

Corrupción y responsabilidad penal de los partidos políticos

Joan Baucells Lladós

Profesor Titular de Derecho Penal. Universitat Autònoma de Barcelona

BAUCELLS LLADÓS, Joan. Corrupción y responsabilidad penal de los partidos políticos. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2018, núm. 20-28, pp. 1-25. Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc20-28.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 20-28(2018), 12 dic]

RESUMEN: Entre las medidas diseñadas para luchar contra el papel que los partidos están jugando en la corrupción, esta investigación se centra en la reciente introducción de la responsabilidad penal de estos entes. Después de sistematizar los argumentos a favor y en contra de esta polémica decisión, sugiere algunas propuestas de aplicación y de reforma que permitan conciliar sus ventajas político-criminales con los riesgos advertidos en el debate.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad penal, Partidos políticos, corrupción.

ABSTRACT: Among the measures designed to fight against the role that parties are playing in corruption, this investigation focuses on the recent introduction of criminal responsibility of these entities. After systematizing the arguments for and against this controversial decision, it suggests some proposals for application and reform that allow reconciling their criminal political advantages with the risks noted in the debate.

KEYWORDS: Criminal responsibility, Political parties, corruption.

Fecha de publicación: 12 diciembre 2018

SUMARIO: I. Corrupción y partidos políticos. II. Nuevas medidas de lucha contra la corrupción de los partidos. III. La problemática de la responsabilidad penal de los partidos. 1. El reconocimiento constitucional de los partidos y la necesidad de discriminar entre sus funciones constitucionales y privadas. 1.1. El reconocimiento constitucional de los partidos políticos. 1.2. Las funciones públicas que desarrollan. 2. La limitación de los riesgos de utilización política. 2.1. A través del listado de numerus clausus. 2.2. A través de las consecuencias jurídicas. 3. La eficacia puede imponerse a las funciones simbólicas. 3.1. La carga de la prueba de la eficacia de los modelos de gestión y control internos. 3.2. La valoración del carácter eficaz de estos programas. 4. La conciliación con otros instrumentos concurrentes. 5. El contexto internacional; IV. A modo de conclusión: propuestas de aplicación y reforma.

I. Corrupción y partidos políticos

Según el Consejo General del Poder Judicial, desde mediados de 2015 hasta la actualidad existen ya al menos 280 procedimientos en la justicia española de casos relacionados con corrupción política y más de 1440 procesados o acusados¹. Tratándose de una cifra escandalosa, la corrupción en España presenta una paradoja. Muchos estudios demuestran que siendo muy alta la percepción de la corrupción por parte de la ciudadanía (hasta un 88%), el contacto directo de los ciudadanos con la corrupción es muy bajo (inferior al 2%)². Y la respuesta se encuentra en que, sin tratarse de una corrupción funcionarial, la mediatización de los casos en los que se encuentran implicados altos cargos políticos genera un gran impacto en la opinión pública³.

Sin ser el objeto concreto de este trabajo, quiero destacar lo que para mí también juega un papel relevante en esta mediatización: el papel que los partidos políticos han jugado en la corrupción. Su conexión con los centros de poder ha hecho aflorar una serie de escándalos en los que ya sea el partido como persona jurídica que se ha visto implicada en casos de financiación irregular, ya sea por sus miembros con el mismo fin o persiguiendo el lucro personal pero utilizando el partido como instrumento, los partidos políticos han desarrollado un papel protagonista. En este sentido, es relevante destacar que algunos de los casos de corrupción más relevantes de los últimos tiempos han acabado con la condena judicial a hasta tres partidos por participación a título lucrativo. Los dos primeros, a *Convergència Democràtica de Catalunya* (Caso Palau)⁴ y *Unió Democràtica de Catalunya* (Caso Pallarols)⁵ que provocaron su disolución como partido. Y el último, el *Partido popular* (Caso Gürtel)⁶ a quien le costó una moción de censura que acabó con el último gobierno de Rajoy.

¹ <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Transparencia/Repositorio-de-datos-sobre-procesos-por-corrupcion/Informacion--general/> [fecha de consulta: 17 de junio de 2018]. Se consideran delitos relacionados con la corrupción a los efectos de este repositorio: Ordenación del territorio, urbanismo y patrimonio histórico, arts. 320 y 322 CP; Prevaricación de funcionarios públicos, arts. 404, 405 y 408 CP; Infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos, arts. 413, 414, 415, 416, 417 y 418 CP; Cohecho, arts. 419, 420, 421 y 422 CP; Tráfico de influencias, arts. 428, 429 y 430 CP; Malversación, arts. 432, 433, 434 y 435 CP; Fraudes y exacciones ilegales, arts. 436, 437 y 438 CP; Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función, arts. 439, 441, 442 y 443 CP; Corrupción en las transacciones comerciales Internacionales, arts. 286, 3º y 4º CP.

² JIMÉNEZ, F. “La corrupción en un país sin corrupción sistémica (un análisis de los casos Bárcenas, Palau y ERE)” en ESTEFANÍA, J. *Informe sobre democracia en España, 2014. Democracia sin política*, Fundación Alternativas, Madrid, 2014, pp. 165 y ss.

³ Existe un amplio consenso científico sobre la idea de que la corrupción en España no es funcionarial sino política, asociada a lo urbanístico y de carácter subnacional, local preferentemente. Ver, por todos, VILLORIA, M.-JIMÉNEZ, F. “La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos” en *Revista Española de Investigación Sociológica*, núm. 138, 2012, pp. 109 y ss.

⁴ La SAP de Barcelona, de 29 de diciembre de 2017 condenaba a CDC por partícipe a título lucrativo por haber obtenido indirectamente de la empresa Ferrovial, a través del Palau de la música de Catalunya, la cantidad de 6.676.105 euros.

⁵ La SAP de Barcelona, de 21 de enero de 2013 condenaba a UDC como partícipe a título lucrativo por haber obtenido una ventaja económica cifrada en 32.825.431 pts.

⁶ La SAN de 17 de mayo de 2018 condenó al PP como partícipe a título lucrativo por cuanto parte de los

Las consecuencias de todo ello son de distintos órdenes y de mucha relevancia. Entre todas ellas merece destacar, sin lugar a dudas, que la implicación de los partidos en casos de corrupción ha generado una importante desafección de la ciudadanía con los partidos. Durante el año 2017 los partidos políticos se mantienen invariablemente entre los tres y cuatro primeros problemas para un porcentaje de ciudadanos que va del 20 al 28,5% mientras que se sitúa en el primer problema para porcentajes entre el 8 y el 10%⁷. En otro orden de consideraciones más de tipo jurídico –que son las que nos interesarán aquí-, es lógico que éstos hayan centrado la atención de las respuestas legislativas de lucha contra la corrupción en los últimos años. Sobre todo, si somos conscientes del contexto del que veníamos.

Tradicionalmente, el ambiguo estatus de los partidos, situado entre lo público y lo privado, ha sido estratégicamente utilizado como se ha querido tanto para maximizar ventajas como para minimizar controles. Su reconocimiento constitucional como “*instrumento fundamental para la participación política*”, otorgándoles funciones públicas de “*formación y manifestación de la voluntad popular*” (art. 6 C.E.) se ha constituido como el argumento *de iure* –avalado por el Tribunal Constitucional⁸- que los propios partidos han utilizado para disfrutar de un sistema privilegiado⁹ de subvenciones públicas¹⁰ y exenciones fiscales¹¹. Sin embargo, por lo que respecta a sus mecanismos de control, han hecho prevalecer su carácter de

fondos obtenidos por el Sr. Correa de las actividades delictivas sirvieron para pagar directa o indirectamente gestos electorales y similares al Partido popular que ascendieron a la cantidad de 245.492 euros.

⁷ Así aparece reflejado en las encuestas del Centro de Investigaciones Sociológicas, barómetros de enero a diciembre: http://www.cis.es/cis/opencm/ES/2_bancodatos/estudios/listaEstudiosYear.jsp?year=2017 [fecha consulta: 17 de junio de 2018]

⁸ Ver, por ejemplo, STC 48/2003, de 12 de marzo. Más adelante volveremos más atentamente sobre esta jurisprudencia.

⁹ A “*status privilegiado*” alude GARCÍA-PANDO, J.J “Las cuentas de la Democracia” en Nieto, A.-Maroto, M. *Public compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*, UCLM, Cuenca, 2014, p. 140.

¹⁰ La LO 8/2007, de 4 de julio sobre financiación de los partidos políticos establece un sistema especial de financiación de estos entes consistente en a) subvenciones para gastos electorales, de acuerdo con la normativa electoral, b) para gastos de funcionamiento que puedan aprobar el Estado, las comunidades autónomas y las corporaciones locales, c) subvenciones extraordinarias para las campañas en caso de referéndum, d) aportaciones para hacer frente a los gastos de los grupos parlamentarios, en sus diversos niveles, incluidos el ámbito local. Según datos recogidos en el último informe de fiscalización del Tribunal de Cuentas, en el trienio 2009-2011 los partidos políticos recibieron subvenciones públicas por un valor de 850.000.000 €. Es más, al margen de los recursos públicos previstos legalmente, en ocasiones las CC.AA. han optado por concederles otras subvenciones al amparo de la Ley General de Subvenciones con ocasión de eventos concretos, cuando está precisamente prohibido en su artículo 4. El trato privilegiado frente a otras asociaciones es evidente [VICENTE, M.E. “Límites y posibilidades de fiscalización de los partidos políticos por parte del Tribunal de cuentas: aspectos técnicos” en Nieto, A. -Maroto, M. *Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*, Cuenca, 2014, p. 255]

¹¹ Ver ampliamente CUBILES SÁNCHEZ-POBRE, P. “La financiación de los partidos políticos. Estudio de su régimen tributario” en *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 143, septiembre 2009. El régimen tributario de los partidos políticos se caracteriza por la exención de rentas del impuesto de sociedades (art. 10 LOFPP): cuotas y aportaciones de los afiliados, subvenciones públicas, donaciones privadas, adquisiciones a título lucrativo, rendimientos obtenidos de actividades propias o procedentes de bienes y derechos que integran su patrimonio.

asociación privada que permite y asegura el menor grado de control y de intervención estatal sobre los mismos.

