



APM 3.9.

Publicación digital. - Asociación Profesional de la Magistratura

DANIEL GONZÁLEZ URIEL

MADRID

LOS DELITOS EN MATERIA DE ENCUESTAS ELECTORALES

Resumen

Los delitos electorales se regulan en la LOREG, que se eleva a la categoría de norma penal especial. En este trabajo se presta atención al delito en materia de encuestas electorales, que se contiene en el art. 145 LOREG. En dicho precepto se efectúa una remisión genérica a la infracción de la normativa sobre las encuestas electorales, que se regula en el art. 69 LOREG. No obstante, en este estudio se ponen de relieve los problemas dogmáticos e interpretativos que suscita la ausencia de criterios de delimitación entre el delito y la infracción administrativa, la propia estructura de la norma penal en blanco del art. 145 LOREG y la posible colisión con el derecho a la libertad de expresión e información. Asimismo, se pone el foco sobre la necesidad o no de incriminación de tales conductas y se concluye con la propuesta de su destipificación, ante la suficiencia de la sanción administrativa.

Palabras clave

Delito electoral, elecciones, encuesta electoral, fake news, infracción administrativa, libertad de expresión, proceso electoral

SUMARIO

1.-INTRODUCCIÓN. 2.-LA REGULACIÓN DE LOS DELITOS EN MATERIA DE ENCUESTAS ELECTORALES. 3.-PROBLEMAS INTERPRETATIVOS Y REFLEXIONES FINALES. 4.-BIBLIOGRAFÍA.

1.- INTRODUCCIÓN

Puesto que nos encontramos inmersos en pleno año electoral, recién salidos de unas elecciones municipales y autonómicas en España (junio de 2023), y con unas elecciones generales en menos de dos meses, resulta interesante prestar atención a la regulación de un peculiar delito electoral que se contiene en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG). Como sabemos, dicha norma también es una ley penal especial, y en sus artículos (arts.) 139-150 se enuncian una serie de delitos. Cabe destacar, en este sentido, que tales ilícitos penales no han sido objeto de un análisis tan profundo como otros tipos que sí se recogen en el texto punitivo patrio, pese a que, en algunas ocasiones, su tenor literal presente un contenido, cuando menos, llamativo. Sin duda, ello obedece a que la legislación penal especial, entre otros aspectos, por su carácter diseminado, específico, compartimentado y sectorial, no ha suscitado el mismo grado de atención que otras materias. Esto se ve reforzado porque su aplicación, en el caso de los delitos electorales, es únicamente periódica y coincide con un concreto período acotado de tiempo: el proceso electoral. De ahí que hayamos de cuestionarnos, en estas breves líneas, la legitimidad de tales incriminaciones.

Por lo tanto, el punto de partida es que nos encontramos con una serie de tipos delictivos que solo se pueden cometer en un concreto momento. Con ello se pone el foco en que dicho lapso temporal, el proceso electoral, desde la convocatoria de elecciones hasta su celebración, constituye un período en el que se desarrollan una serie de actos que se consideran relevantes para la vida en democracia y que, por ende, han de ser objeto de una tutela reforzada. Si se atiende a los distintos delitos que se tipifican en la LOREG, se puede observar que se contiene una pluralidad de tipos, con diferentes morfologías, sujetos activos y naturaleza. Algunos de ellos solo se pueden cometer por funcionarios públicos, mientras que otros se pueden cometer, también, por particulares. Como característica específica podemos apreciar una nota peculiar en cuanto al concepto de funcionarios públicos, puesto que la LOREG ensancha el ámbito de actuación de dicha función pública. Hemos de atender al art. 24.2 del Código Penal (CP) que recoge: "2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas". Pues bien, la LOREG contiene un concepto propio de funcionario público en el art. 135.1, cuando proclama: "1. A los efectos de este capítulo son funcionarios públicos los que tengan esta consideración según el Código Penal, quienes desempeñen alguna función pública relacionada con las elecciones, y en particular los Presidentes y Vocales de las Juntas Electorales, los Presidentes, Vocales e Interventores de las Mesas Electorales y los correspondientes suplentes", aunque un sector doctrinal estima que dicha precisión resultaba innecesaria¹, por cuanto ya tendrían cabida en el tenor literal posible del art. 24 CP.

¹ VIZUETA FERNÁNDEZ, J., "Legislación penal especial", en ROMEO CASABONA, C.M./SOLA RECHE, E./BOLDOVA PASAMAR, M.A. (coords.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª ed., Comares, Granada, p. 898.

Así las cosas, y una vez que hemos anotado estas particularidades, no podemos sino cuestionarnos cuál es el motivo de la incriminación de una serie de conductas, precisamente, en dicho lapso temporal, y si ello obedece a la existencia de un bien jurídico común o unitario a todas las figuras delictivas que se recogen en la LOREG, con carácter previo a analizar, de modo específico, los delitos en materia de encuestas electorales. El punto de arranque inexorable es la consagración del derecho fundamental de participación política en el art. 23.1 de la Constitución Española (CE), cuando manifiesta que: *"1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal"*. A este respecto, debemos tomar en consideración que el Preámbulo de la LOREG, en su núm. I, proclama de un modo vehemente que dicha norma *"pretende lograr un marco estable para que las decisiones políticas en las que se refleja el derecho de sufragio se realicen en plena libertad. Este es, sin duda, el objetivo esencial en el que se debe enmarcar toda Ley Electoral de una democracia. Nos encontramos ante el desarrollo de una de las normas fundamentales de un Estado democrático, en tanto que solo nos podemos afirmar en democracia cuando el pueblo puede libremente constituir la decisión mayoritaria de los asuntos de Gobierno"*.

