

Populus

Revista Jurídica da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia

número 8 | junho 2020



ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL DA BAHIA

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL DELITO DE FINANCIACIÓN ILEGAL Y LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS EN ESPAÑA.

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O DELITO DE FINANCIAMENTO ILEGAL E A RESPONSABILIDADE PENAL DOS PARTIDOS POLÍTICOS NA ESPANHA.

SOME CONSIDERATIONS ON THE CRIME OF ILLEGAL FINANCE AND THE PENAL RESPONSIBILITY OF THE POLITICAL PARTIES IN SPAIN.

Rafael Rebollo Vargas *

RESUMEN

En el trabajo se examinan una serie de cuestiones estructurales del nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos, poniendo en evidencia no sólo la utilización de una técnica legislativa precipitada y defectuosa; sino, también, los vacíos punitivos que permiten a los partidos políticos continuar nutriéndose de forma ilegítima de fondos, tanto públicos como privados. Igualmente se analizan las diferentes vías previstas en el Código penal español para la exigencia de responsabilidad penal de los partidos políticos, como son, el delito de asociación ilícita, el delito de organización criminal, la responsabilidad penal de los partidos políticos como personas jurídicas y el partícipe a título lucrativo.

Palabras clave: Partidos políticos. Financiación ilegal. Condonaciones de deuda. Financiación pública ilícita. Responsabilidad penal de los partidos políticos.

RESUMO

No presente trabalho, examina-se uma série de questões estruturais do novo delito de financiamento ilegal de partidos políticos, pondo em evidência não só a utilização de uma técnica legislativa precipitada e defeituosa; senão, também, os vazios punitivos que permitem aos partidos políticos continuar se nutrido de forma ilegítima, de fundos, tanto públicos como privados. Igualmente analisam-se as diferentes vias previstas no Código Penal Espanhol para a exigência de responsabilidade penal dos partidos políticos, como são, o delito de associação ilícita, o delito de organização criminosa, a responsabilidade penal dos partidos políticos como pessoas jurídicas e o partícipe a título lucrativo.

* Doutor en Derecho Penal. Catedrático de Derecho Penal dela Universidad Autónoma de Barcelona.

Palavras-chave: Partidos políticos. Financiamento ilegal. Condenações de dívida. Financiamento público ilícita. Responsabilidade penal dos partidos políticos.

ABSTRACT

In the work examine a series of structural questions of the new crime of illegal finance of political parties, putting in evidence not only the utilisation of a legislative technician precipitated and defective; but, also, the empty punitivos that allow to the political parties continue nourishing of illegitimate form of bottoms, so many publics like private. Equally they analyse the different planned roads in the penal Code Spanish for the exigencia of penal responsibility of the political parties, as they are, the crime of illicit association, the crime of criminal organisation, the penal responsibility of the political parties like legal persons and the partícipe to yielding title.

Keywords: Political parties. Illegal finance. Condonations of debt. Illicit public finance, penal responsibility of the political parties.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos se incorporan al Código penal mediante la Ley Orgánica (en adelante L.O.) 1/2015, de 30 de marzo, que añade un nuevo Título XIII bis, con esa misma rúbrica e integrado por dos nuevos artículos (304 bis y 304 ter)²; es decir, entre los Delitos contra el Patrimonio y el Orden Socioeconómico y los Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social. Como veremos más adelante, se trata de una ubicación sistemática, como poco, discutible, que ha generado importantes críticas doctrinales y que, en realidad, se configura como un elemento más para confirmar que su tipificación fue poco meditada. No quiero decir con ello que no fuera necesaria³, pero sí que técnicamente se trata de unos preceptos manifiestamente mejorables de los que se desprenden unos problemas interpretativos que no son sencillos de dirimir.

La incriminación de la financiación ilegal de los partidos políticos es una decisión de política criminal adoptada por distintos factores y, en mi opinión, cautiva de episodios que traslucen una endémica corrupción en la financiación de casi todos los partidos⁴ que, incluso, han llevado a que el anterior Presidente del Partido Popular (y del Gobierno) fuera citado a declarar como testigo en el caso Gürtel.

2. En nuestro país, uno de los primeros trabajos sobre la materia fue el libro de ROMERO FLORES, B., Partidos políticos y responsabilidad penal. La financiación electoral irregular, Barcelona, 2005, quien realiza un detallado análisis de derecho comparado, así como de la legislación entonces vigente: la Ley orgánica sobre financiación de los partidos políticos, L.O. 3/1987, de 2 de julio, además de la Ley orgánica del régimen electoral general, L.O. 5/1985, de 19 de junio.

3. Al respecto, entre otros, MAROTO CALATAYUD, M., La financiación ilegal de los partidos políticos. Un análisis político-criminal, Madrid, 2015, págs. 298 y ss.; OLAIZOLA NOGALES, I., La financiación ilegal de los partidos políticos: un foco de corrupción, Valencia, 2014, págs. 190 y ss; vid., GARCÍA ARÁN, M., “Sobre la tipicidad penal de la financiación irregular de los partidos políticos”, en Derecho penal para un Estado Social y Democrático de Derecho (Estudios penales en homenaje al Profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto), Madrid, 2016, en especial, págs. 601 y ss., donde la autora reflexiona acerca de la conveniencia de establecer un tipo penal autónomo de financiación ilegal de los partidos.

4. Vid. OLAIZOLA NOGALES, I., “Las reformas legales relacionadas con la financiación de los partidos políticos”, en Corrupción pública prueba y delito: cuestiones de libertad e intimidad (JAREÑO LEAL, A. –DOVAL PAÍS, A. Directores), Pamplona, 2015, pág. 253, nota núm. 1, donde da cuenta de algunos de los episodios más conocidos que afectan a una buena parte del arco parlamentario de este país.

Es más, lo que en un principio se percibía, y los propios partidos políticos así lo enfatizaban para desvincularse de lo que –decían– eran conductas individuales que nada tenían que ver con las respectivas organizaciones, se convierte en un fenómeno sistémico que ha corrompido estructuras, dirigentes y cargos políticos de los partidos más significados de nuestro arco parlamentario. A lo anterior, cabe añadir que el Tribunal de Cuentas, el órgano que tiene el deber de fiscalizar esa financiación, no parece, dada su composición estructura y medios, que haya sido el más idóneo para cumplir la relevante función que tiene encomendada⁵.

Seguramente, la sensibilización de la opinión pública por la sucesión de escándalos relativos a las “Cajas B”, al pago de “sobresueldos”, al “caso del 3%” o a tantos otros, además de la necesidad de dar respuesta a algunas de las recomendaciones efectuadas por el GRECO, tiene como resultado que en septiembre de 2013 el Gobierno aprobara un Plan de medidas de “regeneración democrática”, que incluían, solo por referir algunas, la agravación de las sanciones aplicables a las infracciones relacionadas con la actividad de los partidos políticos, el refuerzo de la rendición de cuentas o la supervisión de la financiación de los partidos políticos mediante la ampliación de las competencias del Tribunal de Cuentas, lo cual dio lugar a la reforma, mediante la misma Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico financiera de los partidos políticos, de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de Partidos Políticos; de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, así como de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, y, como corolario de todo ello, mediante la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal, la incorporación al texto punitivo del delito de financiación ilegal de los partidos políticos aunque, como hemos dicho antes, su incorporación al Código penal no estaba prevista en el Anteproyecto ni el Proyecto de Código penal, por lo que los detalles concretos del tipo penal propuesto sólo se conocieron en la fase de enmiendas a la reforma del Código penal, siguiendo un “*iter*” legislativo diferenciado del citado Plan de medidas de regeneración democrática.

