistente en *"realizar actos de propaganda electoral una vez finalizado el plazo de campaña electoral*", aparece redactado con la técnica legislativa

49 Al respecto, vid. MUÑOZ CONDE, "Delitos electorales"; Comentarios a la Legislación Penal, Tomo II, Madrid 1983, página 470.

50 MORILLAS CUEVA, L., *Los delitos…*, ob. cit., página 59.

51 RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, M., "Los delitos electorales…, ob. cit., página 29.

de la norma penal en blanco[52], en la que es difícil determinar con precisión cuál es el núcleo de la prohibición que es imprescindible que sea incluido en la norma penal, salvo que se considerase que la realización de actos de propaganda electoral a partir de las cero horas del día inmediatamente anterior al inicio del periodo válido para depositar el voto en la urna, momento en el que se inicia la llamada "jornada de reflexión", supusiera un daño irreparable al derecho de sufragio[53]. En cualquier caso, la determinación de la conducta típica remite a unos conceptos básicos que deben ser integrados por la remisión a los artículos 50 y siguientes de la Ley Electoral[54]: Sólo de esta forma podrá interpretarse el alcance de algunos términos, tales como el concepto de "propaganda"[55] y el concepto de "campaña

52 PEREZ ALONSO, E., "Régimen electoral penal y delitos electorales…, ob. cit., página 1462.

53 Esta parece ser la postura de PEREZ ALONSO, E., "Régimen electoral penal y delitos electorales…, ob. cit., página 1463.

54 *Artículo 50*

Los poderes públicos que en virtud de su competencia legal hayan convocado un proceso electoral pueden realizar durante el período electoral una campaña de carácter institucional destinada a informar a los ciudadanos sobre la fecha de la votación, el procedimiento para votar y los requisitos y trámite del voto por correo, sin influir, en ningún caso, en la orientación del voto de los electores. Esta publicidad institucional se realizará en espacios gratuitos de los medios de comunicación social de titularidad pública del ámbito territorial correspondiente al proceso electoral de que se trate, suficientes para alcanzar los objetivos de esta campaña.

Desde la convocatoria de las elecciones y hasta la celebración de las mismas queda prohibido cualquier acto organizado o financiado, directa o indirectamente, por los poderes públicos que contenga alusiones a las realizaciones o a los logros obtenidos, o que utilice imágenes o expresiones coincidentes o similares a las utilizadas en sus propias campañas por alguna de las entidades políticas concurrentes a las elecciones.

Asimismo, durante el mismo período queda prohibido realizar cualquier acto de inauguración de obras o servicios públicos o proyectos de éstos, cualquiera que sea la denominación utilizada, sin perjuicio de que dichas obras o servicios puedan entrar en funcionamiento en dicho periodo.

Se entiende por campaña electoral, a efectos de esta Ley, el conjunto de actividades lícitas llevadas a cabo por los candidatos, partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones en orden a la captación de sufragios.

Salvo lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, ninguna persona jurídica distinta de las mencionadas en el apartado anterior podrá realizar campaña electoral a partir de la fecha de la convocatoria de las elecciones, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 20 de la Constitución.

Artículo 51

La campaña electoral comienza el día trigésimo octavo posterior a la convocatoria.

Dura quince días.

Termina, en todo caso, a las cero horas del día inmediatamente anterior a la votación.

55 El artículo 53 LOREG, tras la reforma operada por Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero, dispone lo siguiente:

"No puede difundirse propaganda electoral ni realizarse acto alguno de campaña electoral una vez que ésta haya legalmente terminado. La obtención gratuita de medios proporcionados por las Administraciones Públicas quedará limitada al periodo estricto de campaña electoral. Las limitaciones anteriores se establecen sin perjuicio de las actividades realizadas por los partidos, coaliciones y federaciones en el ejercicio de sus funciones constitucionalmente reconocidas y, en particular, en el artículo 20 de la Constitución.

No obstante lo anterior, desde la convocatoria de las elecciones hasta el inicio legal de la campaña, queda prohibida la realización de publicidad o propaganda electoral mediante carteles, soportes comerciales o inserciones en prensa, radio u otros medios digitales, no pudiendo justificarse dichas actuaciones por el

electoral". Constituyendo, como señala el Auto de la Audiencia Provincial de Jaén de 12 de noviembre de 2010[56], la campaña electoral un *"conjunto de actos y esfuerzos organizados y diversos para conseguir un fin"* y el acto de propaganda electoral *"una actividad concreta o específica"* dentro de la campaña electoral.

La Real Academia Española en su primera acepción define la propaganda como "*la acción o efecto de dar a conocer algo con el fin de atraer adeptos o compradores*"[57]: En este sentido el Tribunal Supremo desde que se pronunciara en Sentencia de 14 de febrero de 1992[58], viene entendiendo que "*hacer propaganda es tanto como propagar, difundir, llevar a otros, un mensaje, un mensaje o consigna, extender o dilatar el conocimiento de una cosa"*. En el marco de unas elecciones, "*toda acción tendente a persuadir al ciudadano para que emita su voto a favor de un candidato o a disuadirlo, siempre que tenga una proyección pública es una acto de propaganda*"[59]. Exigiéndose, por tanto, dos elementos concurrentes en el acto para considerarlo de propaganda: a) que el acto tienda o bien a persuadir al ciudadano para que emita su voto a favor de un candidato, o bien, a disuadirle de su opción de voto; b) proyección pública del acto[60]. De tal modo que por propaganda electoral debe considerarse aquella actividad, desarrollada dentro del periodo dedicado a la campaña electoral, consistente en dar a conocer algo con el fin de obtener el voto. En el proceso electoral, mediante la propaganda se persigue influir en los electores en su proceso de decisión en el ejercicio del derecho al sufragio activo, para lo cual, los candidatos se sirven de los distintos sistemas de comunicación y de transmisión de la información.

La indefinición de los límites del mismo concepto de propaganda hace, asimismo, difícil distinguir contribuciones a la actividad propagandística en calidad de autoría y de participación, elevándose todas las acciones tendentes a persuadir al ciudadano en periodo electoral a que emita su voto en una determinada dirección o a disuadirle de lo contrario, a la categoría de autoría[61].

---

ejercicio de las actividades ordinarias de los partidos, coaliciones o federaciones reconocidas en el apartado anterior".

56 Auto de la Audiencia Provincial de Jaén (Sección tercera) n. 269/2010, de 12 de noviembre. Ponente: Jesus María Passolas Morales.

57 En su segunda acepción identifica también el vocablo "propaganda" con los textos, trabajos y medios empleados para dicho fin.

58 Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1992. Ponente: Francisco Soto Nieto.

59 Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 26 de marzo de 2004, siguiendo la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1992, antes citada.

60 RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, M., "Los delitos electorales…, ob. cit., página 31.

61 La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1992, que se pronuncia –entre otros aspectos– acerca de la distinción entre autoría y participación, respecto de la conducta de unos sujetos que elaboran una pancarta y unos impresos para su distribución la noche en la que comienza la jornada de reflexión, afirmando que *"No entran en juego, pues, los preceptos de los arts. 13 y15 del CP –anterior– en relación con el procesado…, sino que su autoría viene impuesta por el n. 1 del art. 14. No se le castiga por su contribución a la confección de carteles propagandísticos, sino por su distribución, expansión o difusión, es decir, por la realización de actos de propaganda".*

El excesivo formalismo típico lleva a plantear la cuestión acerca de si el precepto es aplicable también a los actos de campaña regulados de acuerdo con los artículos 14 y 15 de la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre la regulación de las distintas modalidades de referéndum. Teniendo en cuenta que el artículo 15 de dicha Ley Orgánica 2/1980, también establece el fin de la campaña electoral a las cero horas del día inmediatamente anterior al de la votación, y que el artículo 11 establece que el "*procedimiento estará sometido al régimen electoral general en lo que sea de aplicación y no se oponga a la presente Ley*"[62], el Tribunal Supremo en Sentencia de 25 de marzo de 2011[63], consideró que se daba el tipo del artículo 144.1.a) LOREG, relativo a los actos de propaganda electoral una vez finalizado el periodo de campaña electoral, el acudir a una manifestación en contra de la Constitución Europea durante la jornada de reflexión, por considerar que la remisión normativa alcanzaba también al régimen punitivo[64].