En la doctrina penalista se han propuesto distintas teorías a propósito de si existe o no un bien jurídico tutelado que aglutine o cohesione esa amalgama de figuras delictivas. Por lo tanto, ha de valorarse cuál es la razón que justifique su incriminación. A juicio de PÉREZ ALONSO, ante el silencio de la LOREG, tal razón "no puede ser otra que velar por el normal funcionamiento y desarrollo de los procesos electorales en condiciones de objetividad, transparencia e igualdad como garantía del sistema democrático"², y ello, a pesar del carácter heterogéneo y variado de los delitos tipificados. Esto se sintetizaría, según dicho autor, en que se pretenden reprimir aquellas conductas que laminan algún aspecto del procedimiento electoral "por impedir la libre formación de la voluntad del elector o su libre ejercicio, por vulnerar el principio de igualdad de oportunidades entre los candidatos o por falsear los resultados electorales". En este sentido, y como bien refiere BENÍTEZ ORTÚZAR, hemos de puntualizar que, frente a otras leyes electorales españolas en las que sí se recogía una definición de tales ilícitos -las leyes de 1890 y de 1907-, y se indicaba que *"se entenderán que son delitos electorales los especialmente previstos en esta Ley y los que estándolo en el Código penal, afecten a la materia propiamente electoral"*, la LOREG no contiene ninguna definición, si bien, podemos convenir con dicho autor en que todas las acciones que han sido elevadas a la categoría de delitos electorales "tienen el denominador común de constituir un fraude al proceso electoral, una

² PÉREZ ALONSO, E.J., "Régimen electoral penal y delitos electorales cometidos por particulares relativos a propaganda y encuestas electorales", en SUÁREZ LÓPEZ, J.M./BARQUÍN SANZ, J./BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F./JIMÉNEZ DÍAZ, M.J./SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E. (coords.), *Estudios jurídico penales y criminológicos: en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva*, vol. 2, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 1454 y 1455.

vulneración del procedimiento legalmente establecido”³.

Desgranaba con precisión esta cuestión MAZA MARTÍN cuando atendía a la pluralidad de respuestas que habían suministrado los autores, y sintetizaba en que se habían mencionado, como objeto de protección, los siguientes aspectos: i) el pluralismo político como valor superior del ordenamiento jurídico, en conexión con el derecho de participación y libre acceso a la función pública del art. 23 CE, y la importancia de los partidos políticos como vehículo de expresión de tal pluralismo y del citado derecho de participación, ii) la pureza y transparencia del proceso electoral, iii) el derecho de participación política y iv) el propio proceso electoral. A su juicio, la cuestión resultaba algo más compleja, y habría de atenderse a varios niveles de análisis⁴. Si bien, concluía que se defienden el derecho de sufragio, tanto activo como pasivo, mediante las diferentes elecciones, en el tiempo y forma que se regulan en la Constitución y en las leyes.

Existe un amplio consenso al afirmar que el bien jurídico tutelado por tales preceptos viene representado por el derecho de sufragio⁵, que se vertebra mediante los procesos electorales, como máxima expresión del derecho de participación política, en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho. En concreto, dicho derecho de sufragio se protege en sus dos vertientes, tanto activa como pasiva, y constituye el elemento que aglutina los ilícitos electorales, y persigue salvaguardar el proceso electoral “desde la formación en libertad de decidir votar, hasta su resultado final sin que quepan actuaciones de carácter ilícito que en cualquier punto del proceso puedan incidir en el mismo o bien ofrecer resultados falseados”⁶. Es decir, y en palabras de DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, se busca salvaguardar la “pureza del proceso electoral”, por lo que el bien jurídico que se protege en la LOREG se cifraría en “el libre ejercicio de los derechos de sufragio activo y pasivo a través de la celebración de las diferentes elecciones, en el modo y tiempo regulados en la constitución y en las Leyes”⁷. De análogo parecer son MUÑOZ CUESTA y MARTÍ CRUCHAGA, para quienes la LOREG persigue “preservar la corrección y objetividad de la consulta electoral concreta, con respeto a las normas que la regulan, sin cuya

³ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., “Delitos electorales, en “sentido estricto”, cometidos por particulares: Artículos 141, 142, 144 y 145 LOREG”, en BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F. (dir.), *Corrupción electoral: delitos e infracciones electorales*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 141 y 142.

⁴ MAZA MARTÍN, J.M., *Delincuencia electoral y responsabilidad penal de los partidos políticos*, Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2017, pp. 23 y 24, “[...] existirían tres diferentes niveles de bienes u objetos de protección penal en esta clase de infracciones penales. Un objeto inmediato, en efecto, lo constituirían los diversos elementos del proceso electoral, tal como viene regulado en la norma electoral (LOREG), a cuyos fines y medios concretos, para alcanzarlos, se dirige en este caso la protección que dispensa la norma punitiva, lo que, por otra parte, vendría a suponer un primer argumento de justificación del tratamiento específico de estas conductas infractoras, integrado en la propia Ley electoral. Pero, junto a ello, qué duda cabe de que, tras la concreta regulación electoral, se alojan valores superiores, de orden constitucional, como los antes expuestos, consagrados esencialmente en los artículos 1, 6 o 23 de nuestra Constitución. bienes jurídicos, comunes a figuras concretas y ya contenidas en el Código Penal, como la libertad (coacciones), la veracidad documental (falsedades), los intereses económicos del Estado (apropiaciones y distracciones de caudales y fondos públicos), etc. Nos hallamos, por consiguiente, ante una serie de supuestos más de los denominados “delitos pluriofensivos”.