A pesar de que no existiera una tipificación expresa del delito de financiación ilegal de partidos políticos, no creo que pudiera hablarse de “laguna legal”⁶, sino que en el proceso de financiación ilegal se cometían otros delitos que sí estaban tipificados en el Código penal⁷, como podrían ser los de falsedades, prevaricaciones, infidelidad en la custodia de documentos, cohecho, tráfico de influencias, malversación de caudales públicos, delitos contra la Hacienda Pública o, yendo más lejos, incluso se ha llegado a plantear la posibilidad de incriminar por el delito de asociación ilícita al considerar que podría tratarse de criminalidad organizada⁸.

En todo caso, las modalidades delictivas de financiación ilegal de los partidos políticos se incriminan en el art. 304 bis del Código penal, donde en el apartado primero se dispone

5. Vid., Informe del GRECO. Anexo España al “Informe de lucha contra la corrupción en la Unión Europea”, Bruselas, 3 de febrero de 2014, págs. 5 y ss.

6. MAROTO CALATAYUD, M., “Financiación ilegal de partidos políticos”, en Comentario a la reforma penal de 2015, (QUINTERO OLIVARES, G., Director), Pamplona, 2015, pág. 756.

7. NÚÑEZ CASTAÑO, E., “La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, en Revista Penal, nº 39, 2017, pág. 128, quien habla de la “aplicación de manera creativa de algunos de los delitos cometidos en el Código penal”.

8. Íbidem, nota a pie de pág. núm. 14. Igualmente, BUSTOS RUBIO, M., “El nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos”, en Revista Penal, nº 37, 2016, pág. 4; NAVARRO CARDOSO, F., “Corrupción, transparencia y Derecho penal. Especial referencia al derecho de acceso a la información pública”, en Cuadernos de Política Criminal, núm. 114, 2014, págs. 113-114.

un tipo básico relativo a la financiación privada de los partidos políticos, y dos figuras agravadas en el segundo apartado del mismo art. 304 bis; mientras que en el artículo 304 bis ter, se prevé una penalidad cualificada para los casos en los que la financiación ilegal de los partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones electorales se lleve a cabo mediante una estructura u organización específicamente destinado a tal fin.

2. PROBLEMAS INTERPRETATIVOS.

2.1. CONCURRENCIA NORMATIVA Y LOS PROBLEMAS DE NON BIS IN ÍDEM.

Con carácter previo a abordar este espinoso tema, me parece necesario realizar dos puntualizaciones que no por sabidas dejan de ser necesarias. En primer lugar, resulta que uno de los mayores problemas para delimitar la infracción administrativa de la infracción penal es la ausencia de diferencias esenciales entre ambos ilícitos cuando, como en este caso, no existen elementos que permitan diferenciarlos, y, más cuando el tipo del art. 304 bis del Código penal, para delimitar el contenido del injusto, remite en bloque a lo dispuesto en el art. 5.Uno de la Ley Orgánica de Financiación de Partidos Políticos (en adelante LOFPP). En segundo lugar, no es tampoco ninguna novedad afirmar que no es posible incurrir en un ilícito penal por la mera infracción de un precepto administrativo, sino porque el comportamiento debe presentar un contenido material de antijuridicidad que ha de quedar plasmado en la afección al bien jurídico que la norma penal pretende proteger. Cuando ello no es así, creo que no es aventurado cuestionarse la oportunidad de la tipificación penal por los problemas de colisión o de concurrencia normativa⁹.

A este respecto, MAROTO CALATAYUD pone de relieve lo que denomina el “solapamiento exacto” entre la infracción prevista en el art. 5 LOFPP y el art. 304. bis 1 del Código penal, lo cual, añade, puede vaciar de contenido la infracción del art. 5 LOFPP, aunque es de destacar, puntualiza, que el sujeto activo de la citada ley son los partidos políticos, mientras que el Código penal se refiere al sujeto individual -sin perjuicio de lo previsto en el art. 304 bis. 5-. A su parecer, el nuevo tipo penal, en aquellos casos que quedarán fuera del alcance del referido art. 304 bis.5, podría impedir sancionar al partido si resulta preferente la vía penal ya que no se distingue si el proceso penal lo es contra persona física o jurídica¹⁰.

A ese respecto, OLAIZOLA NOGALES entiende que la situación es abiertamente insostenible dado que no se ofrece ningún criterio de diferenciación entre ambos ilícitos¹¹; mientras que, SAÍNZ- CANTERO propone, en primer lugar, la adopción de criterios formales para solventar el conflicto. En efecto, atendiendo a lo previsto en el último punto del art. 17.Uno de la LOFPP¹², señala que todos los hechos subsumibles en el art. 17.Dos a), en elación a lo previsto en el art. 5.Uno,

9. SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.A., “Los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos”, ob. cit., pág. 671.

10. MAROTO CALATAYUD, M., “Financiación ilegal de partidos políticos” en Comentarios a la reforma penal de 2015, ob. cit. pág. 762.

11. OLAIZOLA NOGALES, I., “Las reformas legales relacionadas con la financiación de los partidos políticos”, ob. cit., pág. 275. Igualmente, vid., BUSTOS RUBIO, M., “El nuevo delito de financiación ilegal de los partidos políticos”, ob. cit., pág. 14

12. Artículo 17. Uno. “Sin perjuicio de las responsabilidades legales de cualquier índole que se deriven de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico en general y de lo preceptuado en esta ley en particular, el Tribunal de Cuentas acordará la imposición de sanciones al partido político que cometa alguna de las infracciones que se tipifican en este artículo, siempre que no constituyan delito”.

serían constitutivos del delito del art. 304 bis.1 del Código penal¹³. Una segunda opción interpretativa, también destacada por OLAIZOLA NOGALES¹⁴, sería la de atender a la literalidad del art. 17.Dos a), donde lo que se sanciona es “la aceptación de donaciones o aportaciones” (en lo que ahora nos interesa) que contravengan las limitaciones o requisitos establecidos en el art. 5. Aceptación que, en este caso, sólo tiene efectos cuando la realiza el donatario, esto es, el partido político. Sin embargo, el art. 304 bis del Código penal sólo incrimina la conducta del que «reciba», que no ha de ser necesariamente el destinatario final de la donación o de la aportación, de modo que uno y otro precepto sancionan comportamientos distintos, evitando de esa forma la existencia de *bis in idem* y estableciendo con ello un criterio de distinción entre ambos ilícitos, aunque, señala SÁINZ-CANTERO, sin que existan criterios que permitan justificar o entender el por qué no se sanciona penalmente la aceptación y sí la recepción de las donaciones o aportaciones¹⁵, cuando probablemente, me permito añadir, el desvalor de la conducta que viene presidida por la aceptación de la donación es de mayor entidad que la caracterizada por la simple recepción que es la que, en definitiva, se castiga en el Código penal¹⁶.

2.2. ATIPICIDADES DERIVADAS DEL DELITO DE FINANCIACIÓN ILEGAL DE PARTIDOS POLÍTICOS.

Más allá de las distintas propuestas surgidas en su día acerca de la tipificación del delito de financiación ilegal de partidos políticos¹⁷, ya hemos dicho que algún autor se refería a la situación anterior como “atipicidad relativa¹⁸” o, incluso, se hablaba también de la aplicación “de manera creativa¹⁹” de algunos de los delitos contemplados en el Código penal. Sea como fuere, y con independencia de las interpretaciones que consideran saludable su introducción en el Código penal²⁰, lo cierto es que existen comportamientos que se han quedado extramuros del Derecho penal y que, en su caso, únicamente serán merecedores de sanción administrativa a pesar de que el desvalor del comportamiento sea, en ocasiones, idéntico o superior a los, en este momento, típicos. Es, como poco, sorprendente que el delito se circunscriba a la financiación de origen privado para el funcionamiento habitual de los partidos, que deje fuera la financiación de origen público, las destinadas a gasto electoral o que excluya a las fundaciones del ámbito de aplicación de la LOFPP y, por supuesto, del Código penal²¹.

13. SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., “Los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos”, ob. cit., pág. 671

14. OLAIZOLA NOGALES, I., “Las reformas legales relacionadas con la financiación de los partidos políticos”, ob. cit., pág. 275, quien propone la supresión del primer párrafo del art. 304 bis del Código penal y que la conducta del donante sea incluida como infracción administrativa.

15. *Ibidem*.

16. Cf., MACIAS ESPEJO, B., “Sobre la incriminación de la financiación ilegal de los partidos políticos en el art. 304 bis del Código penal”, ob. cit., pág. 133, quien, por el contrario, entiende que el recibir supone disponibilidad material de la donación o de la aportación.

17. Al respecto, vid., OLAIZOLA NOGALES, I., La financiación ilegal de los partidos políticos: un foco de corrupción, ob. cit., págs. 192 y ss, donde analiza las diferentes fórmulas propuestas.

18. MAROTO CALATAYUD, M., La financiación ilegal de los partidos políticos. Un análisis político-criminal, ob. cit., pág. 175.

19. NUÑEZ CASTANO, E., “La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, ob. cit., pág. 128.

20. MUÑOZ CUESTA, F.J., “Delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, ob. cit., pág. 1.

21. PUENTE ABA, L.M., “Financiación ilegal de partidos políticos (art. 304 bis CP)”, en Comentarios a la reforma del Código penal de 2015, ob. cit., pág. 1066. Igualmente, vid., BUSTOS RUBIO, M., “El nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos”, ob. cit., pág. 11.

Quisiera anticipar que no voy a realizar un análisis exhaustivo de todas las atipicidades, sino, únicamente alguna de las, llamémosle así, “incongruencias legislativas” que van más allá de las infracciones previstas en el art. 5. Uno (límites a las donaciones privadas) y art. 7. Dos (aportaciones de personas extranjeras) de la L.O. 8/2007, de 4 de julio, LOFPP.

a) La financiación de los partidos políticos a través de las fundaciones: una de las paradojas inexplicables.

El art. 1 LOFPP establece el ámbito de aplicación de la ley, para considerar partido político no sólo a estos sino, también, a las federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores. Sin embargo, en el texto del articulado no se hace ninguna mención a las fundaciones, a excepción de lo dispuesto en la Disposición adicional séptima, extensísima y enrevesada previsión que regula cuáles son los requisitos que han de concurrir para considerar que una fundación está vinculada o es dependiente de un partido político.

Sin embargo, más que eso nos interesan los apartados cuatro y cinco de la Disposición adicional. En el primero de ellos se exceptiona a las fundaciones del tipo penal. Así, si bien establece que en el caso de las donaciones las fundaciones estarán sometidas a los límites y requisitos previstos en el capítulo segundo del Título II de la Ley (Fuentes de financiación), a continuación dispone que no les será de aplicación lo previsto en el art. 5. Uno, letras b) y c), es decir, no tendrán prohibido aceptar o recibir donaciones procedentes de personas jurídicas y de entes sin personalidad jurídica, aunque cuando sean de carácter económico superior a 120.000 euros deberán formalizarlas en documento público; además de que no les estará prohibido aceptar o recibir donaciones procedentes de una misma persona superiores a 50.000 euros anuales.

Por si lo anterior no fuera suficiente, la vía de financiación de los partidos políticos a través de las fundaciones se flexibiliza aún más en el apartado siguiente de la Disposición adicional séptima, ya que exceptiona como donaciones a las entregas monetarias o patrimoniales realizadas por una persona física o jurídica para “financiar una actividad o un proyecto concreto de la fundación o entidad”. Es decir, no se establece ningún tipo de límite o de control para la aportación de entregas monetarias o patrimoniales, únicamente se prevé que se formalicen en documento público y que se comuniquen al Tribunal de Cuentas en un plazo máximo de tres meses.

Como señala GÓMEZ BENÍTEZ, muchos de los convenios que suscriben los partidos políticos con las fundaciones encubren auténticas donaciones realizadas al margen de la LOFPP y de la L.O. 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, que las obliga a destinar el 70% de sus ingresos a los fines fundacionales y el resto a reserva o incremento de la dotación²², “en ningún caso a financiar de forma camuflada a los partidos de los que dependen y sus campañas electorales”²³.

En definitiva, es inevitable concluir que la inexistencia de límites cuantitativos

22. Art. 27.1 L.O. 50/2002, de 26 de diciembre, Destino de rentas e ingresos: “A la realización de los fines fundacionales deberá ser destinado, al menos, el 70 por 100 de los resultados de las explotaciones económicas que se desarrollen y de los ingresos que se obtengan por cualquier otro concepto, deducidos los gastos realizados, para la obtención de tales resultados o ingresos, debiendo destinar el resto a incrementar bien la dotación o bien las reservas según acuerdo del Patronato...”

23. GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., Financiación ilegal de partidos políticos y corrupción”, ob. cit., pág. 148.

para la financiación de las fundaciones es algo más que un obstáculo para garantizar la transparencia y la limitación de la financiación de los partidos políticos o, dicho de otra manera, por mucho que el legislador solucione las vías de financiación paralela que permite la LOFPP, en el caso de que no aplique a las fundaciones el mismo régimen de prohibiciones a los que somete a los partidos políticos para evitar la financiación ilícita, el sistema continuará siendo estructuralmente ineficaz²⁴. Ahora bien, una vez dicho lo anterior, me parece necesario puntualizar que el Tribunal Supremo entiende que, a las fundaciones, les resulta de aplicación la teoría del levantamiento del velo, de modo que cuando éstas no destinen su patrimonio al cumplimiento de sus fines, operando como mera “tapadera”, no deberían existir problemas para aplicar el tipo penal correspondiente, sin perjuicio de los problemas de prueba que se pudieran suscitar para acreditar dicho extremo²⁵.

b) Las condonaciones de la deuda a los partidos políticos.

Aquí volvemos a encontrarnos con una de esas situaciones “clamorosas” en las que lo inexplicable preside la actual regulación del delito de financiación ilegal de partidos políticos²⁶. En efecto, la L.O. 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económica financiera de los partidos políticos, introdujo en el art. 4. Cuatro de la LOFPP una previsión que pretendía evitar una de las prácticas nada infrecuentes de las entidades crediticias con los partidos políticos: la prohibición de las condonaciones total o parcial de la deuda, así como la prohibición de condiciones ventajosas para los partidos políticos lo que, hasta entonces, no era infrecuente: que el tipo de interés de la deuda fuere inferior al que le correspondía a las condiciones de mercado. Comportamiento que el art. 17. Dos a) considera como una infracción muy grave, a la que se impondrá una sanción que, en ningún caso, será inferior a las 50.000 euros y que podría alcanzar una importe que vaya del doble al quíntuplo de la cantidad condonada.