El tipo se refiere a realizar "actos de propaganda", una vez finalizado el periodo de "campaña electoral". Esto lleva necesariamente a interpretar si el acto de propaganda ya definido anteriormente que debe considerarse típico es el realizado por los sujetos que han participado en la campaña electoral de un determinado candidato, partido político o coalición electoral –en cuyo caso, estaríamos ante un delito especial– o bien, si el acto de propaganda típico abarca el realizado por cualquier persona. Al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1989[65], afirmaba con rotundidad que "*los destinatarios de la prohibición son todas las personas físicas y jurídicas sin excepción. Nadie puede hacer ya propaganda no solo aquellos a quienes en periodo de campaña electoral la realizan y pueden realizarla, sino todos*". Distinguiendo en entre la regulación de la "campaña electoral" y los "actos de campaña electoral" típicos: "*la idea de campaña responde a un conjunto (organizado) de actos o esfuerzos de índole diversa que se aplican a conseguir un fin determinado mientras que el acto es, como su nombre indica, la expresión de una actividad concreta y específica*".

El tipo no abarca los actos de propaganda electoral que se realicen antes del inicio oficial de la campaña electoral, aún cuando éstos estén prohibidos[66]. Ello

62 En contra de la aplicación de los delitos electorales de la LOREG a los referéndums regulados por alO2/1980, se pronuncia PEREZ ALONSO, E./MARTÍN MORALES, R., "Referéndums, consultas populares y delitos electorales ¿son aplicables los tipos delictivos de la Ley Orgánica del Régimen electoral General a las consultas populares?", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-32 (2017), página 31.

63 Sentencia del Tribunal Supremo n. 201/2011, de 25 de marzo. Ponente: Perfecto Andrés Ibáñez.

64 No obstante, la solución fue compleja, añadiéndose a la resolución el voto particular del propio ponente (Perfecto Andrés Ibáñez) al que se unía el Magistrado Luciano Valera Castro, que consideraban en línea con lo que había interpretado la Sentencia de instancia de la Audiencia Provincial de Barcelona, que la remisión normativa de la Ley Orgánica 2/1980, a la Ley sobre el Régimen Electoral General era exclusivamente al procedimiento electoral, sin abarcar al régimen legal de infracciones legales recogidas en la misma.

65 Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1989. Ponente: Enrique Ruiz Vadillo.

66 PEREZ ALONSO, E., "Régimen electoral penal y delitos electorales…, ob. cit., página 1465.

ha llevado a un sector doctrinal a afirmar que lo protegido es "*el llamado periodo de reflexión, como modo de que el elector, libre de la presión psicológica de la propaganda electoral, puede decidir serenamente a quién votar, consumándose el delito sin necesidad de que se produzca resultado alguno, que por otra parte, sería prácticamente imposible saber si por los actos de campaña fuera del tiempo establecido se ha motivado que un candidato haya tenido más o menos votos*"[67], lo que el Tribunal Supremo en sentencia de 5 de Mayo de 1989 consideraba el periodo "*en el que el elector, libre ya de la presión psicológica de los mensajes propagandísticos pueda decidir con serenidad de ánimo la candidatura o la persona que estime más idónea*". Señalándose por los tribunales de Justicia que "*el delito sancionado en el artículo 144.1.a) tiene por finalidad proporcionar a los ciudadanos el sosiego necesario para que libre y voluntariamente manifiesten su intención de voto"*[68], *"el bien jurídico protegido es el reseñado dejar al ciudadano que reflexione y piense durante ese tiempo sin que nada ni nadie le perturbe*"[69].

Al respecto, queda fuera del tipo penal la realización de actos de publicidad o propaganda electoral realizados entre el momento en el que se inicia el periodo electoral, con la convocatoria de elecciones y el inicio del plazo expresamente señalado para el desarrollo de la campaña electoral. Estos actos llamados tradicionalmente de "*pre-campaña electoral*", en los que los partidos políticos, coaliciones electorales solían realizar actos de propaganda electoral de sus candidatos sin pedir expresamente el voto para ellos, eludiendo de este modo la prohibición de realizar campaña electoral fuera del periodo habilitado expresamente para ello, a pesar de haber sido prohibidos expresamente en el artículo 53 LOREG, tras la última modificación operada por Ley Orgánica 2/2011, de 28 de mayo[70], quedan

---

67 MUÑOZ CUESTA, J./MARTÍ CRUCHAGA, V., "Delitos electorales…, ob. cit., , página 13/19.

68 Sentencia de la Audiencia Provincial de Orense de 30 de septiembre de 1997 (ponente Cristín Pérez).

69 Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 19 de mayo de 2004.

70 Al respecto, la *Instrucción 3/2011, de 24 de marzo, de la Junta Electoral Central, sobre interpretación de la prohibición de realización de campaña electoral incluida en el artículo 53 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General* (BOE de 28 Marzo 2011), dispone lo siguiente:

"La Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero, ha realizado importantes modificaciones en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG). Uno de los aspectos que sufre un cambio profundo es el del régimen jurídico de las campañas electorales, y más concretamente el de los límites temporales a los que deben someterse las candidaturas en las actividades de captación del voto. La finalidad de estas modificaciones es, según la exposición de motivos de la ley, «la reducción del peso de la publicidad y propaganda» en el período electoral y correlativamente «una mayor incidencia» durante el mismo de «la exposición y debate de los programas y propuestas» de las formaciones políticas que participan en las elecciones.

La nueva redacción del artículo 53 de la LOREG limita la posibilidad de que las entidades concurrentes a las elecciones puedan realizar determinados actos de propaganda electoral, como la contratación de espacios publicitarios o la petición directa del voto, antes y después del período de campaña electoral delimitado por el Capítulo VI del Título I de la LOREG. Parece aconsejable la elaboración de unos criterios que faciliten la interpretación de la nueva redacción de la Ley con el fin de otorgar mayor seguridad jurídica a las candidaturas.

fuera del ámbito típico de este 144.1 a) LOREG, por limitarse el mismo a la realización de actos de propaganda una vez finalizado el plazo de campaña electoral,

---

Con esta finalidad, la Junta Electoral Central, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 19.1.c) y f) de la LOREG, y previa consulta a las formaciones políticas con representación en el Congreso de los Diputados, ha aprobado la siguiente INSTRUCCIÓN:

Primero. Prohibición de difusión de propaganda electoral entre la convocatoria de las elecciones y el inicio de la campaña electoral.

Conforme establece el artículo 53 de la LOREG, desde la fecha de publicación de la convocatoria de un proceso electoral en el correspondiente boletín oficial hasta el trigésimo séptimo día posterior a la convocatoria «queda prohibida la difusión de publicidad o propaganda electoral mediante carteles, soportes comerciales o inserciones en prensa, radio u otros medios digitales,» sin que dichas actuaciones «puedan justificarse por el ejercicio de las funciones constitucionalmente reconocidas a los partidos, federaciones y coaliciones», y, en particular, de acuerdo al propio precepto, en el derecho a la libertad de expresión consagrado en el artículo 20 de la Constitución.

En consecuencia, durante el referido periodo, las formaciones políticas y las candidaturas no podrán contratar directamente ni a través de tercero, espacios, soportes o sitios para la difusión de publicidad o propaganda electoral, ya se realice en lugares, públicos (jardines, plazas, parques, etc.), ya en soportes comerciales de cualquier tipo, sean vallas, muebles urbanos para la presentación de información («mupis»), objetos publicitarios iluminados («opis»), cabinas, medios de transporte o similares. Tampoco está permitida la inserción de anuncios en prensa o revistas, o en cuñas radiofónicas, o en formatos publicitarios en Internet («banners»), o en canales comerciales de televisión, o en otros soportes en medios digitales.