De otro lado, su prominente posición dentro del sistema institucional, su relación privilegiada con el Estado, que los acaba convirtiendo a la vez en regulador y objeto de regulación, les ha permitido *de facto* diseñar el sistema de ventajas así como el diseño de los mecanismos de control que han deseado. En este estatus jurídico particular han acabado por no someterse ni a la legislación mercantil, ni al derecho administrativo. El resultado de todo ello es que los partidos españoles se han venido excluyendo de cualquier mecanismo eficaz de control tanto público como autorregulativo.

II. Nuevas medidas de lucha contra la corrupción de los partidos

Por eso no es de extrañar que en los últimos años se haya pretendido colmar esta laguna de control con todo un paquete de medidas, más o menos eficaces¹², que van desde la limitación y mayor transparencia de la financiación recibida a través de las donaciones privadas¹³, hasta la reforma del control administrativo externo realizado por el Tribunal de cuentas¹⁴, pasando por la obligación de implantación de instru-

¹² Una valoración del conjunto de estas medidas se ha realizado recientemente en GARCÍA ARÁN, M.-BOTELLA, J. *Responsabilidad jurídica y política de los partidos en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

¹³ La LO 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico financiera de los partidos modificó la LO 8/2007, de 4 de julio sobre financiación de los partidos políticos exigiendo, entre otras medidas, que todas las donaciones privadas se realizaran en cuentas abiertas en entidades de crédito exclusivamente para dicho fin, estableciendo que cuando una donación se haya efectuado en una cuenta distinta, el partido deberá proceder a su traspaso a una cuenta destinada exclusivamente a la recepción de donaciones en el plazo de tres meses desde el cierre del ejercicio. Si bien es cierto que los donantes deben estar expresamente identificados, se ha advertido que esa relación no deviene pública, se remite simplemente al Tribunal de cuentas para su labor fiscalizadora. En cuanto a sus limitaciones, si bien se ha reducido a 50.000 € la cantidad anual permitida para las personas físicas, se ha prohibido las realizadas por quienes tengan un contrato vigente con el sector público y han quedado expresamente prohibidas las de las personas jurídicas y entes sin personalidad jurídica, se ha criticado que las empresas puedan utilizar personas interpuestas para realizar las donaciones y, sobre todo, que el régimen de donaciones previsto para las fundaciones de los partidos excluye el límite de los 50.000 € provenientes de las personas físicas y permite que puedan recibir donaciones provenientes de personas jurídicas. Además se establece que no tendrán la consideración de donaciones las entregas patrimoniales a fundaciones para financiar una actividad o proyecto que se realice como consecuencia de un interés común o derivado del objeto estatutario o societario de ambas entidades (SÁNCHEZ MUÑOZ, O. “La insuficiente reforma de la financiación de los partidos: la necesidad de un cambio de modelo” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 104; VALLÉS, F. en GARCÍA ARÁN, M.-BOTELLA, J. *Responsabilidad... Ob.cit.* pp. 162 y ss.).

¹⁴ De nuevo, la LO 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico financiera de los partidos modificó la LO 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas para permitir que pudiera realizar convenios de colaboración con otros organismos públicos que disponen de información necesaria para llevar a cabo su fiscalización. Sin embargo, se ha advertido que debería disponer de facultades de inspección sobre los partidos, como ya es posible cuando se trata de fiscalización del sector público, así como la aprobación de un plan contable para partidos y fundaciones que permitiera acceder a una información homogénea y clara; sin olvidar cambios en su composición, estructura, medios y desarrollar un régimen sancionador proporcional y suficientemente disuasorio para las terceras entidades o los propios partidos o fundaciones que incumplen las obligaciones de colaborar (RODRÍGUEZ PUERTA, M.J. “Control externo de la actividad económico financiera de los partidos políticos en España: cuestiones a debatir” en *Revista General de Derecho penal*, núm. 28, Madrid,

mentos autorregulativos¹⁵ o el tímido traslado de la lógica de la transparencia a los partidos políticos¹⁶. Como viene siendo habitual en esta dinámica también se ha contado con el control judicial y, más concretamente –¡qué casualidad!-, con el “control judicial penal”. En relación a los partidos políticos dos son los principales instrumentos penales que merecen ser destacados.

De un lado, la incorporación de un específico delito de financiación ilegal de los partidos políticos a través de la *LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el código penal*. De nuevo, esta figura no ha quedado exenta de críticas relativas a su eficacia. Unas relacionadas con la necesidad de la reforma puesto que en el proceso de financiación ilegal se cometían diversos delitos tipificados en el código penal como podían ser falsedades documentales, infidelidad en la custodia de documentos, delitos fiscales, etc.¹⁷. Otras de las críticas vinculadas a las deficiencias de la redacción propuesta tanto por la técnica legislativa utilizada como por las consecuentes conductas que deja fuera de la relevancia penal. En efecto, el hecho de que su estructura típica se construya con una remisión al incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 5 uno y 7 dos de la *LO 8/2007, de 4 de julio sobre la financiación de los partidos políticos* la convierte en una ley penal en blanco¹⁸ y, en consecuencia, deja fuera del tipo penal otros comportamientos de injusto equiparable como la financiación pública ilegal; las donaciones a fundaciones; las operaciones asimiladas como asunción de gastos del partido por un tercero; las condonacio-

2017).

¹⁵ La misma *LO 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico financiera de los partidos* modificó la *LO 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos* obligándoles a adoptar en sus normas internas un sistema de prevención de conductas contrarias al ordenamiento jurídico y de supervisión, a los efectos previstos en el artículo 31 bis del Código Penal, es decir, un “programa de cumplimiento” (compliance) para poder evitar la responsabilidad penal. Además modificó la *LO 8/2007, de 4 de julio sobre financiación de los partidos* exigiendo el nombramiento de una nueva figura, el “responsable de la gestión económico-financiera” cuyas funciones son: a) La elaboración de las cuentas anuales y su presentación ante el Tribunal de Cuentas; b) La supervisión de los responsables de la gestión económico-financiera de nivel autonómico y provincial, si existiesen; c) Las funciones en materia de ordenación de pagos y autorización de gastos que en su caso señalen los estatutos del partido; d) Cualquier otra función que le atribuyan los estatutos o el máximo órgano de dirección del partido. Sin embargo, también se ha advertido como la falta de cultura o tradición autorregulativa está generando muchas resistencias dentro de los partidos (BAUCELLS, J. “Autorregulación y prevención del delito en los partidos políticos” en *Revista General de Derecho penal*, núm. 28, Madrid, 2017).

¹⁶ La *Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno* establece a los partidos políticos en un régimen de transparencia que califico de tímido por estar circunscrito a la transparencia activa –se excluye la posibilidad de que cualquier ciudadano les pueda requerir información- y limitada además a: las funciones que desarrollan, la normativa que les sea de aplicación así como a su estructura organizativa. A estos efectos, incluirán un organigrama actualizado que identifique a los responsables de los diferentes órganos y su perfil y trayectoria profesional (art.6) así como los contratos, los convenios, las subvenciones, el presupuesto, las cuentas anuales, las retribuciones percibidas y las declaraciones anuales de bienes de sus altos cargos (art.7).

¹⁷ Así lo ha venido advirtiendo, entre otros, NUÑEZ CASTAÑO, E. “La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos” en *Revista penal*, núm. 39, 2017, p. 128.

¹⁸ Es unánime la crítica a la redacción del artículo 304 bis CP por parte de la doctrina. Ver por todos, REBOLLO VARGAS, R. “El delito de financiación ilegal de partidos políticos (Problemas interpretativos y atipicidades)” en GARCÍA ARÁN, M.-BOTELLA, J. *Responsabilidad... Ob.cit.* pp. 315 y ss. con referencias a los distintos autores que se han pronunciado al respecto.

nes totales o parciales de deudas a los partidos; o las donaciones de bienes inmuebles¹⁹.

Por otro lado, merece también ser destacada la incorporación de la responsabilidad penal de los partidos políticos a través de la *LO 7/2012, de 27 de diciembre por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre del código penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad social* después de que en la primera incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas [desde ahora RPPJ] en 2010 quedaran expresamente excluidos²⁰. Es fundamentalmente esta polémica reforma la que quiero que constituya el objeto del presente trabajo.

III. La problemática de la responsabilidad penal de los partidos políticos

Tras la introducción de la responsabilidad penal de los partidos políticos, han sido mayoritarias las voces entre la doctrina española que se han opuesto a ella por considerarla, en resumidas cuentas, una medida –que como la mayoría de las tomadas en este ámbito y relatadas anteriormente- venían a desarrollar funciones exclusivamente simbólicas en orden a demostrar que existía una voluntad de lucha contra la corrupción²¹ sin considerar los serios riesgos que tal medida suponía para las relevantes funciones constitucionales que desarrollan estos entes. El objetivo de este trabajo es doble. De un lado, se pretende identificar sistemáticamente todos estos argumentos críticos esgrimidos hasta ahora por la doctrina y analizar detenidamente la solidez de los mismos para, en segundo lugar, realizar las propuestas de interpretación de *lege lata* y de reforma de *lege ferenda* necesarias para conciliar sus ventajas con los riesgos que se juzguen razonables.

¹⁹ En lo que ha venido siendo denominada una “atipicidad relativa” por MAROTO, M. *La financiación ilegal de los partidos políticos. Un análisis político criminal*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 175 y ss. Aunque es cierto que algunas de estas exclusiones no lo son estrictamente por la técnica de ley penal en blanco utilizada, sino por la propia exclusión de la ilegalidad por parte de la Ley de financiación como sucede con la licitud de las donaciones de inmuebles o la financiación de las fundaciones.

²⁰ El artículo 31 bis 5 en la redacción ofrecida por la reforma penal de 2010 establecía literalmente que “*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*”.

²¹ El plan de medidas de regeneración democrática aprobado por el Gobierno del Partido popular en septiembre de 2013 y que dio como resultado la agravación a las sanciones aplicables a las irregularidades cometidas por los partidos; el refuerzo de la rendición de cuentas; las limitaciones en materia de financiación privada que dio lugar a las reformas de la *LO 8/2007, sobre financiación de partidos políticos*, la *LO 6/2002, de partidos políticos*, la *LO 2/1982 del Tribunal de Cuentas* y la *LO 10/1995 del código penal* ha sido duramente criticado por su limitada eficacia, jugando una función claramente simbólica. Ver, un resumen de estas críticas y de alguna referencia bibliográfica en anteriores notas a pie de página 10 a 15.