Se trata de una previsión que ha sido severamente criticada por la doctrina penal²⁷, no por el hecho de que se haya incorporado esa infracción a la LOFPP, sino porque se ha excluido de los comportamientos con relevancia penal, ya que las únicas previsio-

24. Vid al respecto <http://www.elmundo.es/espana/2017/06/07/593816cce2704e3e378b45d0.html> donde entre otras cosas se dice lo siguiente: «...Las fundaciones y entidades vinculadas a partidos políticos tienen prohibido asumir gastos que corresponden a estas fuerzas. Sin embargo, como ha reconocido el presidente del Tribunal de Cuentas, “en la medida en que éstas pueden hacer aportaciones a los partidos se produce un corte en la secuencia de control porque los partidos reciben fondos que no deberían”. Para evitar esta financiación de los partidos al margen de la ley, Ramón Álvarez de Miranda, que ha calificado este asunto como una de las “mayores preocupaciones” del tribunal, ha pedido una reforma legal que amplíe sus competencias fiscalizadoras, pues se ha quejado de que éstas están limitadas a la regularidad de las aportaciones que reciben y a los gastos financiados con subvenciones públicas. El Tribunal de Cuentas reconoce el uso de las fundaciones y entidades vinculadas a partidos “para la captación de recursos destinados a las formaciones”, y ha pedido que se apliquen a las fundaciones los mismos requisitos y limitaciones que se exigen a los partidos en materia de donaciones».

25. Vid., el art. 3.3. de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, donde, refiriéndose a sus fines y beneficios, expresamente se dispone: “En ningún caso podrán constituirse fundaciones con la finalidad principal de destinar sus prestaciones al fundador o a los patronos, a sus cónyuges o personas ligadas con análoga relación de afectividad, o a sus parientes hasta el cuarto grado inclusive, así como a personas jurídicas singularizadas que no persigan fines de interés general. Al respecto, vid., DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la jurisprudencia, 6ª edición, Pamplona, 2013, págs. 482 y ss., 953 y ss. 1169 y ss.

26. Al respecto, <http://www.20minutos.es/noticia/1699362/0/financiacion-ilegal/unio/palleroles/>, donde se afirma: “...En noviembre de 2005 se supo que el PSC (Partido de los Socialistas de Cataluña, asociado al PSOE) había conseguido que La Caixa le condonara el 45% de la deuda vencida que arrastraba desde 1994. En total, se trataba de 6,57 millones de euros perdonados. El resto (7,81 millones) fue renegociado, con un tipo de interés tres veces inferior al aplicable en 1994...”.

27. Por todos, vid., MACÍAS ESPEJO, B., “Sobre la incriminación de la financiación ilegal de partidos políticos en el artículo 304 bis del Código penal”, ob. cit., pág. 134, nota a pie de página núm. 46, donde refiere a una parte de los autores que se muestran críticos con el restringido perfil del tipo.

nes elevadas a la categoría de delito, como es bien sabido, son las de los arts. 5. Uno y 7. Dos de la L.O.8/2007, de 4 de julio. Ahora bien, ello no impediría que semejante conducta quedara impune, pues, puede constituir un delito de administración desleal por parte del donante al disponer ilegalmente de parte del patrimonio del administrado²⁸.

c) Las operaciones asimiladas.

La asunción de gastos del partido por parte de terceros (bienes, obras o servicios o de cualquiera otros gastos que genere su actividad), está prevista en el art. 4. Tres de la LOFP con la denominación de “operaciones asimiladas”. Conducta que, en efecto, es constitutiva de una infracción administrativa muy grave dispuesta en el art. 17. dos a), a la que le corresponde una sanción cuyo importe irá del doble al quíntuplo de la cantidad asumida por el tercero y que, como se recordará, dio lugar a la condena a un partido político como partícipe a título lucrativo (asunto Pallerols) por el pago de material de oficina e informática para las sedes del partido, así como al pago de nóminas de los trabajadores de la organización²⁹. Sin embargo, a pesar de la gravedad de ese comportamiento, del desvalor de la conducta se trata de una infracción que, a juicio del legislador, carece de relevancia penal y, por lo tanto, es atípica.

d) Las donaciones de bienes inmuebles.

Esta es otra de las previsiones que es una muestra evidente de la deficiente formulación del comportamiento típico de este delito. En el art. 4. Dos e) LOFP, se prevé que la donaciones en especie se entenderán aceptadas mediante certificación expedida por el partido político, donde constará la identificación del donante, el documento que acredite la entrega del bien donado así como el carácter irrevocable de la donación.

Se trata de una donación privada a un partido político que, como es sabido, está condicionada a unos límites que se establecen en el art. 5. Uno b) LOFP, esto es, no pueden exceder de 50.000 euros anuales y, por ello, tal como prevé el art. 304 bis del Código penal, lo que vaya más allá de esa cantidad será constitutivo de delito.

Sin embargo, en el último apartado del art. 5. Uno se exceptiona esa previsión al excluir el límite previsto en la letra b) para las donaciones en especie de bienes inmuebles siempre que se cumplan los requisitos de aceptación expresa, conste la identidad del donante, así como el carácter irrevocable de la donación. Dicho en otras palabras, los partidos políticos pueden ser destinatarios de donaciones de inmuebles de valor ilimitado.

e) La financiación pública ilícita.

Uno (otro) de los supuestos de atipicidad penal que resulta inexplicable es

28. GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “Financiación ilegal de partidos políticos y corrupción”, ob. cit., pág. 150; MACIAS ESPEJO, B. “Sobre la incriminación de la financiación ilegal de partidos políticos en el artículo 304 bis del Código penal”, ob. cit., pág. 141.
29. Vid. SAP Barcelona (Sección 2ª), de 21 de enero de 2013, folios 49 y ss. donde detalla las cantidades (un total de 388.000 euros) y las partidas de las que se benefició Unió Democràtica de Catalunya.

el de la financiación pública ilícita, esto es, cuáles son las razones que han llevado al legislador a dejar fuera del ámbito típico del art. 304 bis del Código penal las subvenciones públicas de carácter ilícito.

En el art. 2.Uno de la LOFPP se detallan los recursos económicos procedentes de financiación pública para los partidos políticos³⁰, mientras que el art. 3 establece las condiciones y requisitos para otorgar esas subvenciones que, evidentemente, pueden concederse de forma ilícita. No obstante, me llama poderosamente la atención el hecho de que en el régimen sancionador de la LOFPP, arts. 17 y ss. no se hace ninguna mención a las infracciones en las que pudiera incurrir la Administración por el hecho de otorgar una subvención pública ilícita, a excepción, eso sí, de la cláusula general del art. 17.Uno³¹. Si a ello le añadimos, como ya hemos dicho en distintas ocasiones, que el art. 304 bis remite únicamente a los arts. 5.Uno y 7.Dos de la LOFPP, es decir, circunscribe el delito de financiación ilegal a las donaciones privadas y a las que superen el límite cuantitativo de los 100.000 euros (cuando la financiación provenga de Gobiernos y organismos, entidades o empresas públicas extranjeras o de empresas directamente vinculadas con los mismos), parece que esa financiación ilícita con origen en la Administración no sólo es inviable sino que parece que no existe, circunstancia que, como decía al inicio, me parece inverosímil.

Ahora bien, otra cosa distinta es que en esos supuestos de financiación ilícita en los que interviene la Administración, y con ello un funcionario público o autoridad, incurran en el ámbito propio de alguno de los delitos contra la Administración Pública, como pueda ser el cohecho, la malversación, la prevaricación o el tráfico de influencias. Sin embargo, en esos casos, el legislador ha obviado sancionar al partido político por un delito de financiación ilegal.

3. RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS: LA MUESTRA DE UNA REPROBABLE CONVERGENCIA NORMATIVA.

En las páginas anteriores hemos podido comprobar la poca fortuna del legislador español en la tipificación del delito de financiación ilegal de partidos políticos, en las que siguen vamos a corroborar esa percepción iniciada dado el solapamiento normativo entre los delitos de asociación ilícita y el delito de organización criminal, preceptos que la doctrina en general, considera que podrían ser aplicables a los partidos políticos; a los problemas concursales que se desprenden de lo anterior cabe añadir la previsión de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, en la que los partidos políticos dejan de estar excluidos de la previsión dispuesta en el Código penal para las personas jurídicas y a los que, por lo tanto, le son extensivas las responsabilidades penales dispuestas para ellas.