Tampoco se considera permitido en el período indicado el reparto con fines de propaganda de material diverso como llaveros, bolígrafos, mecheros, pins u otros objetos similares, que incluyan el nombre o la foto de los candidatos o la denominación o siglas de la formación política, ni la exhibición de fotos de los candidatos o de carteles con la denominación, siglas o símbolos de una formación política en el exterior de domicilios privados.

En el supuesto de que en el momento de la convocatoria electoral hubiese propaganda electoral difundida con anterioridad a ésta, deberá ser inmediatamente retirada, siendo, en todo caso, responsable a efectos de la Administración electoral el candidato o la formación política a la que se refiera la propaganda.

Segundo. Actos permitidos.

No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, los candidatos y los representantes de las entidades políticas que concurran a las elecciones no incurren en la prohibición establecida en el artículo 53 de la LOREG, entre otros, en los siguientes casos, siempre que no incluyan una petición expresa del voto:

La realización o participación en mítines y actos destinados a presentar las candidaturas o el programa electoral. Para ello, las formaciones políticas y los candidatos podrán dar a conocer estos actos por cualquier medio de difusión.

La intervención de los candidatos y de los representantes de las formaciones políticas que concurran a las elecciones en entrevistas o debates en los medios de comunicación de titularidad pública o privada.

La realización y distribución de folletos, cartas o panfletos, o el reparto de soportes electrónicos (cd, dvd, memorias usb, etc.), en los que se den a conocer los candidatos o el programa electoral.

La utilización de vehículos particulares con fotos de los candidatos o la denominación, siglas o símbolos de una formación política, para dar a conocer a los candidatos o informar sobre los actos públicos de presentación de éstos o del programa electoral, siempre que no suponga contratación alguna para su realización.

no abarcando, por tanto, aquellos actos de propaganda declarados ilegales por realizarse en el espacio temporal comprendido entre la fecha de la convocatoria de los comicios electorales y la del inicio de la campaña electoral. De tal forma que tales conductas quedarán extramuros del Derecho penal, pudiendo ser, no obstante, constitutivas de la infracción administrativa del artículo 153.1 LOREG, cuando dispone lo siguiente: *"Toda infracción de las normas obligatorias establecidas en la presente Ley que no constituya delito será sancionada por la Junta Electoral competente. La multa será de 300 a 3.000 euros si se trata de autoridades o funcionarios y de 100 a 1.000 si se realiza por particulares*"[71].

La campaña electoral, por tanto, de acuerdo con los artículos 50.4 y 51 LOREG, se corresponde con el conjunto de actividades de los candidatos, partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones en orden a la captación de sufragios, que se llevan a cabo en el periodo comprendido entre el día trigésimo octavo posterior al día a la convocatoria electoral y las cero horas del día inmediatamente anterior a la votación y que, tiene una duración de quince días. Es decir, es una fase concreta del periodo electoral. Si por periodo electoral se entiende el lapso temporal comprendido entre la convocatoria de elecciones y el día mismo de la votación[72], el periodo de campaña electoral será el que comprendido entre el día trigésimo octavo posterior al día al inicio del periodo electoral, con la convocatoria de las elecciones, y las cero horas del día inmediatamente anterior a la votación y que tiene una duración de quince días.

El ámbito típico abarcará, por tanto, cualquier acto dirigido a la captación de sufragios realizado entre las cero horas del día inmediatamente anterior a la

---

La exhibición de fotos de los candidatos o de la denominación, siglas o símbolos de una formación política en la fachada exterior de los lugares en que radiquen las sedes y locales de ésta.

El envío de correos electrónicos o de mensajes sms, o la distribución de contenidos por radiofrecuencia (bluetooth) para dar a conocer a los candidatos o el programa electoral, siempre que no implique la contratación de un tercero para su realización.

La creación o utilización de páginas web o sitios web de recopilación de textos o artículos (blogs) de las formaciones políticas o de los candidatos, o la participación en redes sociales (Facebook, Twitter, Tuenti, etc.), siempre que no suponga ningún tipo de contratación comercial para su realización.

Tercero. Facultades de las Juntas Electorales.–

Para garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 53 de la LOREG, las Juntas Electorales competentes en función del acto realizado y del proceso electoral convocado resolverán las denuncias, reclamaciones o recursos que los representantes generales de las formaciones políticas concurrentes y los de las candidaturas puedan plantear. A tal efecto, podrán requerir a los afectados para que de forma inmediata procedan a la suspensión de cualquier acto prohibido o a la retirada cualquier instrumento de publicidad o propaganda que incumpla la legislación vigente.

Cuarto. Publicación en el BOE y entrada en vigor.–

Sobre la base de lo dispuesto en el artículo 18.6 de la LOREG, la presente Instrucción será publicada en el «Boletín Oficial del Estado» y será de aplicación a partir del día siguiente al de dicha publicación".

71 En este sentido, también, JIMENEZ DÍAZ. M.J., "Delitos electorales…, ob. cit., página 57.

72 Así se define expresamente en la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de publicidad y comunicación institucional.

celebración de la jornada electoral y el momento del cierre de los colegios electorales, abarcando tanto el periodo de reflexión como la jornada electoral. Se trata de un delito de simple actividad que "*se consuma con la simple realización de actos de propaganda sea cual sea el resultado que la consulta electoral arroje*"[73]. La consumación del tipo exige, por ello, la integración de los dos elementos que conforman el concepto de propaganda: la intención de influir o disuadir en la decisión del voto y su proyección pública. Así, la simple publicación de la decisión de un individuo de su intención de voto tras el cierre de la campaña electoral, sin que dicha publicidad vaya unida a una intencionalidad de influir en terceras personas no podrá considerarse como integradora del tipo penal[74].

Las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 11 de noviembre de 2009[75] y de 7 de octubre de 2010[76] conocen de unos supuestos en los que, una vez terminada la campaña electoral correspondiente a unas elecciones generales se realizan una serie de actos solicitando la abstención. En dichas resoluciones se plantea si dichos actos, que se celebran una vez terminada la campaña electoral y antes del cierre de los colegios electorales, puede considerarse "actos de propaganda" a los efectos de integrar el tipo penal del artículo 144 LOREG. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 11 de noviembre de 2009, confirmaba la Sentencia Absolutoria dictada por el Juzgado de lo Penal número 4 de Bilbao de 27 de mayo de 2009, recurrida por el Ministerio Fiscal, respecto del caso en el que la acusada se dirigió a varios establecimientos de hostelería entregando pasquines y lanzando por la megafonía consignas que llamaban a la abstención durante la jornada de reflexión. Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 7 de octubre de 2010, estimaba el recurso presentado por la parte acusada, ante la Sentencia condenatoria del Juzgado de lo Penal número 6 de Bilbao, ante unos hechos consistentes en la utilización de pancartas solicitando la abstención el mismo día de la celebración de las elecciones generales. Ambos casos se refieren a actos políticos que se desarrollan con ocasión de las elecciones generales de 2007 en España, dándose la circunstancia de que la abstención era reclamada por una formación política a la que la legislación vigente impedía concurrir en los comicios, tratando de valorar con la abstención el apoyo que tenía de los electores. El Juzgado de lo Penal número 4 de Bilbao estimó que la conducta no podía ser considerada como acto de propaganda, mientras que el Juzgado de lo Penal número 6 de Bilbao consideró, de acuerdo con la petición el del Ministerio Fiscal, que el concepto de actos de propaganda electoral ha de ser

73 Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 19 de mayo de 2004.

74 En este sentido el Auto del Tribunal Superior de Justicia del país vasco de 21 de febrero de 2005, el cual señala que ante la participación de un parlamentario en una manifestación durante la jornada de reflexión bajo un lema contrario a una determinada opción política, porque "*no se acredita que dicho parlamentario incitara al resto de los ciudadanos a dar su voto a favor de una determinada opción política o a retraerse de dicho voto*".