⁵ PÉREZ ALONSO, E.J., *op. cit.*, p. 1455.

⁶ CRUZ BLANCA, M.J., “La protección penal del derecho de sufragio: Los delitos electorales”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 15, 2013, p. 26.

⁷ DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.M., “Concurrencia de infracciones y sanciones penales y administrativas en el ámbito electoral: Manifestaciones del principio “non bis in idem””, en BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F. (dir.), *op. cit.*, p. 261.

observancia se atentaría a lo que de forma final se pretende conseguir con la LOREG, la libertad para elegir los cargos públicos y la igualdad de todos para acceder a los mismos"⁸. Mientras que RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, después de indicar que "se protege genéricamente el derecho de participación política como forma de ejercicio de la soberanía popular", concreta que ello se produce en sus dos manifestaciones, como derecho de sufragio activo y pasivo, que serían, tal y como indica la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) de 15 de 1990 que cita dicho autor, "dos aspectos indisolubles de una misma institución"⁹

Por su parte, MUÑOZ CONDE introduce una modulación a dicha comprensión, ya que refiere que el objeto de protección es el propio "proceso electoral", dado que se sancionan "aquellos comportamientos que impiden o dificultan la libertad de decisión de los electores o falsean el resultado electoral"¹⁰. Participa de una concepción similar MORILLA CUEVA¹¹, quien advierte que, pese a la pluralidad de objetos de protección que han apuntado los distintos autores, todos ellos son reconducibles al proceso electoral, como bien jurídico común, en cuyo seno se incardinarían las diversas ramificaciones. En esta noción se incluirían el derecho de sufragio activo y pasivo, así como conductas que no afectarían directamente a tales derechos, pero que sí alteran el proceso electoral e inciden, de modo indirecto, en tales sufragios -v.gr., los delitos relativos a la propaganda electoral o el abandono de las mesas electorales-. Si bien, a continuación, matiza dicho autor que, en algunos de los delitos electorales, dicho bien jurídico concurre con otros intereses tutelados, especialmente en aquellos tipos que se regulan de una manera idéntica o similar en el texto punitivo. Pluriofensividad que también fue abordada por RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ¹² quien, tras reseñar que es preciso atender a la mayor o menor gravedad de las penas asignadas al delito especial de la normativa electoral y al delito común del CP, zanja que, en virtud del principio de especialidad, ha de estarse a la LOREG.

Sin embargo, no podemos obviar que el art. 136 LOREG, en las disposiciones comunes de los delitos electorales, recoge una aplicación concreta del principio de alternatividad, como regla de solución de los concursos aparentes de normas penales, cuando prescribe que "los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a esta Ley y al Código Penal lo serán siempre por aquel precepto que aplique mayor sanción al delito o falta cometidos". Podría debatirse en cuanto a la compatibilidad entre dicho aserto y el art. 8 CP, en que se enuncian los principios de especialidad, subsidiariedad, consunción y alternatividad para solucionar los citados conflictos aparentes de normas. Sobre todo, habría que tomar en consideración que el CP constituye una ley posterior y que el Título I, donde se contiene la Parte General, resulta aplicable no

⁸ MUÑOZ CUESTA, J./MARTÍ CRUCHAGA, V., "Delitos electorales", *Diario La Ley*, núm. 6887, 2008, p. 2.

⁹ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, M., "Los delitos electorales. análisis jurisprudencial del delito de propaganda electoral", *Revista General de Derecho Penal*, núm. 6, 2006, pp. 15 y 16.

¹⁰ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 24ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 845.

¹¹ MORILLAS CUEVA, L., "Doble dimensión penal de la contabilidad irregular en procesos electorales como forma de corrupción", en MORILLAS CUEVA, L. (dir.), *Respuestas jurídicas frente a la corrupción política*, Dykinson, Madrid, 2021, p. 141.

¹² RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, M., *op. cit.*, pp.17-19.

solo a las disposiciones del propio texto punitivo, sino también a la legislación penal especial. En este sentido, forzoso es que recordemos la dicción del art. 9 CP, cuando dispone que "*(l)as disposiciones de este Título se aplicarán a los delitos que se hallen penados por leyes especiales. Las restantes disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en lo no previsto expresamente por aquéllas*". Por ende, y dado que la ley posterior deroga a la anterior, en aquellos supuestos en los que hubiera conflicto o colisión, será de aplicación el art. 8 CP y, en todo caso, convenimos con MUÑOZ CUESTA y MARTÍ CRUCHAGA que debe prevalecer el principio de especialidad, puesto que "los tipos delictivos de la Ley Electoral serán siempre, salvo excepción, más especiales y con más elementos concretos que los mismos hechos que con carácter general puedan estar descritos en el Código Penal"¹³, por lo que resultará aplicable la pena prevista en la LOREG aunque pudiese ser inferior de la establecida por el CP.