30. 1. Subvenciones públicas para gastos electorales, 2. Subvenciones estatales anuales para gastos de funcionamiento, 3. Subvenciones anuales que las CCAA establezcan para gastos de funcionamiento en el ámbito autonómico correspondiente, 4. Subvenciones extraordinarias para realizar campañas de propaganda que puedan establecerse en la Ley Orgánica reguladora de las distintas modalidades de referéndum, 5. Aportaciones que, en su caso, los partidos políticos puedan recibir de los Grupos Parlamentarios de las Cámaras de las Cortes Generales, Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, Juntas Generales y de los Grupos de Representantes en los órganos de las Administraciones locales.

31. Art. 17.Uno. "Sin perjuicio de las responsabilidades legales de cualquier índole que se deriven de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico en general y de lo preceptuado en esta ley en particular, el Tribunal de Cuentas acordará la imposición de sanciones al partido político que cometa alguna de las infracciones que se tipifican en este artículo, siempre que no constituyan delito..."

3.1. DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA, EL ART. 515.1 DEL CÓDIGO PENAL.

3.1.1. CONSIDERACIONES PREVIAS.

El delito de asociación ilícita, cuyo antecedente inmediato cabe ubicarlo en el artículo 173 del Código penal anterior, ha sido objeto de continuas reformas que se llegaron a atribuir al fenómeno terrorista³². Sin embargo, y con independencia de que haya podido ser así, lo que igualmente es innegable es que este delito de asociación ilícita refleja como pocos los vaivenes legislativos del legislador (a veces del mismo). Sin embargo, lo que no ha hecho ninguna de las mencionadas reformas ha sido poner orden en la tipificación de un delito que presenta importantes problemas interpretativos y en el que, a la vez, es extremadamente complicado dotar de un ámbito material propio a cada uno de los supuestos que en él se mencionan por los graves problemas de superposición entre algunos de sus distintos apartados.

En España, el derecho de asociación es un derecho fundamental reconocido en el artículo 22 de la Constitución, estableciéndose sus límites en los párrafos 2 y 5 de ese mismo precepto, por lo que las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales (22.2), además de que se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar (22.5). Delimitación que no deja de tener su importancia, como señala CANCIO³³, ya que no podrán incriminarse otras asociaciones que no sean las que la Constitución excluye expresamente.

3.1.2. CONCEPTO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA Y SU DISTINCIÓN CON LOS ACTOS PREPARATORIOS.

Es evidente que la asociación ilícita que, en principio, tiene como objeto la comisión de un delito presenta algunas zonas de convergencia con los actos preparatorios y, en particular con la conspiración para delinquir (art. 17.1). No obstante, a pesar de esas similitudes estructurales, es posible distinguir nítidamente entre éstos y la asociación ilícita, desde tres criterios distintos.

En primer lugar, y atendiendo al *concepto de asociación ilícita*, la Jurisprudencia le atribuye a la asociación ilícita una serie de requisitos³⁴, como son: a) la concurrencia de un determinado número de personas - a pesar de que el Código nada dice con respecto a su número, los tribunales se ha pronunciado en reiteradas ocasiones acerca de que el grupo mínimo se puede constituir por dos personas³⁵; b) la existencia de un acuerdo entre sus miembros que debe de incluir una cierta perdurabilidad en el tiempo, esto es, utilizando la terminología del Tribunal Supremo: *“lejos de lo meramente esporádico”*, lo que se constituye como uno de los elementos de distinción esencial con respecto a la conspiración para delinquir; c) y junto al anterior, como otro de los elementos clave de distinción con respecto a la conspiración, en la asociación ilícita se da una determinación hacia la actividad ilícita pero sin llegar a la precisión de cada acción en tiempo y lugar, mientras que en la conspiración se concreta el delito a realizar; d) la asociación ha de presentar

32. Una sinopsis del iter legislativo hasta el momento, se recoge en la STS de 8 de octubre de 1979.

33. CANCIO MELIA, M., en *Comentarios al Código penal*, (RODRIGUEZ MOURULLO, Director), Madrid, 1996, pág. 1285.

34. A este respecto, detalladamente, vid., STS 28 de octubre de 1997 y 10 de abril de 2003.

35. Entre otras, vid., SSTs de 8 de octubre de 1979 y 12 de marzo de 1992.

una estructura jerárquica y organizada en la que se puedan precisar las funciones de sus miembros; e) ésta se constituye con el objeto de alcanzar un fin, que no es otro que el de cometer delitos; f) y, por último, la asociación ilícita es independiente del delito o de los delitos que se cometan, por lo que se apreciará un concurso entre el delito de asociación ilícita y los delitos perpetrados, a diferencia de los actos preparatorios punibles que se subsumirán en los correspondientes tipos en el momento en el que se inicien los actos de ejecución.

En segundo lugar, un nuevo elemento diferenciador entre la conspiración y la asociación ilícita está en directa relación con el bien jurídico objeto de protección. Mientras que la conspiración para delinquir es un acto preparatorio previo y referido a la comisión de un delito, en la asociación ilícita el bien jurídico protegido se articula mediante un objeto de protección específico, ya sea el derecho de asociación como garantía constitucional que incumbe al Estado y, a la vez, a todos los ciudadanos (PORTILLA CONTRERAS³⁶); o, la seguridad de la organización democrática del Estado y los derechos fundamentales y las libertades públicas que la Constitución proclama (VIVES ANTÓN-CARBONELL MATEU). Como señala el propio Tribunal Supremo: una cosa es el bien jurídico que se protege en el delito de asociación ilícita y otra el que se protege en la posterior acción delictiva que se cometa, “de forma que el delito de asociación ilícita tiene sustantividad propia basada en un bien jurídico singular, como lo demuestra el hecho que la asociación es anterior a la puesta en peligro de los bienes jurídicos de la acción delictiva subsiguiente, consumándose desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva” (STS 10 de abril de 2003).

En tercer lugar, la sustantividad propia del delito de asociación ilícita con respecto a la conspiración en particular, se refrenda por lo previsto en el artículo 519, en virtud del cual se tipifica expresamente la punición de los actos preparatorios punibles referidos al delito de asociación ilícita.

3.1.3. MODALIDADES TÍPICAS: LA PREVISIÓN DEL ART. 515.1 DEL CÓDIGO PENAL.

Las modalidades típicas recogidas en el art. 515 del Código penal son de lo más diverso, pero nos vamos a centrar brevemente en revisar una de ellas dado que su configuración es la que puede subsumir determinadas actividades ilícitas de los partidos políticos.

Así, hemos hecho referencia a que el artículo 22 de la Constitución establece el derecho de asociación y lo contempla como un derecho fundamental, a la vez que el párrafo segundo de ese artículo 22 declara que son ilegales “*las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito*”. Se ha dicho, por otro lado, que este primer párrafo del artículo 515 respondía a lo previsto en el mencionado artículo 22 de la Constitución.

Con independencia de lo anterior y con carácter previo a insistir en lo que acabo de referir, cabe distinguir dos tipos de asociaciones en ese primer párrafo del artículo 515.1. Así, el tipo prevé el supuesto de una asociación que desde el

36. En ese mismo sentido se pronuncia la STS de 10 de abril de 2003, donde manifiesta que el bien jurídico protegido lo constituye el ejercicio del derecho constitucional de asociación, “comportando los supuestos tipificados claras exlimitaciones al ejercicio constitucional de tal derecho”.

mismo momento de su constitución deviene en ilícita en tanto que tiene por objeto la comisión de algún delito. Asociación ilícita, ya de origen, que hay que distinguir de aquella asociación inicialmente lícita que deviene ilegítima porque posteriormente a su constitución (con fines lícitos), promueve la comisión de un delito³⁷. La comisión del delito es, en todo caso, la finalidad de la asociación ilícita y una consecuencia de la misma.