1. *El reconocimiento constitucional de los partidos y la necesidad de discriminar entre sus funciones constitucionales y privadas*

El reconocimiento constitucional de los partidos y, de otro lado, las relevantes funciones públicas y constitucionales que se le otorgan, ha venido siendo tradicionalmente el principal argumento para aparecer excluidos del listado de entes responsables penalmente, es decir, para fundamentar su inviolabilidad penal²². En efecto, el art. 6 CE reconoce constitucionalmente la figura de los partidos políticos, quedando definidos por dicho precepto como sujetos que “*expresan el pluralismo político*”, y se les atribuye, asimismo, la función constitucional de concurrir a “*la formación y manifestación de la voluntad popular*”, siendo, por todo ello, considerados como “*instrumento fundamental para la participación política*”²³. Vamos por partes.

1.1. *El reconocimiento constitucional de los partidos políticos*

Cuando se introdujo la RPPJ en 2010 existió un amplio consenso doctrinal en que mientras las personas jurídicas del derecho privado podían incurrir en responsabilidad penal, no lo podían hacer las personas jurídicas de derecho público –los representantes del Estado- bien porque el Estado no puede castigarse a sí mismo, bien por exigencia del principio de división de poderes²⁴. Este fue el argumento que algunos autores manejaron para justificar la exclusión de los partidos del régimen general de la RPPJ al considerar que desempeñan “una función pública cuasi estatal motivo, por el cual, (...) pueden considerarse Estado”²⁵. Otros recurrieron directamente a la razón de Estado²⁶.

²² Con estos argumentos se manifestaron respecto al código penal de 2010, p.ej., QUINTERO OLIVARES, G. “La regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema adoptado por el Código penal”, en Fiscalía General del Estado, *Curso sobre las incidencias de la reforma del Código penal en la Parte General*, Madrid, 2011, pp. 20-21; DEL MORAL, A. “Responsabilidad penal de los partidos políticos”, inédito, citado en MAZA, J.M. *Delincuencia electoral y responsabilidad penal de los partidos políticos*, La Ley, Madrid, 2018, p. 395, nota 4; o el mismo MAZA, J.M. *Delincuencia electoral... Ob.cit*, p. 399. En esa línea también intervino la diputada del Grupo socialista que votó en contra de su introducción, la Sra. Valero Cordero al afirmar “consideramos que se está intentando criminalizar a partidos políticos y sindicatos que son instituciones fundamentales previstas en la Constitución (...) que son vertebradores de la participación política y social”. Ver *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, Cortes Generales, Comisiones, Año 2012, X Legislatura, núm. 207, sesión del 7 de noviembre de 2012, p. 23.

²³ Al margen del tenor literal del art. 6 CE, ésta ha sido la interpretación realizada por el propio Tribunal constitucional. Ver, p.ej., STC 75/1985, de 21 de junio.

²⁴ Así se pronunció, p.ej., MORALES PRATS, F.-CARBONELL MATEU, J.C. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas” en Álvarez García, F.J.-González Cussac, J.L. (Dir.) *Comentarios a la Reforma penal de 2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 78.

²⁵ Así GÓMEZ-JARA, C. “Sujetos sometidos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en BANACLOCHE, ZARZALEJOS, GOMEZ JARA (Coord.) *Responsabilidad penal de personas jurídicas: aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, Madrid, 2011, p. 53 aunque debe reconocerse que con reservas por considerarse que esa conclusión se alcanzaba en sentido tan “laxo como probablemente impropio”.

²⁶ Es el caso de BURGOS LADRÓN, J. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos procesales” en *Diario La Ley*, núm. 7625, 2011 quien la fundamenta “quizás en la ratio de estado”.

En mi opinión, y siguiendo al propio Tribunal Constitucional²⁷, debe partirse de la consideración de que ese reconocimiento constitucional no otorga a los partidos políticos ni la naturaleza de órganos del Estado, ni tan siquiera la naturaleza de poderes públicos. Considero que no existe en estas entidades de naturaleza asociativa privada ningún elemento que permita *formalmente* discriminarlas de otros entes privados sin ánimo de lucro que están sujetos a responsabilidad penal. Jurídico-formalmente –o en otras palabras, desde su naturaleza constitucional– los partidos políticos no dejan de ser asociaciones como recuerda el preámbulo de la LO 6/2002, de 27 de junio de *partidos políticos* que se refiere a ellos como “*entes privados de base asociativa*” o “*asociaciones políticas*”. Por otra parte, insisto, también ha sido de esta opinión el propio Tribunal constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al reconocer que “*los partidos políticos son formas asociativas que se enmarcan dentro del ámbito de protección del derecho de asociación*”²⁸.

1.2. *Las funciones públicas que desarrollan*

Otra reflexión distinta merece el argumento de que sin ser poderes públicos, los partidos ejercen funciones públicas de relevancia constitucional y que es a través de esta fundamentación que sería posible justificar su inviolabilidad penal. Ya con la reforma penal de 2012 en vigor, TERRADILLOS llegó a afirmar que si se deseaba mantener un mínimo de coherencia valorativa y política, no se podía excluir la responsabilidad criminal de sujetos asociativos o institucionales en razón de los intereses generales que representan (refiriéndose, p.ej., a los organismos reguladores o entidades públicas estatales que habían quedado excluidas de tal responsabilidad en la misma LO 7/2012) y exigírsela a partidos que, constitucionalmente, tenían atribuidas funciones de interés superior²⁹.

Por lo que se refiere al que podríamos llamar *fundamento material* de la discriminación, considero que la cuestión está mal planteada de principio pues debe reconocerse en los partidos políticos una pluralidad de funciones y, en consecuencia, es necesario discriminar en la argumentación a partir de la naturaleza jurídica de las funciones desarrolladas. Ciertamente, los partidos políticos desarrollan algunas funciones públicas de una relevancia constitucional indiscutible, pero

²⁷ Ver STC 56/1995, de 6 de marzo afirmándose que los partidos no reúnen todas las notas características para ser conceptuados como un poder público. En la misma línea que el Tribunal constitucional alemán quien después de una primera fase en la que equiparó los partidos a órganos constitucionalmente organizados, matizó más tarde que no son órganos del Estado (sobre esta cuestión GARCÍA PELAYO, M. *El Estado de los partidos*, Alianza, Madrid, 1986, pp. 67 y ss.).

²⁸ Ver, por todas, STC 138/2012, de 20 de junio y STEDH de 25 de mayo de 1998 (caso partido socialista vs Turquía).

²⁹ En TERRADILLOS, J. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas” en Dopico Gómez, J.-Aller (Coord), Álvarez García, F.J. (Dir.) *Estudio Crítico Sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, Valencia, Tirant lo blanch, 2013, p. 173.

también desarrollan muchas otras que se mueven en el ámbito estrictamente privado e incluso mercantil. En mi opinión, el fundamento de la inviolabilidad penal de los partidos existiría sólo cuando –según lo previsto en el art. 6 CE- “concurran a la formación y manifestación de la voluntad popular”, esto es, cuando la responsabilidad penal derive de actos para plasmar esa voluntad popular, por lo que debe afirmarse que fuera de tales supuestos los partidos no manifiestan más que su propia voluntad en cuanto asociación privada³⁰. Y en esa actividad privada, la realidad de las hemerotecas y la crónica judicial de este país se empeñaba a demostrar que los partidos políticos españoles podían cometer delitos contra intereses generales.

Precisamente por ello, con anterioridad a la reforma de 2012, algún autor incluso llegó a plantear una interpretación teleológica del artículo 31 bis que restringiera la exclusión de la responsabilidad penal de los partidos sólo cuando actuaran “hacia el exterior”, esto es, cumpliendo su fin constitucional y entendiéndolo que si se les llegara a exigir responsabilidad criminal en estos casos, se pondría en peligro la división de poderes y se privaría a la sociedad de su cometido constitucional. Pero no podría decirse lo mismo cuando los partidos actuaran “hacia el interior”, esto es, para hacer posible su propio funcionamiento o financiación³¹. En palabras de ZUGALDÍA cuando los partidos actúan “adoptando ese rol de agentes de la vida económica, tienen que hacerlo con todas las consecuencias y al margen de cualquier privilegio. No debe olvidarse que es difícil encontrar un caso de corrupción política en el que no esté por medio, directa o indirectamente un partido político y que el hecho de otorgarle un privilegio en este ámbito –ajeno a sus fines constitucionales- carece totalmente de justificación”³². Esta distinción entre relevantes funciones constitucionales y egoístas roles económicos deberá –como veremos más adelante- fundamentar la aplicación del art. 31 bis a los partidos políticos y orientar cualquier reforma legal de esta institución.

2. La limitación de los riesgos de utilización política

Otro de los argumentos críticos empleados por la doctrina se centra en los riesgos de utilización política de esta institución para intervenir sobre los partidos políticos³³. De nuevo TERRADILLOS llamaba la atención sobre “*el riesgo de*

³⁰ Este argumento que sirve a ROMERO FLORES, B. *Partidos políticos y responsabilidad penal. La financiación electoral irregular*, Atelier, Barcelona, 2005, p. 58 para resolver la naturaleza jurídica de los partidos creo que también puede ser definitivo para zanjar la discusión sobre la inviolabilidad penal por las funciones desarrolladas.

³¹ ZUGALDÍA, J.M. “La responsabilidad criminal de los partidos políticos y los sindicatos” en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 11, 2014, p. 368.

³² ZUGALDÍA, J.M. “La responsabilidad criminal de los partidos políticos y sindicatos” en ZUGALDÍA-MARIN DE ESPINOSA (Dir.) *Aspectos prácticos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Cizur menor, 2013, p. 134.

³³ Así lo advirtió DEL MORAL, “Responsabilidad penal...” en *Ob.cit.* p. 3 considerando que su previa ex-

*ampliar la intervención criminalizadora en ámbitos especialmente sensibles, como el de la libertad de actuación política –que en democracia deben ser potenciados y no restringidos–*³⁴. En cierto modo, este fue siempre también un argumento recurrente en el debate doctrinal sobre si los partidos podían venir siendo considerados asociación u organización criminal³⁵. Sin duda, la crisis de calidad democrática por la que atraviesa en estos momentos España y el abuso con fines políticos de todos los agentes e instrumentos jurídicos que se tienen al alcance –especialmente los penales– para derribar al rival político, reflejan la gravedad de estos riesgos e insinúan este argumento como el más atendible de todos los utilizados hasta ahora para criticar la responsabilidad penal de los partidos.