2.- LA REGULACIÓN DE LOS DELITOS EN MATERIA DE ENCUESTAS ELECTORALES

Después de realizar esta introducción sobre la justificación de los delitos electorales, debemos centrarnos de lleno en el análisis del art. 145 LOREG, en que se contiene el delito objeto de análisis. Según dicho precepto: "*Quienes infrinjan la normativa vigente en materia de encuestas electorales serán castigados con la pena de prisión de tres meses a un año, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por tiempo de uno a tres años*". Hemos de tomar en consideración que dicha redacción vigente es la introducida por la LO 2/2011, de 28 de enero, ya que, con anterioridad a dicha norma, el art. 145 LOREG castigaba a "*[...] quienes dolosamente infrinjan la normativa vigente en materia de encuestas electorales*". Es decir, la reforma consistió, además de en realizar una reestructuración del orden del precepto -que comenzaba indicando la pena-, en la supresión del adverbio de modo "dolosamente". Ciertamente se trataba de una alusión innecesaria, ya que, según el art. 12 CP, únicamente serán delitos imprudentes aquellos en los que así se proclame por la concreta ley, lo que no acontece en el art. 145 LOREG. Dicho lo cual, una primera aproximación al tenor literal de este tipo nos lleva a concluir que la conducta típica es infringir la normativa en materia de encuestas electorales. Por infringir debemos entender, según el Diccionario de la Real Academia Española (RAE), "*quebrantar leyes, órdenes, etc.*". Es decir, se trata de una norma penal en blanco, en la que se remite a la normativa electoral para concretar cuáles son las reglas vigentes en materia de elecciones electorales. Como se puede comprobar, el precepto transcrito no establece ninguna gradación en el quebranto de la normativa.

Por lo que hace a la concreta normativa sobre encuestas electorales, hemos de acudir al art. 69 LOREG, en que se dispone: "*Entre el día de la convocatoria y el de la celebración de cualquier tipo de elecciones se aplica el siguiente régimen de publicación de encuestas electorales:*

¹³ MUÑOZ CUESTA, J./MARTÍ CRUCHAGA, V., *op. cit.*, p. 4.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7. Durante los cinco días anteriores al de la votación queda prohibida la publicación y difusión o reproducción de sondeos

electorales por cualquier medio de comunicación.

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

Como podemos apreciar, este precepto contiene una serie de prescripciones relativas a la forma en que se han de confeccionar las encuestas, las características que han de consignarse en su publicación, el papel que puede jugar al respecto la Junta Electoral Central (JEC), las especificidades de su publicación o difusión por los medios informativos y los plazos en que se pueden publicar, difundir o reproducir.

Sin embargo, la materia se complica si tenemos en cuenta que en el art. 153 LOREG se recogen las infracciones electorales. En el art. 153.1 LOREG se sanciona, de modo subsidiario, "toda infracción de las normas obligatorias establecidas en la presente Ley que no constituya delito". Por su parte, y a los efectos que interesan al presente trabajo, el art. 153.2 LOREG establece: "2. Las infracciones de lo dispuesto en esta Ley sobre régimen de encuestas electorales serán sancionadas con multa de 3.000 a 30.000 de euros". A propósito de dicho aserto hemos de realizar una matización, ya que la LOREG no dispone ningún criterio de diferenciación o delimitación entre las conductas constitutivas de ilícito penal e infracción administrativa, lo que puede generar cierta problemática interpretativa.

Asimismo, en la LOREG no se brinda una definición sobre el objeto del delito, esto es, qué noción se maneja sobre las encuestas electorales. Según el DRAE, por encuesta se entiende: "conjunto de preguntas tipificadas dirigidas a una muestra representativa de grupos sociales, para averiguar estados de opinión o conocer otras cuestiones que les afectan", mientras que la segunda entrada del adjetivo electoral lo define como "perteneciente o relativo a los electores o a las elecciones". El Diccionario Panhispánico del Español Jurídico (DEJ) ofrece una definición sintética y precisa de las encuestas electorales, cuando las reputa como "sondeo sobre intención de voto, que se publica entre el día de la convocatoria y los cinco días anteriores al de la celebración de las elecciones". A ello debemos agregar que resulta indiferente la denominación que se les confiera, puesto que son encuestas electorales cualesquiera que incluyan proyecciones del voto¹⁴, tal y como ha señalado la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo (STS) 626/2018¹⁵, de 18 de abril, cuando confirmó la sanción por la infracción administrativa de publicación de encuestas electorales, e indicó que "se integra el

¹⁴ ARNALDO ALCUBILLA, E., *Tiempo de constitución. Límites, controles y contrapesos del poder*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2021, p. 79.

¹⁵ STS 626/2018, Sala 3ª, de 18 de abril, ponente Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez, ECLI:ES:TS:2018:1421.

tipo por publicarse extemporáneamente un sondeo o encuesta aunque no se le denomine así, pero que tiene por finalidad hacer una proyección del sentido del voto y composición de corporación". Además, debemos recordar que las encuestas electorales se realizan tanto por entidades públicas, v. gr. el Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), como por entidades privadas que se dedican a realizar actividades demoscópicas, por lo que no existe ninguna suerte de monopolio estatal en su realización, análisis y difusión.

Una vez que hemos mencionado la normativa de referencia y el concepto que se maneja sobre el objeto del delito, debemos atender a la interpretación doctrinal que se ha realizado sobre este delito. A la vista del art. 69 LOREG, MUÑOZ CUESTA y MARTÍ CRUCHAGA sintetizan en tres las conductas subsumibles en el tipo del art. 145 LOREG: "a) las falsificaciones, ocultaciones o modificaciones deliberadas de los datos e informaciones de los sondeos publicados, b) incumplimiento o cumplimiento incorrecto de las especificaciones previstas en el número primero del art. 69, y c) la falta de respeto a la prohibición establecida en el apartado séptimo de ese artículo, consistente en que durante los cinco días anteriores al de la votación queda prohibida la publicación y difusión de sondeos electorales por cualquier medio de comunicación"¹⁶. Además, dichos autores concretan la finalidad de esta incriminación en evitar que las encuestas alteradas o que no respeten las normas básicas tengan una influencia negativa en los electores, y cuya predisposición se vea alterada, precisamente, por tales sondeos. Con todo, precisan que el delito requiere "un incumplimiento que altere los resultados expuestos a los electores de manera que puedan incidir en su inclinación al voto".