En suma, éstas, deben de disponer de una estructura organizada, en ellas se precisa una coordinación de funciones y una estructura jerárquica, además de que tienen una voluntad de perdurar, lo que convierte sus actividades delictivas en algo “*lejos de lo meramente esporádico*”. La diferencia, por lo tanto, entre este inciso y el anterior reside que en el primero se utiliza el singular “*cometer algún delito*”, luego, la asociación puede ser ilícita porque se ha propuesto la comisión de un sólo delito; no obstante, a mi parecer, sería absolutamente insólito que una asociación deviniera en ilícita porque sus componentes decidieran ejecutar un sólo delito. Es más, el propio Tribunal Supremo se refiere a ellas, empleando una fórmula que ya hemos referido antes: “*en cualquier caso parece que tal asociación requiere formalmente una cierta consistencia, lejos de lo meramente esporádico*”.

3.2 EL DELITO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL, EL ART. 570 BIS DEL CÓDIGO PENAL.

Además de la previsión anterior, la L.O. 5/2010, de 23 de noviembre, por la que se reforma el Código penal, introduce el art. 570 bis, bajo la rúbrica del Capítulo VI, Título XXII, “De las organizaciones y grupos criminales”. Precepto nuevamente reformado por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo que, en ese caso, mantiene inalterado el concepto normativo de organización criminal³⁸. Así, en el último párrafo del referido precepto se dispone que: “*A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos*”.

Con esa tipificación de organización criminal el solapamiento normativo con el delito de asociación ilícita es evidente y más si tenemos en cuenta la construcción Jurisprudencial que sobre éste ha realizado el Tribunal Supremo, lo cual evidencia FARALDO CABANA al poner de manifiesto que ambos ilícitos no pueden distinguirse en atención a la gravedad de los delitos a perpetrarse por una u otra, ni, tampoco, en atención a la mayor o menor estabilidad o permanencia de la organización criminal con respecto a la asociación ilícita, o que se pretenda caracterizar a la organización criminal porque su origen eran inicialmente delictivos, dado que esa característica está también ínsita en el delito de asociación ilícita³⁹.

37. Al respecto, vid. la STS 28 de octubre de 1997, caso Filesa, en la que el Tribunal Supremo distingue entre asociaciones ilícitas *ab initio*, de aquellas otras cuyos fines ilícitos devienen con posterioridad. Vid., al respecto, QUINTERO OLIVARES, G., “La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita”, en *Delincuencia organizada*, (FERRE OLIVE-ANARTE BORRALLO, editores), Huelva, 1999, págs. 177 y ss., donde propone la supresión del art. 515.1º, por entender que tal supuesto «está ya previsto en otros lugares del Código o, incluso, en el propio art. 515».

38. Al respecto, vid., GARCÍA RIVAS, N., “Organización criminal para la financiación de un partido político «el caso de los papeles de Bárcenas»”, en *Revista Penal*, núm. 40, Julio 2017, págs. 111 y ss.

39. FARALDO CABANA, P., “Sobre los conceptos de organización criminal y asociación ilícita” en *La delincuencia organizada: un reto a la política criminal* (VILLACAMPA ESTIARTE, C., Coordinadora), Pamplona, 2013, págs. 77-80

En esa misma línea de consideraciones se han tratado de buscar otro tipo de diferencias entre ambos ilícitos; unos atienden al bien jurídico. ya que en el delito de asociación ilícita se tutela el correcto ejercicio del derecho de asociación, mientras que en el delito de organización criminal es el orden público, aunque, también se afirma que el orden público es el bien jurídico que subyace en el delito de asociación ilícita. Con independencia de lo anterior se han abundado en distintos argumentos que, a mi parecer, no contribuyen demasiado a establecer unos criterios sólidos de distinción⁴⁰. Al respecto, creo que, con buen criterio, LEÓN ALAPONT trae a colación la Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 2/2011, de 2 de junio, “en relación con las organizaciones y grupos criminales”, donde, en el apartado V destinado a los problemas concursales con el delito de asociación ilícita se afirma:

“El art. 515 contempla, pues, auténticos supuestos de asociaciones, esto es, de agrupaciones de personas, de carácter estable, con relaciones de jerarquía entre sus miembros y división de funciones y tareas, y entre las que existen un vínculo asociativo por encima de la voluntad individual de cada uno de sus miembros y cuyos fines no se identifican necesariamente con la realización de hechos delictivos, sino que pueden tener otras finalidades distintas, si bien en atención a las mismas o a los modos utilizados para su obtención, el legislador considera que dichas conductas la hacen merecedora de reproche penal. Sin embargo, en relación a las organizaciones y agrupaciones criminales, la propia Exposición de Motivos de la LO 5/2010 afirma que las organizaciones y grupos criminales en general no son realmente “asociaciones” que delinquen, sino agrupaciones de naturaleza originaria e intrínsecamente delictiva, carentes en muchos casos de forma o apariencia jurídica alguna, o dotadas de tal apariencia con el exclusivo propósito de ocultar su actividad y buscar su impunidad”⁴¹.

En suma, como muy bien pone de relieve el referido autor⁴², partiendo de la Instrucción de la Fiscalía, el criterio para distinguir una asociación ilícita de una organización criminal es el de atender al tipo de actividad de la asociación (podría ser el caso de un partido político), combine o pretenda combinar paralelamente una actividad ilícita con otra que no lo es, entonces esos hechos deberían subsumirse en el art. 515.1 del Código penal. Sin embargo, si la actividad llevada a cabo por la asociación (por el partido político) es total o mayoritariamente ilícita, merecerá el calificativo de organización criminal, de lo que se infiere que de la actividad de la organización criminal reporta un desvalor de mayor entidad que de la actividad de la asociación ilícita⁴³.

40. Una referencia detallada sobre las diferentes posiciones doctrinales en orden a tratar de abundar en las diferencias entre ambos ilícitos puede encontrarse en el trabajo de LEÓN ALAPONT, J., “La responsabilidad penal de los partidos políticos en España: ¿disfuncionalidad normativa?”, en *Revista General de Derecho penal*, núm. 27, 2017, págs. 23 y ss.

41. Circular de la FGE 2/2011, de 2 de junio, “sobre la reforma del Código penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales”, pág. 27

42. LEÓN ALAPONT, J., “La responsabilidad penal de los partidos políticos en España: ¿disfuncionalidad normativa?”, ob. cit., pág. 26

43. ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Granada, 2009, pág. 58

Ahora bien, también es cierto que no siempre será sencillo delimitar entre esa actividad lícita de la asociación que la combina con otras de carácter ilícito (piénsese en la financiación absolutamente ilícita de un partido político), con la actividad delictiva que representa la casi totalidad o una actividad mayoritariamente ilícita de ese partido político, es decir, que su actividad pudiera ser subsumible dentro del delito de asociación ilícita como en el delito de organización criminal. Al respecto, un sector de la doctrina se decanta por la vía del concurso de normas⁴⁴, por lo que en virtud de lo previsto en el art. 8.4 del Código penal, la consecuencia sería aplicar el precepto con mayor penalidad, esto es, el de organización criminal, lo cual llevaría acarreada su disolución (art. 570 quáter, y art. 33.7 del Código penal). Criterio que, asimismo, es el que propone la Fiscalía General del Estado en su Circular 2/2011, de 2 de junio, en el que expresamente se determina que en la hipótesis de un conflicto de normas entre los artículos 515.1 y 570 bis CP, se aplicará el criterio de alternatividad previsto en el art. 8.4 CP, de conformidad con lo establecido en el art. 570 quáter CP, de modo que deberán aplicar el tipo con pena más grave, esto es, el art. 570 bis⁴⁵.