75 Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (sección sexta) n. 1082/2009, de 11 de noviembre. Ponente: José Ignacio Arévalo Lassa.

76 Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (sección segunda) n. 633/2010, de 7 de octubre. Ponente: Manuel Ayo Fernández.

considerado en el sentido amplio que se observa en resoluciones que se citan en la jurisdicción contencioso-administrativa. Frente al planteamiento del Ministerio Fiscal, que adujo que *"se entiende concretamente que acto de campaña electoral no sólo es el que expresamente pide la captación del voto, concepto integrado dentro de la propaganda electoral, sino que trasciende y es más amplio de el de propaganda incluyendo también la petición subliminal o indirecta del voto mediante la crítica de contenido político, es decir, aquellos casos en que el mensaje de la reunión repruebe el desarrollo del proceso electoral, el contenido del programa electoral o cualquier decisión asumida por una formación política o que de alguna forma pudiera incidir en el resultado de las elecciones"*, la Audiencia Provincial de Vizcaya, siguiendo la línea marcada por el Juzgado de lo Penal número 4 de Bilbao, afirmó en las dos resoluciones citadas, que no cabe ni la analogía ni la interpretación extensiva, y que la petición de abstención general en unas elecciones generales no puede considerarse a efectos del tipo penal como un acto de propaganda, pues éstos deben estar relacionados con un candidato determinado o de un partido concreto. La Audiencia de Vizcaya consideró que *"ni siquiera con esta indicación puede convertirse la llamada a la abstención en un acto de propaganda electoral, puesto que estaríamos ante una interpretación extensiva con la que no podemos estar de acuerdo"*. El Tribunal considera que incluir en el tipo penal la llamada a la abstención el día electoral como una interpretación extensiva, en tanto que no supone un acto de disuasión de voto a algún o algunos candidatos o candidaturas a favor de una de las concurrentes, sino la disuasión genérica a la participación en los comicios electorales, aún cuando con ello se pretendiese calibrar el grado de apoyo a una concreta opción política a la que no se le permitió concurrir a las elecciones. Al respecto, se afirma que *"todos conocemos episodios de intervenciones públicas de responsables políticos, incluso candidatos, transcurrido ya el periodo de campaña, llamando a los electores a acudir a las urnas, sin que nadie interprete esta conducta como un acto de propaganda punible en el sentido en el que se expresa el artículo 144 LOREG"*. En la misma línea se pronunciaba la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de julio de 2011[77], cuando afirmaba que *"no parece, en fin, que la llamada a la abstención (por las razones, decididamente ideológicas, que sean) tenga ningún componente de captación o de orientación de voto hacia una candidatura determinada que, como queda señalado, es la esencia del acto de propaganda; de contrario, debería entenderse que también lo sería la llamada aséptica, neutra y objetiva a la mera participación, sin ninguna clase de atisbo de sugerencia añadida, conducta que, como es sabido, prolifera en todo momento, incluso en la misma jornada electoral mientras todavía permanecen abiertos los colegios electorales"*.

En definitiva, si la llamada a la abstención genérica no es un acto de propaganda electoral, por el principio de legalidad penal, no puede dar lugar a la realización del tipo del artículo 144.1.a) LOREG. La duda surge, no obstante, en relación a si la misma virtualidad opera respecto de la llamada a la abstención en convocatorias de referéndum acorde a la citada anteriormente Ley Orgánica 2/1980, respecto de la cual el Tribunal Supremo, se había pronunciado respecto

77 Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona n. 538/2011, de 4 de julio. Ponente: José María Planchat Teruel.

de la aplicación extensiva de las conductas delictivas recogidas en la LOREG. En estos casos, la abstención puede influir decisivamente en el resultado electoral, convirtiéndose en una opción política más; situación que se hace más relevante en aquellos casos en los que la virtualidad del resultado de la convocatoria de referéndum exige mayoría absoluta de los electores, tal y como, por ejemplo, dispone el artículo 151 de la Constitución Española.

En cualquier caso, siendo correcta esta interpretación restrictiva del concepto de propaganda electoral, no siempre ha sido así interpretada por la Jurisprudencia. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense de 25 de junio de 2004[78], aplicando el concepto amplio y extensivo de propaganda, revocó la Sentencia absolutoria dictada por el Juzgado de lo Penal número 1 de Ourense, que ante unos hechos en los que las dos acusadas trasladan a la mesa electoral a fin de ejercer el derecho de sufragio a unos ancianos que carecían de capacidad cognoscitiva para comprender el alcance de su acción u opción electoral, proporcionándole el sobre con la papeleta de la votación, sin que resultara probado ni acreditado "*si tal mediación fue realizada a favor de una opción política determinada o concreta, ni cabe inferir la misma, pues las acusadas carecen de toda vinculación con alguno de los partidos que concurrían a las elecciones*", por lo que la Sentencia de instancia –anulada en apelación– consideró en una argumentación jurídica correcta, que no se integraba el delito mencionado, "*dado que la propaganda por esencia debe ser realizada para ser considerada como tal favor de una opción política concreta*".

En el sentido expuesto, por tanto, el reparto de sobres de una determinada opción política el día dedicado a la jornada de reflexión[79] o el mismo día de la votación[80] sí sería constitutivo del delito del artículo 144.1.a) LOREG, salvo que –como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense de 30 de septiembre de 1997[81]– los sobres con las papeletas entregadas a un determinado colectivo de votantes en la jornada de reflexión hubiesen sido solicitadas por su interlocutor, en cuyo caso, dicha entrega no podría ser calificada como acto de propaganda electoral.

Tampoco puede considerarse acto de propaganda electoral la exposición de un pensamiento u opinión en un medio de comunicación el día dedicado a la reflexión, en orden a las actuaciones de determinados miembros de una determinada opción política que se presenta a las elecciones, sin identificarse con un par-

78 Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense (sección primera) n. 48/2004, de 25 de junio, Ponente: José Ramón Godoy Méndez.

79 En este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (sección segunda) número 36/2004, de 18 de febrero,. Ponente: Juan Ruiz-Rico Ruiz-Morón.

80 Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén (sección primera), n. 140/2011, de 15 de junio. Ponente: María Jesus Jurado Cabrera.

81 Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense de 30 de Septiembre de 1997. Ponente: Jesús Francisco Cristín Pérez.

tico político ni incitar al público a votar en una determinada dirección, indicando que él iba a ejercer su derecho al voto sin identificar a quien[82].

Como se ha señalado, se trata de un delito de mera actividad, que se consuma con la simple ejecución del acto de propaganda una vez terminada la campaña electoral y antes del cierre de la jornada electoral. Ello lleva a plantear también la posibilidad de la comisión por omisión. La jornada de reflexión está vetada a la ejecución de actos de propaganda electoral, pero no a la realización de actividades propias de los partidos políticos. Pero durante la jornada de reflexión la cartelería electoral está presente tanto en la sede de los partidos como en lugares públicos, de tal modo que concentraciones, reuniones o grabación de imágenes de esa cartelería con la llamada al voto en una concreta dirección podría considerarse como un acto de propaganda en comisión por omisión. Al respecto, se exige un "comportamiento activo", que no puede afirmarse cuando los acusados se encuentran circunstancialmente en un lugar en el que existe una cartelería incitando al voto en una determinada dirección previamente colocada[83], o en aquellos casos en los que la fiesta de cierre de campaña dura más allá de las cero horas del día inmediatamente anterior al inicio de la jornada electoral, sin que en dicho escenario –cargado de pancartas con solicitud de voto– se realice ninguna nueva actividad propagandística de llamada al voto a favor o en contra de un determinado candidato u opción política.

En cualquier caso, el marco de discrecionalidad judicial que permite el tipo es excesivo, en tanto que al describirse de forma vaga e imprecisa y no exigir un resultado material en sentido estricto para su consumación, posibilita cualquier interpretación. Así, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 7 de mayo de 2009[84] consideró consumado el tipo de realización de actos de campaña electoral el situar una furgoneta con carteles de un determinado candidato a las puertas de un colegio electoral el día de las elecciones, sin determinar si los carteles habían sido colocados en el vehículo antes de las cero horas del día anterior a la celebración de los comicios o después de dicha hora.