Sin embargo, y pese a esos riesgos, creo que no puede valorarse una institución penal por el eventual y mal uso interesado que pueda hacerse de ella. Creo que si se quiere ser cauto con estos riesgos, no debe negarse completamente la opción de que los partidos políticos puedan ser responsables políticos, sino establecer las limitaciones que, sin impedir las ventajas político-criminales que pueden obtenerse con ella, las concilien con el importante rol de representación política que la constitución les ha asignado. Partiendo de la distinción entre funciones públicas y privadas acabadas de apuntar en el epígrafe anterior, considero que estos límites pueden situarse en dos puntos.

2.1. *A través del listado de numerus clausus*

En primer lugar, el *numerus clausus* del sistema de RPPJ no recoge expresamente responsabilidad penal por delitos que puedan cometerse en el ejercicio de la actividad política de un partido político como la manifestación, la huelga, la libertad de expresión o la participación política, en general. Los delitos contra el honor y el orden público están fuera del catálogo de delitos susceptibles de atribución de esta responsabilidad. Además, difícilmente estos delitos se cometerán “*en nombre o por cuenta de*” los partidos políticos “*y en su beneficio directo e indirecto*” tal y como exige el artículo 31 bis CP. Y ello, de *lege ferenda*, debe continuar siendo así. Cualquier intento de ampliar este *numerus clausus* para extenderlos a este ámbito de delitos creo que chocaría frontalmente con el artículo 6 CE.

clusión era prudente pues “*la posibilidad de exigirles responsabilidad penal es una fácil tentación para judicializar la vida política*”.

³⁴ TERRADILLOS BASOCO, J. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas” en *Ob.cit.*, p. 173 refiriéndose explícitamente a las palabras del Ministro de Justicia pronunciadas el 31 de octubre de 2012, dos días después de una jornada de huelga general, proponiendo acabar con el “*privilegio*” (sic) que suponía la exclusión de los sindicatos del régimen general de responsabilidad penal, dos días después que el Ministro del interior anunciara que los sindicatos responderían por los delitos cometidos por sus afiliados en manifestaciones convocadas por ellos.

³⁵ Entre otros BRANDARIZ, J.A. “Asociaciones...” en *Ob.cit.* p. 735 afirmaba “cabe ser muy estrictos a la hora de valorar la tipicidad de los grupos que realizan parte de su actividad de forma lícita, y que cumplen funciones sociales de cualquier género (v.gr. de participación política), por mucho que en algún momento se planteen la realización de comportamiento ilícitos”.

En cambio, sorprende que una vez decidido ampliar el catálogo de entes susceptibles de ser responsables penales a los partidos, no se hayan incorporado a ese listado delitos en los que los partidos, por definición, pueden cometer prácticas de corrupción económica. Nos referimos a los delitos electorales previstos en la LOREG. Como ya se ha advertido, supone un olvido que debería ser corregido de *lege ferenda*³⁶. Sin embargo, una vez más, la remisión no debería ser completa. El criterio para esa selección debe guiarse discriminando entre delitos económicos vinculados a las actividades privadas y los que se pudieran generar por las funciones políticas. Así, considero que debería limitarse exclusivamente al delito de falseamiento de cuentas electorales (art. 149 LOREG) y de apropiación indebida de cuentas electorales (art. 150 LOREG).

De lo que se trata es de no perder de vista que la responsabilidad penal de las personas jurídicas va referida a la prevención de la criminalidad económica y la corrupción³⁷ para con ello, no ampliar los supuestos de RPPJ a tipos delictivos que superen este ámbito e impliquen, en consecuencia, la criminalización de la función estrictamente política de los partidos.

2.2. A través de las consecuencias jurídicas

En segundo lugar, no debe olvidarse que la pena ritual en el sistema de RPPJ es la pecuniaria. Debe tenerse en cuenta que para la imposición de las penas más afflictivas previstas en el art. 33.7 CP (disolución del partido, suspensión temporal de sus actividades, inhabilitación para subvenciones...) deberá atenderse a una serie de criterios taxativos previstos en el art. 66 bis CP), a saber, a) la necesidad para prevenir la continuidad delictiva o sus efectos; b) sus consecuencias económicas o sociales y c) el puesto que en la estructura ocupe la persona física u órgano que incumplió el deber de control. Es decir, de *lege lata*, la medida de la disolución deberá ser considerada por los jueces penales como una medida excepcional a imponer a los partidos políticos, más excepcional si cabe que las empresas³⁸, dejándose exclusivamente para supuestos muy graves. Probablemente sólo y únicamente para –siguiendo los criterios previstos en el art. 66 bis CP- supuestos donde exista en el partido una estructura claramente criminógena, sin ningún tipo de cultura de cumplimiento y con varios cargos dirigentes del mismo responsables de hechos criminales. En efecto, si un partido político en lugar de tener decenas de miembros investigados por corrupción, los tuviera condenados -y entre ellos algunos que ocupan o han venido ocupando puestos muy relevantes en su estructura-, no se alcanza a ver por qué un juez penal no los podría disolver como otros partidos

³⁶ MAZA MARTÍN, J.M. *Delitos electorales...* *Ob.cit.* p. 411 y ss.

³⁷ ZUGALDÍA, J.M. “La responsabilidad criminal de los partidos políticos y los sindicatos” en *Ob.cit.* p. 377.

³⁸ Sobre la pena de disolución y los criterios para aplicarla ver BAUCELLS, J. “Las penas previstas para las personas jurídicas en la reforma penal de 2010. Un análisis crítico” en *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXIII, 2013, pp. 202 y ss.

se han autodisuelto y refundado voluntariamente cuando se han visto salpicados por casos cualitativamente similares.

De todos modos, ante la tendencia del legislador a ir ampliando el listado de *numerus clausus*³⁹ y para asegurar al máximo los riesgos del derecho penal sobre la función democrática que desarrollan los partidos, considero que de *lege ferenda* sería imprescindible, en primer lugar, bloquear la posibilidad de que se impusiera la disolución como consecuencia para la responsabilidad penal de los partidos. En realidad, esta posibilidad ya existe en el código penal vigente para las “*sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general*” que, tras la reforma de la LO 1/2015 (art. 31 quinqués 2 CP)⁴⁰ también son susceptibles de ser declaradas responsables penalmente, pero limitando las sanciones aplicables a la multa o la intervención judicial. Ni es coherente ni se alcanza a comprender las razones del por qué tales entidades reciben semejante trato singular y no los partidos políticos que desarrollan funciones públicas más relevantes. En consecuencia, creemos que la disolución de un partido político debería quedar reservada a los supuestos, el procedimiento y el aforo especial que prevé el art. 10 y concordantes de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos⁴¹.

Es más, creo que para el caso de los partidos políticos el *status* de protección frente a injerencias políticas debería ser más fuerte que el de las sociedades mercantiles públicas y eliminarse también la pena de intervención judicial. Y no sólo por “las nocivas consecuencias que para la existencia misma del partido podrían suponer”⁴², sino fundamentalmente por el riesgo de control judicial de la actividad exclusivamente política del partido. En definitiva, de *lege ferenda* debería reservarse para ellos exclusivamente la pena de multa.

³⁹ Ver recientemente, Proposición de ley sobre represión penal de la financiación ilegal de los partidos políticos (orgánica) presentada por el Grupo mixto de Modificación del artículo 304 ter de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en *Boletín oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los diputados, XII Legislatura, 7 de abril de 2017 con el propósito de añadir un apartado 4 con el que colmar el “vacío legal que permite la continuidad de aquellas organizaciones políticas que probadamente se hubieren beneficiado de la actividad de estructuras montadas en su seno al objeto de procurarles financiación por vías ilegales”. Es decir, permitir la disolución del partido político responsable por la comisión del delito del art. 304 ter que ahora queda excluido del *numerus clausus* del art. 31 bis. Disponible en http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-115-1.PDF [consulta: 21 de julio de 2018].

⁴⁰ Este artículo dispone: “En el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) (multa) y g) (intervención judicial) del apartado 7 del artículo 33. Esta limitación no será aplicable cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal”.

⁴¹ Ampliamente sobre esta cuestión GIMENO BEVIÀ, “Problemas que plantea el enjuiciamiento penal de los partidos políticos” en *Revista General de Derecho procesal*, núm. 43, 2017 destacando como esta doble regulación produce una cierta contradicción entre el código penal y las leyes que tradicionalmente han regulado la disolución de los partidos.

⁴² En ese sentido, se ha pronunciado literalmente MAZA MARTÍN, J.M. *Delitos electorales...Ob.cit.* p. 408-409 para proponer la eliminación de la pena de intervención judicial.

En cualquier caso, las reformas deberían alcanzar también a las medidas cautelares pues es cierto que la mera imputación de un partido político como presunto responsable de un delito ya conllevaría que el juez de instrucción pudiera decretar como medida cautelar la suspensión de sus actividades, la clausura de locales e incluso la intervención judicial del mismo⁴³.

3. La eficacia puede imponerse a las funciones simbólicas

El tercer argumento utilizado en contra de la introducción de la responsabilidad penal para los partidos ha sido que la única razón expresada por el legislador ha sido, no tanto el de luchar eficazmente contra la impunidad de los partidos, sino contra la “*percepción social de impunidad*”. En efecto, el único argumento utilizado en la Exposición de motivos para justificar su inclusión dentro del régimen general de responsabilidad penal de las personas jurídicas es que, literalmente, “*de este modo se supera la percepción de impunidad de estos actores de la vida política que trasladaba la anterior regulación*, y se extiende a ellos, en los supuestos previstos por la ley, la responsabilidad por las actuaciones ilícitas desarrolladas por su cuenta y en su beneficio, por sus representantes legales y administradores, o por los sometidos a la autoridad de los anteriores cuando no haya existido un control adecuado de los mismos”⁴⁴. Con ello, interpreta TERRADILLOS que el legislador “*una vez más se decanta por una respuesta penal eminentemente simbólica*”⁴⁵.