Las consecuencias que se infieren de lo anterior no son, precisamente, baladíes ya que la Constitución atribuye a los partidos políticos una función esencial como fundamento del pluralismo político, además de establecerlos como mecanismos para la formación y manifestación de la voluntad popular, de la misma forma que les atribuye el carácter de instrumentos de participación política (art. 6 CE); todo ello, sin olvidar la concurrencia de otros derechos fundamentales en juego, como el derecho de asociación (art. 22 CE) y el derecho de participación política (art. 23 CE)⁴⁶, lo cual lleva a LEON ALAPONT a mostrarse especialmente prudente con las consecuencias jurídicas aplicables a los partidos políticos anteriormente apuntadas, sin perjuicio de la colisión que entrañan con lo previsto en los art. 31 bis y siguientes del Código penal⁴⁷.

3.3 LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS COMO PERSONAS JURÍDICAS, ARTS. 31 BIS Y SS DEL CÓDIGO PENAL.

La L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el art. 31 bis a través de un sistema de *numerus clausus*, es decir, sólo determinados delitos expresamente previstos por el legislador podían ser susceptibles de comisión por las personas jurídicas, con la particularidad de que en el caso de los partidos políticos, en el apartado 5 del mismo precepto se les excluía expresamente:

44. GARCÍA RIVAS, N., “Organización criminal para la financiación de un partido político «el caso de los papeles de Bárcenas», ob. cit., pág. 122.

45. Circular de la FGE 2/2011, de 2 de junio, “sobre la reforma del Código penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales”, pág. 28.

46. FARALDO CABANA, P. “La disolución de partidos políticos como sanción penal”, en *Estudios penales y criminológicos*, Vol. XXXVIII, 2018, pág. 123, quien destaca “...el peligro que supone dejar en manos de cualquier juez penal la posibilidad de imponer una pena de tanta relevancia para la vida política del país como la disolución de un partido”.

47. LEON ALAPONT, J., “El delito de financiación ilegal de los partidos políticos desde la perspectiva de la responsabilidad penal de éstos como personas jurídicas”, en *Indret*, octubre 2018, págs. 26y 27.

“5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general”.

Con independencia de que la fórmula utilizada por el legislador al excluir de responsabilidad a determinadas entidades que tenían por objeto el cumplimiento de fines públicos pudiera ser comprensible, dado que la imposición de multas implicaba dificultades en el cumplimiento de dichos fines públicos o de que se llegara a considerar que no era lógica la intervención del Estado en el propio Estado o en sus propios órganos⁴⁸, lo que resultó sorprendente es que se excluyera a los partidos políticos como sujetos penalmente responsables a pesar de que pudieran ser ilegalizados en virtud de la L.O. 6/2002, de 27 de junio, de Partidos políticos, y, por lo tanto, podría acordarse su disolución⁴⁹, sin perjuicio de que, como hemos visto con anterioridad, los partidos políticos pudieran ser considerados asociaciones ilícitas o, incluso, organizaciones criminales.

Ahora bien, mediante una nueva reforma mediante la L.O. 7/2012, de 27 de diciembre, volvió a modificarse la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, y con ella el art. 31 bis 5 del Código penal, que elimina la exclusión de partidos políticos y sindicatos, incluyéndolos, así, dentro del régimen general de responsabilidad de las personas jurídicas, superándose con ello, según reza en la Exposición de Motivos de la Ley, la “*percepción de impunidad de estos dos actores de la vida política*”. Aunque, como muy bien sostiene TERRADILLOS, “no existían antes de la LO 7/2012, lagunas normativas que impidieran la persecución penal de asociaciones u organizaciones que bajo la forma de partidos políticos o sindicatos, persiguen objetos delictivos⁵⁰”. Todo ello, sin perjuicio de que, asimismo, algún autor evidenciara desde el principio las dificultades que suponía la aplicación del art. 31 bis a la actividad de los partidos políticos⁵¹.

Sin embargo, no ha sido esta la última reforma, el precepto vuelve a modificarse mediante la L.O. 1/2015 donde se prevé en el art. 33.7 un elenco de penas verdaderamente aflictivas, como la disolución del partido político, suspensión temporal de sus actividades, inhabilitación para subvenciones o la clausura de sus locales; sin embargo, la imposición de tales penas está sujeta a una serie de criterios taxativos previstos en el art. 66 bis del Código penal, por lo que la medida de disolución de un partido político en una medida de carácter excepcional, únicamente, prevista para supuestos muy graves, supuesto, como señala BAUCCELLS, donde

48. FARALDO CABANA, P. “La disolución de partidos políticos como sanción penal”, ob. cit., pág. 23.

49. MORALES PRATS, F., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Pamplona, 2010, pág. 61

50. TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, (ALVAREZ, GARCÍA, F.J., Director), Valencia, 2013, pág. 176.

51. MAROTO CALATAYUD, M., *La financiación ilegal de los partidos políticos*, ob. cit., pág. 318.

exista una estructura claramente criminógena, “*sin ningún tipo de cultura de cumplimiento y con varios dirigentes del mismo responsables de hechos criminales*”⁵².

Finalmente, para concluir con este apartado quisiera referirme brevemente a las hipótesis concursales que pudieran surgir entre el art. 31 bis y el art. 515.1 del Código penal y es que, a pesar de que el delito de asociación ilícita pueda ser aplicable a un partido político, considero que existen criterios para deslindar con nitidez ambos preceptos ya que se refieren a dos supuestos de hecho distintos. En efecto, la descripción típica del delito de asociación ilícita se refiere la existencia de un programa criminal, esto es, el delito previsto no tiene porqué ejecutarse, mientras que el art. 31 bis del Código penal estipula la condena del partido político porque determinadas personas físicas sí que llegan a perpetrar el hecho delictivo⁵³.

3.4 LA CLÁUSULA DE CIERRE DEL ART. 122 DEL CÓDIGO PENAL: EL PARTICÍPE A TÍTULO LUCRATIVO.

El día 24 de mayo de 2018, la Sección Segunda Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó la Sentencia núm. 20/2018, por la que condenaba a la suma de 351 años de prisión a un total 29 personas por la comisión de 12 tipos delictivos diferentes en el denominado “*Caso Gürtel*”. Asimismo, la Sala condenó, como partícipes a título lucrativo, al Partido Popular por unos hechos que tuvieron lugar entre los años 1999 a 2005, con la particularidad de que, como hemos visto, la responsabilidad penal de los partidos políticos no se introduce en el Código penal hasta el año 2012. Por otro lado, téngase presente que el delito de financiación ilegal de partidos políticos se incorpora al Código penal mediante la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, es decir, se trata de unos hechos que tuvieron lugar cuando no existía la previsión del art. 31 bis y, desde luego, que eran anteriores a la entrada en vigor del art. 304 ter. del Código penal que, como hemos analizado al inicio, incrimina la financiación ilegal de los partidos políticos.

La condena del Partido Popular no ha sido la primera por ese concepto, sino que existen precedentes muy significativos como son, entre otros, la condena a Unió Democràtica de Catalunya, mediante Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, núm. 53/2013, de 21 de enero, dictada con conformidad de las partes, en la que se condena al partido a resarcir la cantidad de 197.284,28 € por haber destinado esos fondos a su beneficio. Asimismo, Convergència Democràtica de Catalunya fue condenada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 29 de diciembre de 2017, que todavía no es firme, por haber obtenido a través del Palau de la Música de Catalunya la cantidad de 6.670.105,58 € en pago de comisiones que una empresa constructora había pactado con dirigentes del citado partido a cambio de adjudicaciones de contratos de obra pública.