De otro lado, se trata de un delito común, en el que el autor del delito puede ser cualquier persona, pertenezca o no a un partido político o a una coalición electoral que concurra a la convocatoria electoral[85]. El alcance de la prohibición de realizar actos de propaganda electoral en la jornada de reflexión tiene una

---

82 En este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava (sección segunda) n. 95/1998 de 21 de marzo. Ponente: Julio David Sáenz de Buruaga Carrillo de Albornoz.

83 Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona n. 538/2011, de 4 de julio. Ponente: José María Planchat Teruel.

84 Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (sección segunda). Ponente: Francisca Soriano Vela.

85 PERIS RIERA, J./ ROMERO FLORES, B., "Los delitos electorales"…, ob, cit., página 9.

Al respecto, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Orense (sección primera) n. 48/2004, de 25 de junio (Ponente: José Ramón Godoy Méndez) y de la Audiencia Provincial de Cáceres (sección segunda) n. 61/2004, de 19 de mayo (Ponente: Pedro Vicente Maillo Rey).

proyección "«erga omnes», esto es, alcanzando la prohibición a todas las personas físicas y jurídicas"[86]. "Otra interpretación conduciría al absurdo, es decir, a la más absoluta inoperatividad del importante mandato legal, porque la propaganda se haría, al menos "formalmente" por personas no vinculadas a partidos, federaciones o coaliciones"[87].

VI. INFRACCIÓN DE LAS NORMAS LEGALES EN EL DESARROLLO DE LA CAMPAÑA ELECTORAL (CARTELERÍA ELECTORAL, ESPACIOS RESERVADOS PARA LA MISMA, REUNIONES Y OTROS ACTOS PÚBLICOS DE PROPAGANDA ELECTORIAL; ARTÍCULO 144.1.B LOREG)

La conducta típica recogida en este artículo 144.1.b) LOREG, a diferencia de la del apartado a) –que tenía lugar una vez terminado el periodo de campaña electoral–, se desarrolla dentro del periodo dedicado a la campaña electoral, es decir, de acuerdo con los artículo 50.4 y 51 LOREG, dentro del periodo comprendido entre el trigésimo octavo día tras la convocatoria de los comicios y las cero horas del día justamente anterior a la votación.

Este apartado b) del artículo 144.1 LOREG, eleva a categoría de delito la conducta consistente en *"Infringir las normas legales en materia de carteles electorales y espacios reservados de los mismos, así como las normas relativas a las reuniones y otros actos públicos de propaganda electoral"*. Recoge dos hipótesis que tienen en común el hecho de tener que acontecer dentro del periodo previsto por la Ley para el desarrollo de la campaña electoral De un lado, se tipifican las infracciones de las norma legales en materia de carteles electorales y espacios reservados para los mismos, y, de otro lado, la infracción de las normas relativas a las reuniones y otros actos públicos de propaganda electoral. El desarrollo de la campaña electoral en lo relativo a la distribución de espacios reservados para cartelería viene regulado en los artículos 55 y 56 LOREG[88] , mientras que las normas relativas a las reuniones y otros actos públicos de propaganda electoral se regulan en los artículos 54 y 57

86 Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona n. 538/2011, de 4 de julio. Ponente: José María Planchat Teruel.

87 Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona (sección cuarta) n. 445/2018, de 20 de septiembre. Ponente: Francisco Orti Ponte.

88 Artículo 55.

Los Ayuntamientos tendrán obligación de reservar lugares especiales gratuitos para la colocación de carteles y, en su caso, pancartas y carteles colgados a postes o farolas por el sistema llamado de banderolas. La propaganda a través de las pancartas y banderolas sólo podrá colocarse en los lugares reservados como gratuitos por los Ayuntamientos.

Aparte de los lugares especiales gratuitos indicados en el apartado anterior, los partidos, coaliciones, federaciones y las candidaturas sólo pueden colocar carteles y otras formas de propaganda electoral en los espacios comerciales autorizados.

LOREG[89], que a su vez remite a lo dispuesto en la Ley reguladora del derecho de reunión[90]. De acuerdo con la taxatividad derivada del principio de legalidad penal, queda fuera del ámbito típico las actuación relativas a la propaganda realizada a través de prensa periódica y en emisoras de radio de titularidad privada, cuya

---

El gasto de las candidaturas en este tipo de publicidad no podrá exceder del 20 por ciento del límite de gastos previsto en los artículos 175.2, 193.2 y 227.2, según el proceso electoral de que se trate.

Artículo 56

A los efectos de lo dispuesto en el artículo anterior los Ayuntamientos, dentro de los siete días siguientes a la convocatoria, comunicarán los emplazamientos disponibles para la colocación gratuita de carteles y, en su caso, pancartas y banderolas a la correspondiente Junta Electoral de Zona.

Esta distribuye los lugares mencionados atendiendo al número total de votos que obtuvo cada partido, federación o coalición en las anteriores elecciones equivalentes en la misma circunscripción, atribuyéndose según las preferencias de los partidos, federaciones o coaliciones con mayor número de votos en las últimas elecciones equivalentes en la misma circunscripción. En el caso de las elecciones al Parlamento Europeo, esta distribución se realiza atendiendo al número total de votos que obtuvo cada partido, federación o coalición en las anteriores elecciones equivalentes en el ámbito de la correspondiente Junta Electoral de Zona, atribuyéndose según las preferencias de los partidos, federaciones o coaliciones con mayor número de votos en las últimas elecciones equivalentes en el mencionado ámbito.

El segundo día posterior a la proclamación de candidatos, la Junta comunica al representante de cada candidatura los lugares reservados para sus carteles.

89 Artículo 54

La celebración de actos públicos de campaña electoral se rige por lo dispuesto en la legislación reguladora del derecho de reunión. Las atribuciones encomendadas en esta materia a la autoridad gubernativa se entienden asumidas por las Juntas Electorales Provinciales, sin perjuicio de la potestad de la Junta Electoral Central de unificación de criterios interpretativos.

Se mantienen, en todo caso, las atribuciones de la autoridad gubernativa respecto al orden público, y con este fin, las Juntas deben informar a la indicada autoridad de las reuniones cuya convocatoria les haya sido comunicada.

Los Ayuntamientos deberán reservar locales oficiales y lugares públicos de uso gratuito para la celebración de actos de campaña electoral.

Artículo 57

A los efectos de lo dispuesto en el artículo 54, los Ayuntamientos, dentro de los diez días siguientes al de la convocatoria, comunican a la correspondiente Junta Electoral de Zona que, a su vez lo pone en conocimiento de la Junta Provincial, los locales oficiales y lugares públicos que se reservan para la realización gratuita de actos de campaña electoral.

Dicha relación ha de contener la especificación de los días y horas en que cada uno sea utilizable y debe ser publicada en el «Boletín Oficial de la Provincia», dentro de los quince días siguientes a la convocatoria. A partir de entonces, los representantes de las candidaturas pueden solicitar ante las Juntas de Zona la utilización de los locales y lugares mencionados.

El cuarto día posterior a la proclamación de candidatos, las Juntas de Zona atribuyen los locales y lugares disponibles, en función de las solicitudes, y cuando varias sean coincidentes, atendiendo al criterio de igualdad de oportunidades y, subsidiariamente, a las preferencias de los partidos, federaciones o coaliciones con mayor número de votos en las últimas elecciones equivalentes en la misma circunscripción. Las Juntas Electorales de Zona comunicarán al representante de ca*da candidatura los locales y lugares asignados.*

90 Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión.

regulación se recoge en el artículo 58 LOREG[91], que sólo alcanzará relevancia penal, cuando el gasto en la misma supere el 20 % del límite previsto para los partidos, agrupaciones, coaliciones o federaciones y candidaturas, y además el mismo se haya falseado contablemente, de acuerdo, en su caso, con el tipo previsto en el artículo 149 LOREG[92].