Con este argumento debo coincidir en que esta reforma representa un ejemplo más de la tendencia a recurrir al derecho penal para desarrollar determinados efectos comunicativo-sociales -en este caso de comunicar que los poderes públicos hacen todo lo posible por luchar contra la corrupción⁴⁶- por encima de las legítimas funciones instrumentales de prevención. Esta crítica ha llegado también desde el “populismo punitivo”. Así, debo recordar que en el debate sobre la exigencia de responsabilidad penal a los partidos, el Grupo socialista votó en contra por considerar precisamente que “*es un caso evidente de populismo punitivo y no una medida en absoluto para la regeneración de la vida política*”.⁴⁷ En realidad, como apun-

⁴³ Así CAMACHO VIZCAÍNO, A. -CORTÉS LABADÍA, J.P. “Partidos políticos y RPPJ” en *Diario La Ley*, 8586, 2015, p. 7.

⁴⁴ Ver punto II de la Exposición de motivos de la *Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social*, en <https://www.boe.es/boe/dias/2012/12/28/pdfs/BOE-A-2012-15647.pdf> [consulta: 20.7.2018]. El subrayado es mío.

⁴⁵ Así TERRADILLOS BASOCO, J.M. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Ob. cit.*, p. 172.

⁴⁶ En relación a ese mensaje comunicativo de lucha contra la corrupción cabe recordar que en las enmiendas presentadas por UPyD al debate de la LO 7/2012 se argumentaba que esta exención de responsabilidad penal constituía “*un privilegio injustificado que no colabora en absoluto a la regeneración democrática ni combatir la corrupción política de nuestro país*” [*Boletín oficial de las Cortes Generales*. Congreso de los Diputados, X Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, 5 de noviembre de 2012, p. 15].

⁴⁷ Intervención de la Sra. VALERO CORDERO [*Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisiones, Año 2012, X Legislatura, núm. 207, Justicia, Sesión del 7 de noviembre de 2012, p. 23].

tamos en su momento, todo el plan de medidas de regeneración democrática aprobado por el Gobierno del Partido popular en septiembre de 2013 ha sido criticado por su alto contenido simbólico⁴⁸.

Coincido también con estos autores en que, al hacerlo, el recurso al derecho penal sirve de coartada para no profundizar en otros mecanismos de control formales –o incluso informales- que pueden llegar a ser más eficaces que el derecho penal⁴⁹.

Sin embargo, considero que –más allá de estas funciones simbólicas- la introducción de la responsabilidad penal de los partidos políticos puede llegar a desarrollar eficaces funciones instrumentales de prevención delictiva que, por sí solas ya justificarían esta novedad.

Para empezar, su correlativa eximente de responsabilidad penal por contar con modelos de organización y gestión para prevenir delitos –los llamados “programas de cumplimiento”- (art. 31 bis 2 CP)⁵⁰ abre una oportunidad para desarrollar la lógica *compliance* dentro de estos entes. Sin que existan en España estudios criminológicos sobre las causas de la criminalidad en los partidos políticos, creo que podría trasladarse al fenómeno todas las conclusiones alcanzadas por el estudio de la criminalidad en la empresa. La criminalidad dentro de los partidos –como en las empresas- no es sólo un problema de “manzanas podridas” como algunos pretenden. Se explica por aspectos estructurales, fundamentalmente por una anomia de valores de cumplimiento de la legalidad y por la ausencia de mecanismos de control dentro de estas estructuras que aseguran la más absoluta impunidad de estas conductas⁵¹. Todos ellos, déficits frente a los cuales estos mecanismos internos (códigos éticos, protocolos de prevención delictiva, canales de denuncia, sanciones disciplinarias,...) podrían ser mucho más eficaces incluso que el derecho penal. Si las causas de la corrupción en los partidos pueden ser parecidas a las de la crimina-

⁴⁸ Ver *supra* nota a pie 18.

⁴⁹ TERRADILLOS BASOCO, J.M. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas” en *Ob.cit.*, p. 175 cita entre otros “*ámbitos de actuación policial poco eficaz o condicionada por la corrupción, mecanismos pre-penales de inspección y control inadecuados o contaminados, ausencia de voluntad política de investigación, falta de adecuación de los cauces del proceso penal, recurso arbitrario a indultos no justificables, etc.*”. Posteriormente ha tenido la oportunidad de profundizar en estos mecanismos extrapenales para afrontar la corrupción en J. TERRADILLOS BASOCO, “Corrupción, globalización y derecho penal económico” en E. Demetrio Crespo-N. González Cuéllar (Dir.) *Halcones y palomas: corrupción y delincuencia económica*, Madrid, Castillo de Luna, 2015, pp.15 y ss.

⁵⁰ El art. 31 bis 2 C.P. establece como causa de exención de la responsabilidad penal de las personas jurídicas el haber “*adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión*”. Es decir, haber implementado programas de cumplimiento eficaces para la prevención delictiva.

⁵¹ Sobre esas explicaciones criminológicas ver NIETO, A. “Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de personas jurídicas” en Nieto, A. (Dir.) *Manual de cumplimiento penal de la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 50-61 o BAUCCELLS, J. “Sistema de penas para el delincuente económico” en *Cuadernos de política criminal*, núm. 107, 2012, especialmente pp. 143-155. Poniendo atención en estos factores de riesgo y protección, recientemente GONZÁLEZ GARCÍA, A. “Situación actual, prevención e intervención criminológica en la delincuencia de cuello blanco” en Fernández Bermejo, D.- Mallada, C. (Dir.) *Delincuencia económica*, Aranzadi, Cizur menor, 2018, especialmente pp. 759 y ss.

alidad dentro de las empresas, tiene mucho sentido extender el instrumento del *compliance* a los partidos.

Por otra parte, en un contexto tan deficiente de autorregulación como el de los partidos políticos, la introducción de su responsabilidad penal –y sobre todo, la de su exención por contar con “programas de cumplimiento”– puede promover la implementación de los mecanismos de prevención y reacción de la actividad delictiva en su interior. En otras palabras, puede servir de oportunidad para que los partidos políticos, definitivamente implanten una cultura de cumplimiento normativo en su interior y ayuden al Estado en la tarea de prevenir, detectar y sancionar los comportamientos delictivos que tienen lugar en su sede. Algo parecido ha sucedido en las grandes empresas españolas con la introducción de la responsabilidad penal desde la reforma penal del 2010. Aunque no haya dado lugar a demasiadas sentencias, la mayoría de ellas han implantado ya programas de cumplimiento⁵². Si los partidos políticos quieren evitar su responsabilidad penal deberán empezar a tomarse en serio el diseño de programas de cumplimiento hasta el momento prácticamente inexistentes.

Un reciente trabajo de investigación ha demostrado que los principales partidos políticos españoles restringen su cultura de cumplimiento al diseño de algunos limitados códigos éticos de exclusivo carácter simbólico y a la elaboración de la auditoría interna de contenido exclusivamente económico-financiero. En este momento, todos ellos están en riesgo de responsabilidad penal puesto que además de los déficits que presentan los acabados de apuntar, no reúnen los requisitos que el código penal considera imprescindibles para que los programas de cumplimiento puedan desarrollar un efecto eximente. A saber, el nombramiento de un órgano o responsable de cumplimiento con poderes autónomos de iniciativa y de control, un responsable de cumplimiento (art. 31 bis 2,2^a); un buen diseño de mapa de riesgos delictivos (art. 31 bis 5,1^a); un detallado diseño de protocolos o procedimientos de prevención de delitos (art. 31 bis 5,2^a) entre los cuales destacaría la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos, así como el diseño de mecanismos de denuncia y sanción (art. 31 bis 5, 4^a)⁵³.

En tercer lugar, la relación privilegiada que los partidos en España mantienen con el poder legislativo y la Administración⁵⁴ sitúa al poder judicial –y en concreto, al juez penal- probablemente como el más independiente, imparcial y eficaz para el control de su actividad. Podría alegarse al respecto que existirían mecanismos

⁵² Desde este punto de vista NIETO, A. “El artículo 31 bis del código penal y las reformas sin estreno” en *La Ley*, núm. 8248 de 11 de febrero de 2014 considera que sin lugar a dudas la reforma de 2010 ha sido una reforma con impacto y que en absoluto constituye Derecho penal simbólico.

⁵³ Detalladamente sobre las limitaciones de los programas de cumplimiento en los cuatro principales partidos españoles (PP, PSOE, Podemos y C’s) ver BAUCCELLS, J. “Autorregulación...” en *Ob.cit.*

⁵⁴ Sobre el fenómeno de la “instrumentación de las Instituciones” por parte de los partidos, ver recientemente PORTERO MOLINA, J.A. “Crisis del estado de partidos e instrumentación de las Instituciones” en C. Garrido López-E. Sáenz Royo (coord.) *La reforma del Estado de partidos*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

alternativos al derecho penal para incentivar el desarrollo de estos programas. Sin embargo, la realidad de los partidos españoles se resiste a llegar a esta conclusión. No ha existido, ni existe actualmente una cultura de autorregulación en los partidos españoles. Ni tan sólo cuando el legislador de 2015 obligó expresamente a los partidos la obligación de “adoptar en sus normas internas un sistema de prevención de conductas contrarias al ordenamiento jurídico y de supervisión”⁵⁵, consiguió estimular su desarrollo. Además visto el limitado éxito contramotivador que han tenido las sanciones administrativas impuestas por el Tribunal de cuentas, se refuerza la necesidad de recurrir al derecho penal para estimular los mecanismos de autorregulación. En definitiva, creo que –en la línea argumental de la enmienda a la LO 7/2012 que la introdujo- “la inclusión de los partidos políticos y sindicatos en el régimen de la responsabilidad de las personas jurídicas colaborará sin duda para que los mismos empiecen a cumplir los deberes que objetivamente le competen de persecución de la lacra de la corrupción, tales como el establecimiento de filtros y medidas necesarias para erradicar a los corruptos de sus listas electorales, la creación de protocolos de minimización de riesgos delictivos y códigos de ética y conducta de sus cargos públicos y de sus responsables orgánicos (extendiendo la responsabilidad social corporativa a sus propias organizaciones) y la denuncia y persecución activa de tales conductas en el caso de producirse, en vez de ocultar, silenciar o justificar su existencia”⁵⁶.

Estas reflexiones nos llevarían a un excursus. En un contexto de desafección de la ciudadanía respecto a los partidos, la implementación de estos modelos de cumplimiento dentro de los partidos trascendería las consecuencias penales. No sólo les permitiría gozar del valor reputacional que pueden llegar a otorgar estos instrumentos, sino que también deberían utilizarse como una oportunidad para avanzar en la tan necesitada democratización del funcionamiento interno de los partidos. En ese sentido, en otro lugar, ya se ha desarrollado como se debería avanzar hacia un modelo de “contabilidad comunicacional” y de “elaboración participativa” de todos estos instrumentos⁵⁷.