En todo caso, las condenas a dirigentes de otros partidos políticos por conductas relacionadas con la corrupción abarca la mayoría del espectro de partidos españoles, con la particularidad, insisto, de que el delito de financiación ilegal no se incorpora al Código penal hasta el año 2015, lo que determinaba que se

52. BAUCELLS LLADÓS, J., “Corrupción y responsabilidad penal de los partidos políticos”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*”, 20-28, 2018, págs. 12-13.

53. Al respecto, vid., LEON ALAPONT, J., “La responsabilidad penal de los partidos políticos en España: ¿disfuncionalidad normativa?”, ob. cit., págs. 28 y ss.

castigara a esos dirigentes en virtud de otros tipos delictivos, como el cohecho, la prevaricación, la falsedad documental, la malversación, etc⁵⁴.

Por otro lado, como decía al inicio, el Código penal español prevé una cláusula de cierre en el art. 122 del Código penal que dispone:

“El que por título lucrativo hubiese participado de los efectos de un delito, está obligado a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación”.

Las características esenciales del precepto son las siguientes:

1. La Sentencia del Tribunal Supremo núm. 447/2016, de 25 de mayo precisa que el partícipe a título lucrativo no es un responsable penal. Su responsabilidad es exclusivamente civil, por más que se ventile en un proceso penal. A esta conclusión no se opone el hecho de que esa responsabilidad se derive de una acción delictiva ejecutada por otro. Se trata, en consecuencia, de una responsabilidad civil directa declarada en sentencia constitutiva, que en nada puede confundirse con la responsabilidad criminal.
2. El partícipe a título lucrativo, por definición, no puede tener conocimiento alguno del hecho típico ejecutado por otro y del que se derivan sus activos patrimoniales. Esto es, participa de los efectos del delito o, dicho de otro modo (reproduciendo en su literalidad los términos recogidos en la STS 447/2016, de 8 de noviembre), “participa del delito, pero no en el delito.
3. Asimismo, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 57/2009, de 2 de febrero, la sanción del resarcimiento no exige que se acredite a qué dedicó el responsable lucrativo los bienes percibidos, sólo exige que los haya aprovechado, incorporándolos a su patrimonio. Estimándose, cuando se trata de fondos (dinero), remansados en cuentas corrientes que, por su fungibilidad, tal incorporación al patrimonio se produce desde su ingreso.

Como decía al inicio, la superposición normativa existente en el Código penal español con respecto a la responsabilidad penal de los partidos políticos no es, precisamente, un ejemplo de técnica legislativa, lo cual contribuye a abundar en la confusión con respecto a los tipos potencialmente aplicables, además de crear unas zonas de solapamientos típicos que no favorecen demasiado la posibilidad de una nítida delimitación conceptual entre todos ellos.

54. LEON ALAPONT, J., “El delito de financiación ilegal de los partidos políticos desde la perspectiva de la responsabilidad penal de éstos como personas jurídicas”, ob. cit., págs. 4 y ss., donde recoge algunos de los casos más relevantes de corrupción de los partidos políticos en España.

BIBLIOGRAFÍA

BAUCELLS LLADÓS, J., “Corrupción y responsabilidad penal de los partidos políticos”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 20-28, 2018.

BUSTOS RUBIO, M., “El nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos”, en *Revista Penal*, nº 37, 2016.

CANCIO MELIA, M., en *Comentarios al Código penal*, (RODRIGUEZ MOURULLO, Director), Madrid, 1996,

FARALDO CABANA, P., “Sobre los conceptos de organización criminal y asociación ilícita” en *La delincuencia organizada: un reto a la política criminal* (VILLACAMPA ESTIARTE, C., Coordinadora), Pamplona, 2013.

FARALDO CABANA, P. “La disolución de partidos políticos como sanción penal”, en *Estudios penales y criminológicos*, Vol. XXXVIII, 2018,

GARCÍA ARÁN, M., “Sobre la tipicidad penal de la financiación irregular de los partidos políticos”, en *Derecho penal para un Estado Social y Democrático de Derecho (Estudios penales en homenaje al Profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto)*, Madrid, 2016.

GARCÍA RIVAS, N., “Organización criminal para la financiación de un partido político «el caso de los papeles de Bárcenas»”, en *Revista Penal*, núm. 40, Julio 2017.

GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. “Financiación ilegal de partidos políticos y corrupción”, en *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación*, (CASTRO MORENO, A.-OTERO GONZÁLEZ, P., Directores), Madrid, 2016.

LEÓN ALAPONT, J., “La responsabilidad penal de los partidos políticos en España. ¿Disfuncionalidad normativa?”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 27, 2017.

LEON ALAPONT, J., “El delito de financiación ilegal de los partidos políticos desde la perspectiva de la responsabilidad penal de éstos como personas jurídicas”, en *Indret*, octubre 2018.

MACÍAS ESPEJO, B., “Sobre la incriminación de la financiación ilegal de partidos políticos en el artículo 304 bis del Código penal”, en *Cuadernos de Política Criminal*,

MAROTO CALATAYUD, M., *La financiación ilegal de los partidos políticos. Un análisis político-criminal*, Madrid, 2015.

MAROTO CALATAYUD, M., “Financiación ilegal de partidos políticos”, en *Comentario a la reforma penal de 2015*, (QUINTERO OLIVARES, G., Director), Pamplona, 2015.

MORALES PRATS, F., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Pamplona, 2010

MUÑOZ CUESTA, F.J., “Delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5/2015.

NAVARRO CARDOSO, F., “Corrupción, transparencia y Derecho penal. Especial referencia al derecho de acceso a la información pública”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 114, 2014.

NIETO MARTÍN, A., “Financiación ilegal de partidos políticos (arts. 10-13)”, en *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, (ARROYO ZAPATERO, L.- NIETO MARTÍN, A., Coordinadores) Cuenca, 2006.

NÚÑEZ CASTAÑO, E., “La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, en *Revista Penal*, nº 39, 2017.

OLAIZOLA NOGALES, I., *La financiación ilegal de los partidos políticos: un foco de corrupción*, Valencia, 2014.

OLAIZOLA NOGALES, I., “Las reformas legales relacionadas con la financiación de los partidos políticos”, en *Corrupción pública prueba y delito: cuestiones de libertad e intimidad* (JAREÑO LEAL, A. –DOVAL PAÍS, A. Directores), Pamplona, 2015.

OLAIZOLA NOGALES, I., “El delito de financiación ilegal de partidos políticos en la reforma del CP”, en *Diario La Ley*, nº 8516, 10 de abril de 2015, Ref. D-141.

PUENTE ABA, L.M., “Financiación ilegal de partidos políticos (art. 304 bis CP)”, en *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015* (Director, GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.), Valencia, 2015. QUINTERO OLIVARES, G., “La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita”, en *Delincuencia organizada*, (FERRE OLIVE-ANARTE BORRALLA, editores), Huelva, 1999

ROMERO FLORES, B., *Partidos políticos y responsabilidad penal. La financiación electoral irregular*, Barcelona, 2005.

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., “Los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos”, en *Estudios sobre el Código penal reformado* (MORILLAS CUEVA, L., Director), Madrid, 2015.

SANDOVAL, J.C. “Aportación a una reflexión político criminal sobre la corrupción en la financiación de los partidos políticos”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 22, 2014.

TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Responsabilidad penal de las perezonas jurídicas”, en *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, (ALVAREZ, GARCÍA, F.J., Director), Valencia, 2013.

ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Granada, 2009.