La conducta típica viene limitada al particular que en el desarrollo de las actividades de la campaña electoral infringe las normas legales en lo relativo a la cartelería, reuniones y otros actos públicos de propaganda electoral, pues otras conductas realizadas por funcionarios públicos en el ejercicio de su función o cargo que supongan la infracción de dicha normativa entrarían en el ámbito del tipo del artículo 140.1.a) LOREG, cuando castiga a los funcionarios que abusando de su oficio o cargo realicen una conducta consistente en "*alterar sin autorización las fechas, horas o lugares en que deba celebrarse cualquier acto electoral incluso de carácter preparatorio, o anunciar su celebración de forma que pueda inducir a error a los electores*".

La redacción del precepto peca de un excesivo formalismo, lo cual puede dar lugar a considerar, en una interpretación literal, que lo que hace el legislador es elevar a categoría de delito una simple infracción administrativa en materia de distribución de espacios para la colocación de la cartelería electoral o respecto de algunas irregularidades relacionadas con los formalismos en la comunicación de celebración de actos públicos en campaña electoral. Afirmándose, además, por la jurisprudencia de que se trata de un delito de simple actividad, *"y para apreciar el dolo en un delito electoral no es requisito ineludible que el sujeto conociera que estaba infringiendo uno u otro precepto de la Ley Electoral, sino que basta que conociera que le hecho era ilícito, contrario a Derecho, porque no existía autorización para la celebración del acto que se llevó a cabo"*[93].

La submodalidad de conducta relativa a "*infringir las normas legales en materia de carteles electorales y espacios reservados a los mismos*", aparece conformada como

---

91 Artículo 58

Las candidaturas tendrán derecho a realizar publicidad en la prensa periódica y en las emisoras de radio de titularidad privada sin que los gastos realizados en esta publicidad puedan superar el 20 por 100 del límite de gasto previsto para los partidos, agrupaciones, coaliciones o federaciones y las candidaturas en los artículos 175.2, 193.2 y 227.2, según el proceso electoral de que se trate.

Las tarifas para esta publicidad electoral no serán superiores a las vigentes para la publicidad comercial y no podrá producirse discriminación alguna entre las candidaturas en cuanto a la inclusión, tarifas y ubicación de esos espacios de publicidad, en los que deberá constar expresamente su condición.

92 Artículo 149 LOREG:

"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 de 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".

"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".

93 Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén (sección primera) n. 78/2013, de 24 de septiembre. Ponente: María Esperanza Pérez Espino.

una norma penal en blanco[94] que remite genéricamente a las "normas legales" relativas a la colocación y distribución de espacios para la colocación de carteles electorales. La redacción típica es muy criticable, en tanto que el tipo no abarca el contenido de la prohibición. Se describe una conducta excesivamente formalista, parcial y anacrónica, en tanto que se refiere exclusivamente a los carteles electorales. Al respecto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 29 de octubre de 2009[95] considera que, a pesar de que el artículo 144.1.b) LOREG es una norma penal en blanco que obliga a remitirse a otros preceptos de la propia LOREG, la simple colocación de unos carteles electorales de forma irregular no puede considerarse la comisión de un delito electoral, al existir una cierta permisibilidad en la colocación de propaganda fuera de los espacios reservados por los ayuntamientos ex artículo 55 LOREG.

Tampoco permite afirmar la comisión del delito del artículo 144.1.b) LOREG la retirada de un cartel pidiendo el voto a una determinada opción política durante la campaña electoral, en tanto que no puede considerarse que dicha conducta "infrinja las normas legales en materia de carteles electorales y espacios reservados a los mismos, pues las mismas están destinadas a regular el procedimiento electoral… a establecer las normas relativas a la propaganda electoral y en lo que se refiere a los carteles electorales, a determinar por los ayuntamientos donde deben colocarse los carteles y pancartas electorales y la distribución de los mismos entre los partidos políticos"[96] pero no la conducta quitar el cartel o la pancarta de una determinada opción política, conducta que "podrá integrar otro tipo penal castigado en el Código penal o ser objeto de una infracción electoral, a que se refiere el art. 153 LOREG"[97]

La segunda modalidad de conducta de esta figura delictiva, con su carácter de norma penal en blanco[98] y formulación excesivamente abierta, relativa a *"infringir las normas relativas a las reuniones y otros actos públicos de propaganda electoral*", llevó al Tribunal Constitucional a pronunciarse exigiendo, a diferencia de lo que hacían los tribunales ordinarios, una interpretación restrictiva[99],

94 En este sentido, también, PEREZ ALONSO, E., "Régimen electoral penal y delitos electorales…, ob. cit., página 1465; PERIS RIERA, J./ ROMERO FLORES, B., "Los delitos electorales"…, ob, cit., página 9.

95 Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección quinta) n. 258/2009, de 29 de octubre.

96 Audiencia Provincial de Madrid (sección sexta) núm. 760/2015, de 29 de octubre. Ponente: Pedro Javier Rodríguez González-Palacios.

97 Ibidem.

98 En este sentido, también, PEREZ ALONSO, E., "Régimen electoral penal y delitos electorales…, ob. cit., página 1465.

99 Al respecto, vid. PULIDO QUECEDO, M., "Delito electoral (el carácter abierto del art. 144.1b) de la LOREG y "deficiencias interpretativas de relevancia constitucional", *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional,* n. 16/2002 (Tribuna) versión online, quien considera que el Tribunal Constitucional forzadamente resuelve este recurso de amparo, queriendo hacer justicia material, en lo que –a su juicio– supone hacer activismo judicial más allá de las competencia de la jurisdicción de amparo.

en Sentencia de 28 de octubre de 2002[100], ante un recurso de amparo promovido frente a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 3 de octubre de 1998 que confirmaba en apelación el fallo condenatorio por un delito electoral por unos hechos consistentes en la celebración de dos mítines sin que la comunicación formal a la Junta Electoral de Zona se realizase de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión[101]. Al respecto, el Tribunal Constitucional se pronuncia partiendo de su propia doctrina respecto del el ejercicio del Derecho de reunión, que se impone por su eficacia inmediata y directa de la Ley, sin que pueda configurarse como un derecho de configuración legal, de tal modo que la exigencia de la comunicación a las autoridades de una manifestación pacífica es exclusivamente para que la autoridad administrativa pueda adoptar las medidas pertinentes para posibilitar tanto el ejercicio de los manifestantes como la protección de los derechos y bienes de la titularidad de terceros[102]. En el caso en cuestión, el Ministerio Fiscal planteaba, de acuerdo con la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 3 de octubre de 1998, que no se satisfizo el requisito de la comunicación previa a la autoridad competente, en este caso, la Junta Electoral de Zona, en tanto que la comunicación al Ayuntamiento *"no obsta ni reemplaza a la preceptiva comunicación a la Junta Electoral*", en relación al primero de los mítines electorales y, en la consideración de un "*olivar priva*do" como "*las inmediaciones de tránsito público"*. En sus fundamentos jurídicos el Tribunal Constitucional, partiendo de su propia doctrina consolidada, "*respecto de que sobre las resoluciones judiciales que incidan en el contenido de un derecho fundamental sustantivo pesa un deber de motivación reforzad, a*firma que *ese plus de motivación hace referencia a exigencias de orden cualitativo y no cuantitativo*"; continuando con la aseveración de que "*por lo que a la validez constitucional de aplicación de las normas sancionadoras se refiere, esta depende tanto del respeto al tenor literal del enunciado normativo, que marca en todo caso una zona indudable de exclusión de comportamientos, como de su previsibilidad, hallándose en todo caso vinculadas por los principios de legalidad y de seguridad jurídica, aquí*

100 Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala segunda), n. 196/2002, de 28 de octubre. Ponente: Pablo Manuela Pachón Villar.