⁵⁵ En la reforma introducida por la Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo de control de la actividad económico-financiera de los Partidos Políticos se modifica el artículo 9 de la Ley de partidos en el que se establece literalmente que “Los partidos políticos deberán adoptar en sus normas internas un sistema de prevención de conductas contrarias al ordenamiento jurídico y de supervisión, a los efectos previstos en el artículo 31 bis del Código Penal”.

⁵⁶ Así se refleja en la última enmienda presentada por UPyD a la LO 7/2012 en *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, X Legislatura, Serie A, Proyectos de ley, 5 de noviembre de 2012, p. 16. En sentido parecido al aquí defendido se ha pronunciado también entre la doctrina MAROTO, M. *La financiación ilegal... Ob.cit.* p. 333 o FEIJÓO SÁNCHEZ, B. *El delito corporativo en el Código penal español*, Aranzadi, Cizur menor, 2016, p. 75. Otros autores más críticos con la extensión del régimen del art. 31 bis a los partidos, acaban reconociendo que “sin duda traerá beneficios: la amenaza de sanción penal debe erigirse en un fuerte mecanismo disuasorio para estas prácticas indeseables en las organizaciones políticas” [DEL MORAL, A. “Responsabilidad penal...” *Ob.cit.* p.3.

⁵⁷ Ampliamente sobre los déficits democráticos y participativos de los instrumentos internos de prevención delictiva en los partidos y sus posibilidades de mejora se ha pronunciado BAUCELLS, J. “Autorregula-

Ahora bien, para que estas funciones instrumentales o materiales puedan imponerse plenamente a las comunicacionales o simbólicas sería necesario que nuestros tribunales reconsideraran el modo cómo ha venido siendo interpretado y aplicado el artículo 31 bis CP hasta el momento. Sólo así creo que podemos superar el riesgo de que desarrolle funciones exclusivamente simbólicas. Muy sucintamente, quiero referirme a (1) la atribución de la carga de la prueba de la eximente a la acusación y (2) a los peligros de cómo se valore la eficacia de los mismos para otorgarles efecto eximente.

3.1. *La carga de la prueba de la eficacia de los modelos de gestión y control internos*

El Tribunal Supremo considera que la concurrencia de esta eximente excluye “*el tipo objetivo, (...) puesto que la exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría, por el contrario, el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, complementario de la comisión del ilícito por la persona física*”. La consecuencia práctica trascendental de esta interpretación es que la acreditación de la inexistencia de modelos de organización y gestión eficaces corre a cargo de la acusación⁵⁸. El principal problema de esta jurisprudencia –ya advertido por la doctrina⁵⁹– es que si la acusación no es capaz de demostrar la ausencia de medidas eficaces de prevención de delitos, no se llegará a abrir la causa penal o, de abrirse, ésta puede quedar sobreesaída en un estadio muy temprano de las diligencias de investigación, por no ser el hecho penalmente relevante. Y ello conducirá a la práctica inaplicación de condenas penales, ante la dificultad que las acusaciones desde fuera y sin los conocimientos del funcionamiento interno de las empresas y partidos tendrán para demostrar la ineficacia de las medidas.

Creemos que no sería deseable que se consolidara jurisprudencialmente este criterio. Sobre todo, porque ni dogmática, ni atendiendo al tenor literal de la regulación propuesta por el código penal es inevitable llegar a esta conclusión. Más que en la exclusión de la tipicidad del hecho, la culpabilidad o la punibilidad⁶⁰, conside-

ción...” en *Ob.cit.*

⁵⁸ STS núm. 154/2016, de 29 de febrero. En la misma línea se pronunció algo más tarde en STS núm. 221/2016, de 16 de marzo.

⁵⁹ DEL ROSAL, B. “Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTS 154/2016 y 221/2016 y sobre la Circular núm. 1/2016 de la Fiscalía General del Estado” en *Diario La Ley*, N° 8732, Sección Doctrina, 1 de Abril de 2016, Ref. D-133, p. 5.

⁶⁰ La Fiscalía General del Estado ha considerado que “*la construcción remite inequívocamente a la punibilidad y a sus causas de exclusión. Concurrentes en el momento en el que la persona física comete el delito y transfiere la responsabilidad a la persona jurídica, los modelos de organización que cumplen los presupuestos legales operarán a modo de excusa absoluta, como una causa de exclusión personal de la punibilidad*”. La principal consecuencia de esta configuración es que “*atañe a la persona jurídica acreditar que los modelos de organización y gestión cumplen las condiciones y requisitos legales*” para exonerar de responsabilidad. Ver *Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por la Ley orgánica 1/2015*, p. 56.

ro dogmáticamente posible y preferible que la eximente se fundamente más bien en la exclusión del *injusto* por ausencia de “*defecto de organización*”⁶¹. Y, en cualquier caso, coincidimos con los votos particulares de la Sentencia aludida en que “*lo cierto es que el Legislador establece expresamente esta exención, y la configura en unos términos muy específicos, cuya concurrencia deberá comprobarse en cada caso*”. No hay por ello razón “*que justifique alterar las reglas probatorias aplicables con carácter general para la estimación de circunstancias eximentes, imponiendo que en todo caso corresponda a la acusación la acreditación del hecho negativo de su no concurrencia. No se exige en un homicidio que el Ministerio Fiscal acredite sucesivamente que no concurre legítima defensa, ni estado de necesidad, ni miedo insuperable, salvo que alguna de estas circunstancias se haya alegado expresamente y conste una base razonable para su apreciación*”. En cuanto pretensiones obstativas de la responsabilidad, y una vez acreditada la concurrencia de los elementos integradores del tipo delictivo objeto de acusación, corresponde a quien las alega aportar una base racional suficiente para su apreciación, y en el caso de que no se constate su concurrencia, la consecuencia no es la exención de responsabilidad penal sino la plena asunción de la misma (STS 1068/2012, de 13 de noviembre, entre otras muchas)”.

3.2. La valoración del carácter eficaz de estos programas

Existe una segunda cuestión importante para acabar de valorar la aplicabilidad práctica de la RPPJ y sobre la cual la jurisprudencia no se ha pronunciado todavía, a pesar de ser una cuestión que la doctrina viene considerando clave para aplicar la eximente⁶². Nos referimos al criterio que debe utilizarse para valorar si se han adoptado y ejecutado de forma *eficaz* modelos de organización y gestión que incluyan las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. Que la introducción de la responsabilidad penal de los partidos políticos se haga en un contexto tan proclive históricamente a legislar y ejecutar lo legislado a favor de los partidos, invita a sospechar que los programas de cumplimiento acaben siendo simplemente cosméticos y funcionen automáticamente a modo de “seguros” contra la responsabilidad penal⁶³.

Por supuesto existe consenso en desechar la prueba de su validez sólo sobre el papel. No bastará con que el partido político nombre a un responsable de cumpli-

⁶¹ En la línea de lo propuesto por GARCÍA ARÁN, M. en Córdoba Roda, J.-García Arán, M. (Dir.) *Comentarios al código penal. Parte general*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 394.

⁶² Considerándolo el auténtico *punctum dolens* en el debate italiano, MAZZACUVA, F. “Funciones y requisitos del modelo organizativo en el ordenamiento italiano: el problema del juicio de adecuación” en Palma Herrera, J.M. (Dir.) *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 79.

⁶³ Así lo ha advertido MAROTO, M. *La financiación ilegal de partidos políticos. Un análisis político-criminal*, Marcial Pons, Madrid, 2015 p. 318.

miento, se dote de códigos éticos o de protocolos. Se debe tratar de un programa de cumplimiento *específico*. Es decir, específicamente diseñado para el concreto mapa de riesgos de las actividades del partido, que tenga en cuenta sus dimensiones, su tipo de actividades así como su concreto historial. A partir de ahí, creo que deben añadirse dos criterios más⁶⁴.

En primer lugar, la eficacia de los modelos de organización y gestión debe ser contextualizada *sólo respecto a la actividad y a las lagunas organizativas concretas implicadas en el delito*, dejando al margen el resto.

Y, por último, debería hacerse un juicio de eficacia desde una *perspectiva ex ante*, situándose en el momento previo a la comisión del delito y verificando si el modelo era adecuado a la luz del contexto técnico y legislativo del momento. Este último criterio nos conduce a la valoración de una suerte de diligencia debida y, con ella, a una reflexión final. Como ha sucedido con las personas físicas, el estándar de la diligencia debida en los partidos políticos se irá conformando a través de normas administrativas (como va sucediendo, p.ej, con la *Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*), estándares establecidos en pactos éticos entre partidos; pero, sobre todo, deberá valorarse a través de una directriz abstracta fijada por el juez penal respecto a cómo debería organizarse un partido político cuidadoso en el sector de la actividad enjuiciado. Con ello llegamos a la reflexión final. Consideramos que las incipientes certificaciones que empiezan a aparecer sobre los programas de cumplimiento penal no serían suficientes para demostrar esta eficacia⁶⁵. Esta es la opinión de la Fiscalía General del Estado⁶⁶ y creemos que debería ser la que se impusiera si no queremos amputar las posibilidades de que la responsabilidad penal de los partidos políticos pueda desarrollar unos mínimos efectos preventivos.

Una última cuestión a propósito de la eficacia de estos programas debe llamar nuestra atención en este punto antes de concluir. Se ha dicho en contra de la introducción de la RPPJ para los partidos, que conllevaría necesariamente a la condena de los partidos políticos de pequeñas dimensiones por la práctica imposibilidad, por carencia de medios para ello, de implementar estos programas de cumplimiento. Así, se ha pronunciado MAZA MARTÍN refiriéndose a los más de 4.600 pequeños partidos que actualmente están registrados en España y el consecuente riesgo para

⁶⁴ Sigo la propuesta de MAZZACUVA, F. “Funciones y requisitos del modelo organizativo en el ordenamiento italiano: el problema del juicio de adecuación” en *Ob. cit.*, pp. 82 y ss.