También se ha destacado que¹⁷ no se debe efectuar una interpretación meramente literal del delito, sino que han de tomarse en consideración los principios de intervención mínima o de *ultima ratio* del ordenamiento punitivo, por lo que solo ha de aplicarse el art. 145 LOREG a las infracciones graves, aunque el precepto no aporte criterios para determinar la gravedad; así las cosas, se ha propuesto, como elemento de restricción, la afectación al bien jurídico tutelado, por lo que solo serían delictivas las conductas que fuesen aptas para "afectar de algún modo a los resultados electorales", con lo que se pondrían en peligro tanto la limpieza del proceso electoral como el propio sistema democrático. No obstante, podemos matizar que dicha intelección incurre en una imprecisión, toda vez que el principio de intervención mínima vincula al legislador, pero no al intérprete, tal y como sintetiza la Sala 2ª del TS, en la STS 691/2019¹⁸, cuando proclama que: "Pero si el principio de intervención mínima orienta al legislador a la hora de ordenar los instrumentos de protección de los distintos bienes jurídicos, es el principio de legalidad el que rige la actuación de jueces y tribunales (SSTS. 670/2006 de 21 de junio y 313/2006 de 28 de marzo)".

¹⁶ MUÑOZ CUESTA, J./MARTÍ CRUCHAGA, V., *op. cit.*, p. 13.

¹⁷ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., "Delitos en materia de encuestas electorales", en FARALDO CABANA, P. (dir), BRANDARIZ GARCÍA, J.A. (coord.), *Comentarios a la legislación penal especial*, Lex Nova, Valladolid, 2012, pp. 245 y 246.

¹⁸ STS 691/2019, Sala 2ª, de 11 de marzo de 2020, ponente Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde, ECLI:ES:TS:2020:923.

PÉREZ ALONSO¹⁹ pone el acento, de igual modo, en que el incumplimiento de la normativa en materia de encuestas electorales, para ser delictivo, ha de ir referido a normas básicas y ser relevante. De dicho incumplimiento habrá de derivarse una afectación clara y directa en los resultados de las encuestas, que difieran, de un modo notable, de los que se hubieran obtenido si se hubiera seguido, de modo riguroso, su procedimiento de elaboración. Así las cosas, cualquier incumplimiento no da lugar, de modo automático, a la aplicación del art. 145 LOREG, sino que ha de graduarse la posibilidad de que la encuesta en cuestión incida en la inclinación de los votantes. Por ende, según dicho autor, si no se ve afectada la libertad de conformación del voto de los electores, el meritado incumplimiento podría ser reprimido por la vía del art. 153 LOREG, como infracción administrativa, pero no como delito.

Descuellan en este ámbito las aportaciones de MAZA MARTÍN²⁰, quien partía de la importancia de las encuestas en el proceso electoral, por su influencia directa en la conducta del elector, aunque puntualizaba que no podía "concretarse el sentido de los efectos de sus resultados", ya que podrían conducir tanto a un incremento de la participación como a la abstención, por lo que, a su parecer, era preciso que la norma penal tutelase "el rigor y la fiabilidad de tales sondeos de opinión". A continuación, y tras señalar la inconcreción del art. 145 LOREG, en cuanto al principio de legalidad y a la exigencia de *lex certa*, dicho autor anotaba que este delito debía ser objeto de una interpretación restrictiva, por lo que solo podrían ser penalmente típicas las conductas que tuviesen cierta influencia en "el rigor y la veracidad de los resultados de las encuestas como factor importante para la correcta formación de la voluntad de los votantes". De ahí que, a su entender, quedasen fuera del ámbito de lo punible, siempre y cuando se constatasen "la corrección y fiabilidad de los resultados ofrecidos", algunos incumplimientos del art. 69 LOREG, "tales como la omisión, no sustancial, de las "especificaciones" acompañatorias a los resultados de las encuestas a las que se refiere el apartado 1 del referido art. o la alteración tan mínima que no puedan en ningún caso suponer una verdadera y eficaz incidencia en la formación de su decisión por los electores". Con buen tino puntualizaba que, en todo caso, las conductas habrían de ser dolosas -siendo reconducibles las imprudentes a la infracción administrativa, ex art. 153.2 LOREG- y, por último, de manera innovadora y coherente con los principios que informan la responsabilidad penal de los entes corporativos -de los que era un acreditado especialista-, MAZA MARTÍN sugería la conveniencia de que en el futuro se incorporase la responsabilidad penal de las personas jurídicas en este delito, a propósito de los partidos políticos, "al considerar que se trata de un supuesto totalmente idóneo para ello, en relación con las empresas, demoscópicas y de comunicación, que pudieran verse implicadas en hechos como los aquí descritos". No obstante, apostillaba que ello requería una inclusión expresa, a la vista del sistema de *numerus clausus* establecido por el legislador en esta materia.

¹⁹ PÉREZ ALONSO, E.J., *op. cit.*, pp. 1468 y 1469.

²⁰ MAZA MARTÍN, J.M., *op. cit.*, pp. 133-137.