101 Los días 19 y 26 de mayo de 1995, con ocasión de las elecciones municipales, el Partido Andalucista, sin la preceptiva previa comunicación a la Junta Electoral de Zona, llevó a cabo dos actos electorales públicos, en un caso lo comunicó al Ayuntamiento de Huetor-Vega, el cual dio traslado a la Junta Electoral de Zona, sin que ésta lo prohibiera expresamente, y en el segundo caso, tras negar el Ayuntamiento la cesión de un lugar público lo celebraron en un olivar próximo, sin comunicarlo a la Junta Electoral de Zona, por considerar que el mismo no es un lugar de tránsito público.

102 Sentencia del Tribunal Constitucional 59/1990, de 9 de marzo, que continúa diciendo que "estando legitimada en orden a asumir tales objetivos, a modificar las condiciones de ejercicio del derecho de reunión, e incluso a prohibirlas, previa la realización siempre del oportuno juicio de proporcionalidad y en esta última solución extrema siempre que concurra el único motivo que la Constitución contempla para sacrificar el ejercicio de este Derecho Fundamental: la existencia de razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes;…"

en su vertiente subjetiva, que conlleva la evitación de resoluciones que impidan a los ciudadanos programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados penalmente. Concretamente la previsibilidad e tales decisiones debe ser analizada desde las pautas axiológicas que informan nuestro texto constitucional y conforme a modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica; desde esta doble perspectiva es preciso examinar en qué medida el ejercicio del poder punitivo supera las exigencias del juicio de proporcionalidad".

De lo anterior, el Tribunal Constitucional señala que es preciso que la decisión judicial sancionadora identifique el bien jurídico de relevancia constitucional por el que se limita el derecho fundamental de reunión, de un lado que ese juicio ponderativo venga informado por el principio del "favor libertatis". Lo que equivale a "*afirmar que, por referencia específica al supuesto ahora examinado, la motivación de las resoluciones judiciales ha de determinar con precisión aquellos extremos fácticos que sitúan a la reunión o manifestación fuera del ámbito constitucional de protección*". De tal modo que "*tratándose de un tipo penal tan abierto como es el del artículo 144.1.b) LOREG, la adecuada realización del juicio de proporcionalidad requerido, aquí en la formulación el juicio ponderativo, no se satisface con la genérica referencia (contenida en la Sentencia de apelación) a la «libertad de elección» y a «su autenticidad», en cuanto valores legitimadores del reproche penal de determinadas conductas, sino que demanda además precisar, en la labor aplicativa que sólo a los órganos jurisdiccionales compete realizar, en qué medida, en las circunstancias del caso enjuiciado, dichos valores han sido puestos en peligro por la desatención de los requisitos procedimentales en los actos preparatorios de las reuniones que se achacan al solicitante de amparo*". De tal modo que el Tribunal Constitucional concede el amparo al recurrente, en el primero de los actos electorales porque, aun sin cumplirse las formalidades de comunicación de la celebración del acto previstas en la Ley, de los hechos se extrae una evidente voluntad de cumplimiento de los requisitos formales a los que supedita la Ley el ejercicio del Derecho de reunión, al comunicarlo al Ayuntamiento y este dar traslado a la Junta Electoral, y, respecto del segundo acto electoral por violación del principio de legalidad, extendiendo el ámbito espacial de aplicación de un requisito formal a un supuesto no contemplado en la norma: "*Dicho de otro modo: la equiparación de un espacio abierto "en las inmediaciones de tránsito público", con los "lugares de tránsito público" a los que se refieren los arts. 21.2 CE y 8 LODR, representa en esta ocasión una interpretación analógica in malam partem no acorde con el contenido del derecho fundamental ejercitado y que por ello ha de merecer el amparo de este Tribunal Constitucional*".

En cualquier caso, el tipo de esta segunda modalidad delictiva del artículo 144.1.b) LOREG, exige que se realice dentro del periodo electoral, "*durante la campaña electoral*" y que se trate de un acto de propaganda electoral, es decir, que tenga la finalidad de solicitar el voto apara una determinada formación política (en el ámbito de un proceso electoral), quedando fuera del mismo el acto político ordinario, de acción política ordinaria de un partido, constituyendo un acto sectorial de normal funcionamiento de un partido político. Al respecto, es muy discutible por su valoración subjetiva, la afirmación que realiza la Sentencia de

la Audiencia Provincial de Jaén de 11 de enero de 2013[103], cuando considera un acto de campaña electoral y no un acto sectorial de un partido político el llevado a cabo sin la preceptiva comunicación a la Junta electoral en periodo de campaña electoral, considerando que *"los actos son lo que son y no lo que la parte quiera denominarlo, y así se razona en cuanto no se trataba de instruir en materia de economía, ante la ausencia de profesionales de la disciplina, y sí con presencia de políticos"*.

VII. PARTICIPACIÓN DE DETERMINADOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN ACTOS DE CAMPAÑA ELECTORAL (ART. 144.2 LOREG)

El artículo 144.2 LOREG dispone lo siguiente: *"Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a dos años y la de multa de seis meses a una año los miembros en activo de las Fuerzas Armadas y Seguridad del Estado, de las Policías de las Comunidades Autónomas y Locales, los Jueces, Magistrados y Fiscales y los miembros de las Juntas Electorales que difundan propaganda electoral o lleven a cabo otras actividades de campaña electoral"*.

Este apartado segundo del artículo 144 LOREG hace referencia a actos de difusión de propaganda electoral y a otras actividades de campaña electoral, de los cuales deben abstenerse determinados funcionarios públicos que, en el ejercicio de su cargo, tienen la obligación de garantizar, con su imparcialidad, el procedimiento electoral, de tal modo que su conducta desviada podría influir en determinadas personas en la decisión de su derecho al voto. Por su función pública, deben de velar por el buen desarrollo del proceso electoral, evitando su participación en actos de propaganda electoral u otros actos de campaña electoral. La prohibición viene también expresamente establecida en el artículo 52 LOREG[104]. El ámbito de los posibles autores del delito queda circunscrito a los miembros a las fuerzas armadas y de seguridad del Estado (Policía y Guardia Civil), de las policías autonómicas y locales, jueces, magistrados, fiscales y miembros de las juntas electorales, se encuentren o no en el ejercicio de su función pública. Se trata de un grupo de personas revestidas de una autoridad pública en el desarrollo del proceso electoral que le obliga a mantener la imparcialidad durante todo el periodo de campaña electoral.

La conducta típica no se limita a la realización de actos de propaganda electoral, sino que abarca un mayor abanico de actos en materia electoral. Tal y como se ha señalado, el concepto de propaganda electoral exige, un acto, de un lado,

---

103 Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén (sección tercera) n. 135/2012, de 11 de enero. Ponente Jesús María Passolas Morales.

104 Artículo 52

"Se prohíbe a todo miembro en activo de las Fuerzas Armadas o de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, de las Policías de las Comunidades Autónomas o Municipales, a los Jueces, Magistrados y Fiscales en activo y a los miembros de las Juntas Electorales, difundir propaganda electoral o llevar a cabo otras actividades de campaña electoral".

dirigido a persuadir al ciudadano para que emita su voto a favor de un candidato o a disuadirle de su opción de voto y, de otro lado, que el acto re realice con publicidad; si bien, el tipo del artículo 144.2 LOREG, configurado como un delito especial propio, abarca tanto el acto de propaganda electoral como cualquier otro acto de campaña electoral, por lo que para su consumación no se requiere del sujeto la petición directa de voto a los ciudadanos.

La conducta se limita a los actos de propaganda o de campaña electoral, de tal modo que cuando el funcionario público lo que hace es participar en un acto posterior a las elecciones, por ejemplo, en la celebración del triunfo electoral de una determinada opción política, el hecho será atípico[105]. Tampoco sería típica la participación en actividades previas al ejercicio de campaña electoral que no puedan considerarse de propaganda electoral.