⁶⁵ Existe un amplio consenso doctrinal en la inconveniencia que sean las agencias de acreditación las que valoren la eficacia de los programas de cumplimiento, sobre todo, a partir de la experiencia de legislaciones, como la chilena, en la que han causado muchos problemas. Advértase que ya se están creando estándares de compliance, entre las que debe destacarse la ISO 19600:2015, con directrices para implantar, mantener y mejorar un sistema de gestión de compliance o ISO 37001:2016 sobre sistemas de gestión antisoborno.

⁶⁶ La FGE considera que “en modo alguno acreditan la eficacia del programa, ni sustituyen la valoración que de manera exclusiva compete al órgano judicial”. Ver *Circular 1/2016*, p. 52.

el pluralismo político⁶⁷. El argumento no es de recibo porque el calificativo “eficaz” exigido en el código penal supone precisamente un programa a medida del partido y, en consecuencia, cuanto más pequeño sea, menos riesgo de corrupción tenga, más elemental debe ser su programa de cumplimiento.

4. *La conciliación con otros instrumentos concurrentes*

Muy relacionado con el carácter simbólico de esta medida, entre los argumentos esgrimidos por la doctrina para cuestionar la responsabilidad penal de los partidos políticos, también se ha recurrido a su falta de necesidad atendida la amplitud del preexistente tipo básico de asociación ilícita (art. 515.1 CP) que ya permitía dar una respuesta penal al partido. Sin olvidar que esa amplitud se superpone a los preceptos que definen y castigan los delitos de organización y grupo criminales (art. 570 CP). Según TERRADILLOS “no existían pues, 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 objetivos delictivos”⁶⁸. Se coincidirá conmigo en que este argumento no se dirige exclusivamente contra la introducción de los partidos en el listado de los entes responsables penalmente del artículo 31 bis, sino que se dirige en general contra la necesidad de introducir la responsabilidad penal para cualquier ente. Por sí sólo, este razonamiento ya debería desactivar su poder crítico contra la conveniencia de la responsabilidad penal de los partidos, puesto que debería, en consecuencia, valer también para la exclusión de la responsabilidad penal de las empresas. Conclusión, en cambio, que no comparten los autores que lo utilizan. Sin embargo, como se intentará demostrar a continuación, la previsión de la responsabilidad penal del artículo 31 bis para los partidos políticos ofrece, en contra de lo intuitivo, un abanico de opciones de respuesta mucho más coherente y proporcional que la situación anterior, lo que lo convierte en un argumento definitivo para defender su conveniencia. Vamos a verlo con el nivel de atención que nos permiten estas líneas.

A estas alturas de la implementación de la RPPJ, existen buenos argumentos que permiten delimitar los ámbitos de aplicación de estas tres instituciones para afirmar que se trata de tres sistemas sancionadores para tres supuestos de hecho diferentes. Sin duda se trata de un debate complejo en el que, por un lado, -como ya hemos apuntado- la doctrina se ha venido resistiendo a que el delito de asociación y organización criminal pueda aplicarse a los partidos políticos⁶⁹ y, por otro, mucho se ha

⁶⁷ MAZA MARTÍN, J.L. Delincuencia electoral...Ob.cit. p. 399-400.

⁶⁸ TERRADILLOS BASOCO, J.M. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *ob.cit.*, p. 176.

⁶⁹ En ese sentido, ver GARCÍA-PABLOS, A. *Asociaciones ilícitas en el código penal*, Barcelona, Bosch, 1978, pp. 213-214. Más recientemente BRANDÁRIZ, J.A. “Asociaciones y organizaciones criminales. Las disfunciones del art. 515.1º CP y la nueva reforma penal” en ALVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.) *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 735. Más allá de la refutación de los argumentos constitucionales –que expresamos *supra* epígrafe III.1-, no hay

discutido sobre los criterios de delimitación entre la asociación y la organización criminal⁷⁰. Por ello -y sin ánimo de simplificar un debate que es ciertamente polémico-, vamos a limitarnos exclusivamente a considerar una opinión de gran trascendencia en la aplicación práctica: la de la Fiscalía General del Estado.

En los supuestos de “asociación” y “organización criminal” -pese a tener en común las características de pluralidad de personas; integradas en una estructura organizativa; más o menos estable o permanente; con la finalidad original o sobrevenida de comisión de delitos- la diferencia radicaría según la Fiscalía General del Estado en que, en aquellos casos en los que se combine paralelamente una actividad lícita con otra que no lo es, deberá aplicarse el art. 515.1 CP. Pero, de ser ilícita toda o la gran parte de la actividad llevada a término por la asociación, en tal supuesto merecerá el calificativo de organización criminal del art. 570 CP⁷¹.

Llegados a este punto, ciertamente será difícil condenar a un partido político mediante el art. 570 bis CP porque casi siempre desempeñará las tareas constitucionalmente asignadas⁷². Sin embargo, no habrá obstáculos para condenarlos como asociación criminal (art. 515.1 CP) cuando, al margen de las funciones políticas, se identifique en su interior una estructura estable con propósitos delictivos. Desde esta posición, algunos autores han empezado a considerar que los partidos políticos podrían ser considerados asociaciones delictivas⁷³.

En realidad, existen precedentes jurisprudenciales –como el “caso Filesa”⁷⁴ o el

argumentos gramaticales en la formulación de los delitos de asociación y organización criminal que permitan excluir a los partidos. Es más, desde una interpretación sistemática, atendiendo a la regulación prevista en la LO 6/2002, de 27 de junio de partidos políticos vincula tanto su promoción como disolución al art. 515 CP. La primera para impedir en su art. 2 que cualquier promotor haya sido condenado por este delito y la segunda para asegurarla cuando “incurra en los supuestos tipificados como asociación ilícita en el código penal” (art. 10.2 a) [GARCÍA RIVAS, N. “Organización criminal para la financiación ilegal de un partido político: el “caso de los papeles de Bárcenas” en *Revista penal*, núm. 40, 2017, p. 113].

⁷⁰ El intenso debate sobre los criterios de delimitación entre el delito de asociación criminal y organización criminal puede verse en FARALDO, P. “Sobre los conceptos de organización criminal y asociación ilícita” en VILLACAMPA, C. (coord.) *La delincuencia organizada: un reto a la política criminal actual*, Cizur menor, Thompson Reuters-Aranzadi, 2013. Un resumen del mismo puede encontrarse en LEÓN ALAPONT, J. “La responsabilidad penal de los partidos políticos en España: ¿disfuncionalidad normativa?” en *Revista general de derecho penal*, núm. 27, 2017, p. 23-25.

⁷¹ La FGE desde su circular 2/2011, de 2 de junio sobre la reforma del código penal por la LO 5/2010 considera que “el art. 515 contempla, pues, auténticos supuestos de asociaciones, esto es (...) cuyos fines no se identifican necesariamente con la realización de hechos delictivos, sino que pueden tener otras finalidades distintas (...). Sin embargo, en relación a las organizaciones y agrupaciones criminales, la propia Exposición de motivos de la LO 5/2010 afirma que (...) no son realmente “asociaciones” que delinquen, sino agrupaciones de naturaleza originaria e intrínsecamente delictiva”.

⁷² Advirtiendo, por ejemplo, que se tratará de una “tarea técnicamente ardua” se ha pronunciado LEÓN ALAPONT, J. “La responsabilidad...” en *Ob.cit.*, p. 27 aunque también la considera “no imposible” y pone como ejemplo más fácil el del “partido fantasma”.

⁷³ Ver GARCÍA RIVAS, N. “Organización criminal...” en *Ob.cit.* especialmente pp. 117 y ss. Este autor incluso llega más allá al considerar la posibilidad de tipificar los comportamientos del “caso Bárcenas” como organización criminal puesto que parte de una consideración de ambos tipos penales como superpuestos en los que el concurso de normas debe resolverse a través del principio de alternatividad (p.121).

⁷⁴ STS de 28 de octubre de 1997.

“caso Unió mallorquina”⁷⁵ - que han considerado que puede perseguirse a personas que se asocian en un partido político con la intención de delinquir aprovechando la estructura y oportunidad que el partido ofrece. Es cierto que en estos precedentes no se condenó al partido político como asociación criminal, sino al grupo de personas que dentro de él, cometían organizadamente comportamientos delictivos. De todos modos, nada impediría técnicamente considerar como asociación criminal a un partido político si lo que se pudiera demostrar es “una práctica sistemática, organizada, coordinada incrustada desde hace años en el núcleo de la más alta dirección (...) convirtiendo a dicho partido político en un instrumento y en una estructura de vocación delictiva”⁷⁶.

En conclusión, mientras en los casos de la asociación (art. 515 CP) y la organización criminal (art. 570 CP) se sanciona un programa criminal, una previsión futura de comisión de delitos, que ni siquiera tiene que ejecutarse, en el sistema de RPPJ del artículo 31 bis CP se condena al partido político porque determinadas personas físicas llegan a perpetrar un hecho delictivo, en beneficio del partido, por la existencia de un defecto de organización en su estructura⁷⁷.

Precisamente es a partir de esta delimitación de las tres figuras que se encuentra el principal argumento para la defensa de la extensión del art. 31 bis a los partidos políticos. La introducción del artículo 31 bis CP para estos supuestos permite evitar el disparate de imponerle la única consecuencia prevista para la organización o asociación criminal: la disolución del partido, por el hecho que determinadas personas físicas lleven a cabo la comisión de algún ilícito penal en beneficio del partido aprovechando un defecto de organización del mismo⁷⁸. En otras palabras, se insinúa como una respuesta que, sin privilegiar a las estructuras criminógenas dentro de los partidos, es mucho más proporcional a la menor gravedad de estos supuestos y más conciliador con el importante rol constitucional que desarrollan.

Como cláusula de cierre de este conjunto de instrumentos concurrentes, quedaría la figura que hasta el momento ha jugado el papel protagonista de la sanción judicial de los actos de corrupción dentro de los partidos. Me estoy refiriendo a la participación a título lucrativo de los actos de corrupción (art. 122 CP). Esta responsabilidad de naturaleza civil impuesta en el procedimiento penal serviría para dar respuesta a los supuestos más leves en los que no hay intervención del partido en ningún hecho delictivo –ni en el diseño del programa criminal, ni en el defecto

⁷⁵ SAP Baleares de 26 de julio de 2013.

⁷⁶ Con esas palabras se refiere GARCÍA RIVAS, N. “Organización criminal...” en *Ob.cit.* p. 114 para referirse al Partido popular en el “Caso Bárcenas”.