Por su parte, BENÍTEZ ORTÚZAR²¹ ha destacado las dificultades de aplicación del art. 145 LOREG en determinados supuestos prácticos. A su parecer, además de resultar compleja la delimitación entre el delito electoral y la infracción administrativa, debe partirse de que la infracción ha de ser grave. Además, y de modo certero, refiere que "los límites espacio temporales que limitan la aplicación de la Ley penal, unidos a la globalización de la sociedad de la comunicación e información hacen, no obstante, muy discutible la virtualidad de esta figura delictiva", lo que ejemplifica con varios supuestos que, según la normativa vigente, podrían ser delictivos. En primer término, enuncia el caso de una empresa demoscópica extranjera que realice una encuesta a ciudadanos españoles, sobre intención de voto, en período electoral, dentro de los cinco días anteriores a la votación, y tales resultados se publiquen, online, en un medio de comunicación extranjero, o qué responsabilidad se podría aplicar al medio de comunicación español que se hace eco de dicha encuesta, lo que puede realizar de diversos modos, bien de modo directo, bien de modo indirecto, aludiendo a que un medio extranjero ha publicado una concreta encuesta. En los últimos tiempos, no podemos soslayar²² el papel que juegan en esta materia las redes sociales -significadamente, la red de microblogging *Twitter*- y el surgimiento de nuevos medios digitales, así como los blogs personales, mediante los cuales se produce la difusión de encuestas publicadas en medios de comunicación extranjeros.

Con todo, no podemos pasar por alto las consecuencias que comporta la ausencia de concreción del legislador en cuanto a la delimitación entre el delito en materia de encuestas electorales y la infracción administrativa. Sobre este particular debemos prestar especial atención a la exposición que realiza DOMÍNGUEZ IZQUIERDO²³. Dicha autora analiza las relaciones entre el Derecho Penal y el ordenamiento administrativo sancionador en materia electoral. Después de llamar la atención sobre la existencia de una duplicidad sancionadora y de falta de delimitación, apostilla que, como los ilícitos penales se configuran de un modo "completamente dependiente" del Derecho Administrativo, ello genera múltiples cuestiones conflictivas, no solo en cuanto a la determinación de qué ilícito ha de ser aplicado -penal o administrativo-, "sino en cuanto a establecer si ambas sanciones pueden coexistir e imponerse como consecuencia de la realización de una única conducta". Además, añade que no existen criterios jurisprudenciales claros. Ante la situación que se origina por la elevación a delito de la infracción de la normativa electoral -como en el caso que nos ocupa-, DOMÍNGUEZ IZQUIERDO estima que "un correcto entendimiento de los principios limitadores del *ius puniendi* estatal obliga a sancionar penalmente sólo aquellas violaciones de normas electorales que sean en realidad graves y no supongan una mera inobservancia de normas administrativas", en cuyo caso cabría atender a si son constitutivas, o no, de infracción administrativa. En dicha labor de delimitación, propone que se acuda al bien jurídico tutelado como

²¹ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., *op. cit.*, pp. 177-179.

²² SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., *op. cit.*, p. 247.

²³ DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.M., *op. cit.*, pp. 246, 247, 260-262.

criterio hermenéutico esencial, y que se valore si en el concreto supuesto de hecho la vulneración de las normas administrativas implica "un verdadero atentado" al citado interés. De modo certero, la autora que seguimos concluye que, cuando se trate de la mera inobservancia de normas administrativas que no afecten al derecho de sufragio, tales comportamientos habrán de quedar orillados del instrumento penal, "lo que se podrá lograr mediante una interpretación restrictiva de los delitos electorales pero también mejorando la descripción típica e incorporando factores de lesividad o, incluso, destipificando algunas conductas punibles recogidas en la legislación actual".

Por último, en este apartado, y a título anecdótico, podemos mencionar la regulación en materia de encuestas electorales que se contiene en el ordenamiento penal mexicano. En concreto, aludimos a la Ley General en Materia de Delitos Electorales (LGMDE), de fecha 23 de mayo de 2014 -última reforma publicada el 20 de mayo de 2021-. El art. 7 LGMDE contiene un listado de delitos electorales que se castigan con pena "de cincuenta a cien días multa y prisión de seis meses a tres años". El núm. XV del art. 7 castiga al que: "(d)urante los tres días previos a la elección y hasta la hora del cierre oficial de las casillas que se encuentren en las zonas de husos horarios más occidentales del territorio nacional, publique o difunda por cualquier medio los resultados de encuestas o sondeos de opinión que tengan por objeto dar a conocer las preferencias electorales de los ciudadanos". Como podemos observar, dicha regulación es más concreta que la española. En ella se determina con precisión la conducta, que consiste en la publicación o difusión, por cualquier medio, de encuestas o sondeos electorales. Además, se limita el plazo temporal a los tres días previos a la elección. No se opera, como en la LOREG, una remisión indeterminada a la normativa en materia de encuestas electorales, de donde se colige que, aunque sumamente criticable en cuanto a su contenido -en lo que no entraremos-, dicho precepto determina con precisión el supuesto de hecho al que se aplica.

3.- PROBLEMAS INTERPRETATIVOS Y REFLEXIONES FINALES

El escueto art. 145 LOREG presenta una gran problemática interpretativa y conculca varios principios esenciales del ordenamiento punitivo. Salvo error u omisión de quien suscribe, no existen antecedentes jurisprudenciales penales de su aplicación, toda vez que no se ha encontrado ninguna resolución del Alto Tribunal ni de ningún otro órgano judicial en que se aplique este delito, lo que puede deberse a dos motivos: a la impericia del buscador en dicha tarea -lo que resultaría factible- o, en segundo lugar, a la deficiente y disfuncional redacción y contenido del delito. Pues bien, si tomamos esta segunda hipótesis como asumible -aunque sin abandonar la primera-, hemos de convenir en que la literalidad del art. 145 LOREG lamina el principio de legalidad en su vertiente de taxatividad de los tipos. Nos hallamos ante una norma penal en blanco en la que el supuesto de hecho no se encuentra, en absoluto, delimitado en el tipo, lo que confronta con la propia noción de norma penal en blanco. En este sentido, podemos

tomar en consideración la clásica STC 127/1990²⁴, de 5 de julio, en la que se confirmó la constitucionalidad de dicho instrumento, indicando que se trata de "normas penales incompletas en las que la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentre agotadoramente prevista en ellas, debiendo acudir para su integración a otra norma distinta, siempre que se den los siguientes requisitos: que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza o, como señala la citada STC 122/1987, se dé la suficiente concreción, para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada".