VIII. DELITOS EN MATERIA DE ENCUESTAS ELECTORALES (ART. 145 LOREG)

Si las conductas tipificadas como delito relativas a los actos de propaganda realizados con ocasión de una determinada convocatoria electoral pecan de un excesivo formalismo –que sólo muy discutiblemente pueden poner en peligro la soberanía del sufragio plasmada a través del proceso electoral y que abusan de la norma penal en blanco con remisiones genéricas a una regulación administrativa en materia electoral, son objeto de una merecida crítica doctrinal y de una variopinta aplicación jurisprudencial–, dichas apreciaciones se ven incrementadas ante la figura delictiva tipificada en este artículo 145 LOREG. La conducta descrita en el artículo 145 LOREG, se hace de una fórmula vaga e in determinada en los siguientes términos: *"Quienes infrinjan la normativa vigente en materia de encuestas electorales serán castigados con la pena de prisión de tres meses a un año, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por tiempo de uno a tres años"*.

Es el artículo artículo 69 LOREG[106] donde se establece el régimen legal para la elaboración de encuestas electorales, es decir, las sondeos que pueden realizarse y publicarse en el periodo comprendido entre la convocatoria electoral y el día

105 RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, M., ·Los delitos electorales…., ob. cit., página 39, Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección cuarta) n. 32/1999, de 22 de enero. Ponente: Alejandro María Benito Pérez.

106 Artículo 69 LOREG:

"Entre el día de la convocatoria y el de la celebración de cualquier tipo de elecciones se aplica el siguiente régimen de publicación de encuestas electorales:

Los realizadores de todo sondeo o encuesta deben, bajo su responsabilidad, acompañarla de las siguientes especificaciones, que asimismo deben incluir toda publicación de las mismas:

Denominación y domicilio del organismo o entidad, pública o privada o de la persona física que haya realizado el sondeo, así como de la que haya encargado su realización.

previsto para la celebración de la jornada electoral, de donde pueden derivarse las distintas modalidades de conductas que pudieran, de algún modo, ser consideradas dentro de la imprecisa descripción típica de este artículo 145 LOREG, que hace una remisión genérica e indeterminada a quienes infrinjan la normativa en materia de encuestas electorales.

El artículo 145 LOREG tipifica como delito electoral y castiga con pena de prisión de tres meses a un año, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por tiempo de uno a tres años a "*quienes infrinjan la normativa vigente en materia de encuestas electorales*". De ello pudiera afirmarse que dicha infracción pudiera consistir en:

a. Falsificaciones, ocultaciones o modificaciones deliberadas de los datos e informaciones de los sondeos publicados;

b. Incumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 69 LOREG para las encuestas y sondeos electorales;

Características técnicas del sondeo, que incluyan necesariamente los siguientes extremos: sistema de muestreo, tamaño de la muestra, margen de error de la misma, nivel de representatividad, procedimiento de selección de los encuestados y fecha de realización del trabajo de campo.

Texto íntegro de las cuestiones planteadas y número de personas que no han contestado a cada una de ellas.

La Junta Electoral Central vela porque los datos e informaciones de los sondeos publicados no contengan falsificaciones, ocultaciones o modificaciones deliberadas, así como por el correcto cumplimiento de las especificaciones a que se refiere el párrafo anterior y por el respeto a la prohibición establecida en el apartado 7 de este artículo.

La Junta Electoral Central puede recabar de quien haya realizado un sondeo o encuesta publicado la información técnica complementaria que juzgue oportuno al objeto de efectuar las comprobaciones que estime necesarias.

Esta información no puede extenderse al contenido de los datos sobre las cuestiones que, conforme a la legislación vigente, sean de uso propio de la empresa o su cliente.

Los medios informativos que hayan publicado o difundido un sondeo, violando las disposiciones de la presente Ley, están obligados a publicar y difundir en el plazo de tres días las rectificaciones requeridas por la Junta Electoral Central, anunciando su procedencia y el motivo de la rectificación, y programándose o publicándose en los mismos espacios o páginas que la información rectificada.

Si el sondeo o encuesta que se pretende modificar se hubiera difundido en una publicación cuya periodicidad no permite divulgar la rectificación en los tres días siguientes a su recepción, el director del medio de comunicación deberá hacerla publicar a su costa indicando esta circunstancia, dentro del plazo indicado, en otro medio de la misma zona y de similar difusión.

Las resoluciones de la Junta Electoral Central sobre materia de encuestas y sondeos son notificadas a los interesados y publicadas. Pueden ser objeto de recurso ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en la forma prevista en su Ley Reguladora y sin que sea preceptivo el recurso previo de reposición.

Durante los cinco días anteriores al de la votación queda prohibida la publicación y difusión o reproducción de sondeos electorales por cualquier medio de comunicación.

En el supuesto de que algún organismo dependiente de las Administraciones Públicas realice en período electoral encuestas sobre intención de voto, los resultados de las mismas, cuando así lo soliciten, deben ser puestos en conocimiento de las entidades políticas concurrentes a las elecciones en el ámbito territorial de la encuesta en el plazo de cuarenta y ocho horas desde la solicitud".

c. Publicar, difundir o "reproducir" sondeos electorales en los cinco días previos a la votación[107].

Sin embargo, en una formula muy parecida, el artículo 153.2 de la propia Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General, prevé como infracción electoral, de carácter administrativo, la sanción con multa de 3.000 a 30.000 euros "*las infracciones de lo dispuesto en esta Ley sobre régimen de encuestas electorales*", lo cual complica enormemente la delimitación típica del delito en materia de encuestas electorales:

a. Delito electoral: infracción de la normativa vigente (en la LOREG) en materia de encuestas electorales.

b. Infracción electoral: infracción de lo dispuesto en la LOREG sobre régimen de encuestas electorales.

Difícil tarea es la de diferenciar la conducta que suponiendo una infracción de los requisitos sobre encuestas electorales establecidos en el artículo 69 LOREG, es constitutiva de un delito tipificado en el artículo 145 LOREG o de una infracción administrativa del artículo 153.2 LOREG. En cualquier caso, el incumplimiento debe ser grave, de tal modo que altere los resultados expuestos a los electores de manera que puedan incidir en su inclinación al voto[108].

Los límites espacio temporales que limitan la aplicación de la Ley penal, unidos a la globalización de las sociedad de la comunicación e información hacen, no obstante, muy discutible la virtualidad de esta figura delictiva. Así, por ejemplo, a la conducta consistente en la realización de una encuesta telefónica encargada a una entidad demoscópica extranjera por un determinado medio de comunicación extranjero sobre la intención de voto en España realizada en el periodo comprendido entre los cinco días anteriores al día de la votación y publicada "on line" en castellano desde el extranjero, por ejemplo, el día de reflexión, al que tienen acceso en tiempo real los ciudadanos españoles llamados al voto, no le sería posible la aplicación del tipo del artículo 145 LOREG. También plantea discusión el alcance típico del medio español que se hace eco de la encuesta realizada en el extranjero sobre el sentido de voto en unas elecciones en España fuera del periodo permitido por la legislación electoral española para ello. La posibilidad de considerar típica por remisión a lo dispuesto en el articulo 69.4 LOREG por remisión del artículo 145 LOREG, en tanto hace referencia a las obligaciones de rectificación que asumen los medios informativos que hayan publicado o difundido un sondeo, violando las disposiciones de la LOREG, dicha actuación, será diferente si el medio publica o difunde los datos emitidos en el extranjero, en cuyo caso podría argumentarse –no sin dificultad dogmática– la vigencia de este artículo 145 LOREG, o si simplemente se hace eco de que en un determinado me-

107 En la redacción dada por Ley Orgánica 2/2011, de 29 de enero.

108 MUÑOZ CUESTA, J./MARTÍ CRUCHAGA, V., "Delitos electorales…, ob. cit., , página 14/19; PEREZ ALONSO, E., "Régimen electoral penal y delitos electorales…, ob. cit., página 1469.

dio de comunicación extranjero, con versión online en tiempo real, ha publicado una encuesta electoral relativa a las elecciones españolas, en cuyo caso, no parece aplicable el tipo del artículo 145 LOREG, en tanto que el medio que se hace eco de la publicación del hecho no infringe la normativa vigente en materia de encuestas electorales.