⁷⁷ Ampliamente sobre esta delimitación conceptual LEÓN ALAPONT, J. “La responsabilidad...” en *Ob.cit.* especialmente pp. 28 y ss.

⁷⁸ Así concluye LEÓN ALAPONT, J. “La responsabilidad...” en *Ob.cit.* p. 31. Esa hipertrofia de la respuesta penal ha llevado a algún sector doctrinal a proponer la supresión o reformulación de la asociación ilícita. Así, QUINTERO OLIVARES, G. “Organizaciones y grupos criminales en el Derecho penal de nuestro tiempo” en VILLACAMPA, C. (coord.) *La delincuencia organizada... Ob.cit.*, pp. 37-38.

de su organización para evitarlo- y sólo puede acreditarse el aprovechamiento de los efectos de un delito por parte del partido, con el conocimiento por parte del mismo de la adquisición de esos efectos y la ignorancia de su origen delictivo. La reciente sentencia sobre el caso Bárcenas ha puesto de manifiesto las dificultades probatorias sobre estos extremos. Mientras el Auto del juzgado Central de instrucción núm. 5 en el que se decretó la apertura del juicio oral estableció una peligrosa presunción de que el Partido Popular tuvo que tener conocimiento de aquellos dispendios por cuanto repercutió en su propio presupuesto, la sentencia de la Audiencia Nacional consideró probado que “*los responsables del partido popular sabían cómo se financiaban las elecciones de Majadahonda y Pozuelo*”. De nuevo, la introducción de la responsabilidad penal de los partidos políticos facilitará la prueba y la delimitación de todas estas figuras concurrentes. La participación a título lucrativo se aplicará cuando no pueda serlo el art. 31 bis al no existir ningún defecto de organización. Si, desde el estándar de diligencia debida fijada en los protocolos de prevención delictiva no puede afirmarse que hubo un defecto de organización en la estructura, se concluirá que no lo hubo y, en consecuencia, se podrá exigir sólo la responsabilidad civil⁷⁹.

5. El contexto internacional

Por último y en otro orden de consideraciones, la doctrina también ha venido argumentando que los compromisos y exigencias internacionales “tampoco contemplan de manera clara y contundente la posibilidad de la responsabilidad de los partidos”, llegando a afirmar que se trata de una “extralimitación de nuestro legislador, carente de toda razón de ser”⁸⁰.

En realidad, este argumento no es del todo cierto. Es verdad que los organismos internacionales no han venido imponiendo o recomendando contundentemente la responsabilidad penal de los partidos, pero tampoco se han manifestado claramente en contra. Creo que más que “una original ocurrencia del legislador español” – como ha criticado algún autor⁸¹– ésta es una tendencia que viene extendiéndose por el derecho comparado al aliento incluso de la normativa supranacional.

Ciertamente, la responsabilidad penal de los partidos no es una *rara avis* en las legislaciones europeas. En países como Bélgica⁸², Rumania⁸³, Francia⁸⁴, Austria⁸⁵ o

⁷⁹ Creo que a una conclusión parecida llega LEÓN ALAPONT, J. “La responsabilidad civil del Partido popular como participe a título lucrativo: a propósito de la SAN 20/2018, de 17 de mayo” en *Diario La Ley*, núm. 9229, de 2 de julio, p. 4.

⁸⁰ MAZA, J.M. *Delincuencia electoral...Ob.cit.* p. 403.

⁸¹ GIMENO BEVIÁ, J. “Problemas que plantea el enjuiciamiento penal de los partidos políticos” en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 43, 2017, p. 8.

⁸² El art. 5 párrafo 4 del código penal belga establece que “ne peuvent pas être considérées comme des personnes morales responsables pénalement pour l’application du présent article: l’Etat fédéral, les régions, les communautés, les provinces, les zones de secours, les prézones l’agglomération bruxelloise, les communes, (les zones pluri communales,) les organes territoriaux”, sin excluir, por tanto a los partidos políticos.

Croacia⁸⁶ los partidos pueden ser declarados responsables penales. Es más, en el caso belga incluso se presentó un proyecto de ley ante el Parlamento federal proponiendo la abolición de la exención de responsabilidad del Estado y entes públicos para que fueran tratadas como personas penalmente responsables⁸⁷.

Pero apuntábamos que la tendencia podía considerarse alentada por la normativa internacional puesto que, de un lado, tanto la OCDE como GRECO han aprobado resoluciones e informes en los que implícitamente se aceptaba esta opción⁸⁸.

Es más, la exclusión de los partidos del listado de entes responsables penalmente podría llegar a generar un conflicto respecto a la implementación de la normativa comunitaria, que no la preveía en absoluto. A partir del tenor literal de las Directivas y Decisiones Marco donde sólo se excluía de responsabilidad a “los Estados, los organismos públicos que actúen en el ejercicio de la potestad del Estado y de las organizaciones internacionales públicas” y del concepto de “Estado” manejado por el Derecho comunitario y el TJCEE, algún autor no sólo criticó al legislador español por haber implementado mal la normativa europea, sino que llegó incluso a

⁸³ El art. 19 del código penal rumano no define las entidades que pueden ser consideradas penalmente responsables. En realidad, se limita a señalar a aquellas que están exentas de este tipo de responsabilidad: “las personas jurídicas, –al margen del Estado y de la autoridades e instituciones públicas que ejercen una actividad que queda fuera del ámbito privado–, son penalmente responsables”, con lo que a instituciones no públicas como los partidos les es exigible.

⁸⁴ Por lo que se refiere a Francia, la única exclusión respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas la constituye el Estado de conformidad con el art. 121.1 de su código penal.

⁸⁵ El párrafo 1.3 de la VbVG austríaca (*Verbandsvorlichskeitgesetz*) considera exclusivamente excluidas de responsabilidad penal las siguientes entidades: “1. el Estado; 2. La Federación, Länder, municipalidades y otros entes legales, en la medida en que actúen de acuerdo con la ley; 3. Iglesias reconocidas, sociedades religiosas y denominaciones religiosas, en la medida en que sean pastorales”.

⁸⁶ El código penal croata, de todos los anteriores, es el que va más allá incluyendo expresamente en su art. 89(6) a los partidos políticos dentro de la descripción de persona jurídica penalmente responsable.

⁸⁷ FRANSSEN, V. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: el caso belga” en *Eguzquillore*, núm. 28, San Sebastián, 2014, p. 68.

⁸⁸ En el Informe de la 3ª ronda de evaluación sobre Transparencia en la Financiación de Partidos Políticos en España (Tema II) adoptado por el GRECO en su 42ª Reunión Plenaria (Estrasburgo, 11-15 de mayo de 2009) se recomienda a España que “se deberían realizar esfuerzos adicionales para mejorar el desarrollo del arsenal actual de sanciones en casos de infracción de las normas sobre financiación de partidos políticos para garantizar que tales sanciones responden de forma efectiva a la gravedad de la infracción (un sistema flexible de *castigos penales / administrativos / civiles* será puesto en funcionamiento) y será de aplicación a todos los posibles perpetradores (es decir, *los partidos políticos* y los no-partidos que estén obligados por las disposiciones legales)”. El subrayado es mío para destacar la referencia implícita a los partidos como sujetos de posible responsabilidad penal. Disponible en: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806c9d70> [consulta: 11.7.2018]

Por su parte en una Declaración del Grupo de trabajo sobre la corrupción, la OCDE insta a España a “una rápida introducción de una nueva legislación para asegurar que los individuos y las empresas, *incluidas las empresas de propiedad estatal* en España, puedan ser consideradas responsables por el delito de corrupción”. El subrayado es mío para destacar como se viene exigiendo cada vez más una reducción del círculo de entidades que aunque desarrollen funciones públicas –como los partidos– deben ser consideradas responsables penalmente. Disponible en: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/espana-debe-modificar-su-codigo-penal-y-hacer-cumplir-los-delitos-de-cohecho-internacional.htm> [consulta: 11.7.2018].

plantear el efecto directo vertical u horizontal por parte de los ciudadanos perjudicados por la actividad delictiva de los partidos⁸⁹.

IV. A modo de conclusión: Propuestas de aplicación y reforma

El reconocimiento constitucional y las funciones de representación política que el poder constituyente otorgó a los partidos políticos no es un argumento suficiente para justificar su inviolabilidad penal. Sólo cuando desarrollan sus funciones de “formación y manifestación de la voluntad popular” merecen ser protegidos frente a la intervención penal. En sus comportamientos privados, guiados con fines corruptos y de lucro, nada justificaría un trato de privilegio frente a las empresas. Ahora bien, los riesgos de que esta figura pueda ser utilizada para intervenir en las funciones políticas de los partidos deberían limitarse, por un lado, no extendiendo el *numerus clausus* de delitos que pueden generar responsabilidad penal a los propios de su actividad política: honor y orden público y, por otro, limitando sus consecuencias jurídicas a la pena de multa.

En este punto, la extensión de la responsabilidad penal a los partidos políticos puede llegar a desarrollar eficaces funciones preventivas de la corrupción en su seno, más allá de las pretendidas críticas de su función exclusivamente simbólica. De un lado, la amenaza de una condena penal a multas suficientemente proporcionadas y disuasorias obligará a los partidos a empezar a desarrollar una cultura de cumplimiento en su interior hasta ahora inexistente y, por otro, permitirá que el control de su actividad salga del ámbito administrativo –claramente controlado por ellos- y se sitúe en el más imparcial, independiente y probablemente más estricto que representa el juez penal.

Además con su introducción, el ordenamiento jurídico español se dota de un instrumento más, no distorsionador, sino claramente delimitado de otros -como el delito de asociación y organización criminal o la participación a título lucrativo-, con el que enfrentarse de forma proporcional a un fenómeno cada vez más complejo y poliédrico.

De todos modos, el éxito de esta opción político-criminal va vinculado al de la propia RPPJ y sin duda, se ve amenazado por la dirección que va tomando la primera jurisprudencia que la ha venido aplicando. En ese sentido, urge que el Tribunal Supremo invierta la carga de la prueba de la eficacia de los programas de cumplimiento y no limite su alcance a la certificación de una acreditación.

⁸⁹ Así lo consideró con razón VALLS PRIETO, J. “Las exenciones de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ¿Son responsables los partidos políticos y sindicatos?” en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 104, pp. 109 y ss.