Si aplicamos tales criterios al delito del art. 145 LOREG, observamos que no se cumplen sus requisitos. No se define el núcleo esencial de la prohibición y no existe certeza, ya que el tipo analizado solo alude a que se infrinja la normativa en materia de encuestas electorales. No se concreta a qué normativa se refiere y, a mayor abundamiento, coexisten infracciones administrativas y delitos con un mismo objeto -las encuestas electorales-, sin que se faciliten al intérprete los criterios de delimitación entre ambos órdenes jurisdiccionales. En este sentido, resultan aplicables las consideraciones de ABEL SOUTO a propósito de la figura de las normas penales en blanco, cuando escribía que "la noción de delito no se diferencia de la infracción administrativa, produciéndose una habilitación al reglamento para definir delitos, lo que resulta constitucionalmente inadmisibles. Efectivamente, el principio de justificación de la remisión en lo estrictamente necesario proscribiera este tipo de reenvíos sin más a la infracción de leyes o reglamentos, absolutamente ambiguos e indeterminados"²⁵. De este modo, la técnica legislativa empleada resulta censurable.

Precisamente, para restringir el ámbito operativo de este delito, los distintos autores que lo han tratado han hecho especial hincapié en que únicamente son constitutivas de delito las infracciones de la normativa electoral que sean reputadas como graves y que tengan incidencia en el bien jurídico tutelado. Lo primero que debemos indicar es que no existen ningún criterio legal para ponderar la gravedad. No se atiende a un *quantum*, ni se suministra por el legislador ningún tipo de parámetro cualitativo que sirva para efectuar una gradación de la gravedad. Es más, y en sentido estricto, el tipo no exige, en modo alguno, que el incumplimiento de la normativa en materia de encuestas electorales sea grave. Por lo tanto, nos hallamos ante una serie de criterios doctrinales de restricción que carecen de cobertura normativa. Como no puede ser de otro modo, debemos comenzar analizando la alusión al bien jurídico protegido como elemento rector en la exégesis del tipo. Con la doctrina mayoritaria, compartimos que el interés

²⁴ STC 127/1990, de 5 de julio, ponente Excmo. Sr. D. Fernando García-Mon y González-Regueral, ECLI:ES:TC:1990:127.

²⁵ ABEL SOUTO, M., "Las leyes penales en blanco", *Nuevo Foro Penal*, núm. 68, 2005, pp. 13-30.

tutelado en este precepto es el derecho de sufragio -tanto activo como pasivo-. Pues bien, aunque algunos autores exijan que es necesario que los resultados expuestos por los sondeos puedan tener incidencia en la orientación del voto, ello constituye un imponderable de difícil, por no decir imposible, determinación. Habría que atender al grado de difusión del medio o canal en que se produce, al nivel alcanzado por la falsificación, ocultación o modificación deliberada, a los propios resultados electorales y a imponderables como el nivel de participación o abstención en un grupo poblacional determinado -estatal, autonómico o municipal-, entre otros elementos. De ahí que la afirmación de la aptitud de una encuesta electoral para alterar la integridad del proceso electoral constituya un elemento difuso, vago e impreciso.

Como se aprecia, se trata de aspectos contingentes, variables, que no responden a una relación de causalidad y en los que se observan elementos multifactoriales -situación personal en el día de las elecciones, trabajo, convicciones personales, noticias de última hora, cualquier tipo de urgencia o emergencia...-. A su vez, ha de tomarse en consideración que existe una multitud de entidades que desarrollan actividades demoscópicas, por lo que resulta una misión imposible concretar la incidencia que una de ellas ha tenido o puede tener en un proceso electoral. Así las cosas, se trata de un criterio de restricción bienintencionado, pero de dudosa efectividad y aplicación. Asimismo, y pese a que los autores que seguimos reputan como únicas infracciones graves del art. 69 LOREG los tres tipos que citamos con anterioridad, podemos agregar que ello carece de base legal suficiente, toda vez que la LOREG no suministra parámetros valorativos de la gravedad de las infracciones. Por ello, aunque se haya asumido que solo serán infracciones graves las relativas a las falsificaciones, ocultaciones o modificaciones deliberadas de los datos e informaciones de los sondeos publicados, al incumplimiento o cumplimiento incorrecto de las especificaciones previstas en el número primero del art. 69, y la falta de respeto a la prohibición establecida en el apartado séptimo de ese artículo, consistente en que durante los cinco días anteriores al de la votación queda prohibida la publicación y difusión de sondeos electorales por cualquier medio de comunicación, una interpretación literal del art. 145 LOREG permitiría que cualquiera de las infracciones del art. 69 LOREG pudiera ser calificada como delito, lo que quiebra toda idea de proporcionalidad, ante la notable diferencia cualitativa entre tales comportamientos. Por ende, aunque compartamos que la clasificación tripartita aglutina los aspectos de mayor gravedad, ello carece de base legal.

A mayores, hemos de agregar que otros de los criterios de restricción que se han empleado no pueden ser asumidos. Como ya adelantamos, no ha lugar a acudir al principio de intervención mínima del Derecho Penal, desde la perspectiva del intérprete, ya que dicho principio vincula al legislador, mientras que el juez o tribunal está supeditado al principio de legalidad. Tampoco podemos asumir que se utilice como criterio delimitador el hecho de la reiteración en la conducta, o que haya existido una advertencia previa de la JEC y, pese a ello, no se hubiese atendido, lo que se

ha defendido por algún autor²⁶. La LOREG no recoge ninguna referencia a esa pretendida conversión de las infracciones administrativas en delito, por lo que se estaría efectuando una interpretación analógica *contra reo*, proscrita por el ordenamiento punitivo. Tampoco se contiene que una desobediencia a un mandato de la LOREG haya de ser tomada en consideración para determinar la gravedad del comportamiento, por lo que nuevamente constituye una intelección contraria al *reo*, carente de apoyo legal.

Las dificultades dogmáticas que apreciamos a la hora de concretar el perímetro de actuación de este delito, así como las objeciones que conllevan algunos de los criterios empleados por la doctrina, nos llevan a cuestionarnos si nos hallamos ante una incriminación necesaria o si, por el contrario, habría de destipificarse dicho delito, debido a la posible suficiencia del ordenamiento administrativo sancionador en este ámbito. Lo primero que hemos de indicar es que las encuestas electorales, en efecto, constituyen un medidor relevante de un estado de opinión pública en un concreto momento temporal: el proceso electoral. En ese sentido, son un instrumento idóneo o adecuado para pulsar el clima de opinión, para pronosticar tendencias y posibles cambios o mantenimientos en la forma de organización política de un concreto ámbito territorial. Sin embargo, su relevancia ha de ser relativizada. Han existido -y seguirán existiendo- sonadas discordancias entre los vaticinios formulados por muchas agencias demoscópicas -incluida alguna estatal- y los resultados finalmente acaecidos. Las encuestas y sondeos tienen un valor, sí, pero éste no ha de resultar sobredimensionado, so riesgo de perder la perspectiva sobre la legitimidad de las incriminaciones penales. Evidentemente, como en muchos ámbitos no criminalizados, ha de exigirse que la confección de tales instrumentos sea veraz, correcta, objetiva y sin sesgos manipuladores. Para ello se cuenta con un arsenal sancionador en vía administrativa, que cumpliría de modo correcto con su papel, como es de ver en las distintas sanciones impuestas por la JEC a propósito de incumplimientos en materia de encuestas electorales.

Además, y en cuanto a las concretas conductas de difusión y reproducción de encuestas y sondeos, nos hallamos ante la colisión con el derecho fundamental a las libertades de expresión y de información. El hecho de limitar qué se puede difundir en prensa en un concreto momento -los cinco días anteriores a las elecciones- supone una suerte de censura temática, acotada temporalmente, difícil de sostener en el marco de una democracia consolidada y, sobre todo, conjugando dicho aspecto con las TIC y la posibilidad de reproducción y difusión de contenidos por medios diferentes a los tradicionales. A ello cabe agregar que el ciberespacio se caracteriza, entre otros aspectos²⁷, por su carácter transnacional, deslocalizado, no centralizado y distribuido, así como por el hecho de que favorezca el anonimato. En este sentido, han variado notablemente, desde que se promulgó la LOREG, las fuentes de información de los ciudadanos. Esta revolución tecnológica permanente permite que se acceda a contenidos difundidos desde el

²⁶ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., *op. cit.*, p. 246.

²⁷ MIRÓ LLINARES, F., *El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 152-161.

extranjero de igual modo que a los que se emiten desde territorio nacional. Ello pone de relieve las dificultades de aplicación de los delitos en materia de encuestas electorales, incluso, desde el plano de la ausencia de jurisdicción de los juzgados y tribunales penales españoles, ex art. 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). Este supuesto no es de laboratorio, sino que se produce, con asiduidad, en cada período electoral, cuando se puede acceder a las encuestas y sondeos que se difunden en medios extranjeros que, en ocasiones, son sucursales de medios de comunicación domiciliados en España.

En su génesis, al tipificar los delitos electorales, la LOREG partía de una democracia incipiente, que transitaba sus primeros años. Pretendía, por ende, orillar cualquier estado de zozobra o agitación en el cuerpo electoral que pudiese condicionar los resultados electorales y, con ello, el designio político del país. Podemos entender, por lo tanto, que algunas de las medidas que se adoptaban tenían un cierto aire protector, por no decir paternalista, en que se pretendía alejar al elector de cualquier elemento que pudiese alterar su tranquilidad de ánimo, en un momento tan crucial como es la elección de los representantes públicos. Solo bajo dichas coordenadas sobreprotectoras se pueden explicar figuras como la jornada de reflexión y las prohibiciones y limitaciones que se imponen en ella. En muchos foros informales y medios de comunicación, en cada proceso electoral, surge la cuestión de la necesidad de la jornada de reflexión. Lo mismo podría agregarse de la prohibición de publicación de sondeos en los cinco días anteriores a las elecciones. ¿Por qué a los cinco días y no a los tres, como en el caso mexicano citado con anterioridad? ¿O por qué no a los siete? Ciertamente, dicha prohibición resulta discutible en la actualidad. Nos encontramos en un país que goza de una democracia plena y consolidada, con una sociedad plural, heterogénea e instruida, y donde las TIC han revolucionado las relaciones sociales y la comunicación y el acceso a la información. Todo es inmediato y a golpe de click, por lo que esa prohibición de publicación de encuestas queda desdibujada si el elector, desde su smartphone, puede acceder a una encuesta publicada en Francia el día antes de las elecciones, por poner un ejemplo.

Otro dato a tener en cuenta es que, frente a lo que pueda semejar, el período electoral es un momento de normalidad democrática, a través del cual se produce la manifestación del derecho de participación política en su máximo esplendor y mediante el cual se evidencia el pluralismo político, valor superior del ordenamiento jurídico en España conforme prescribe la Carta Magna. No cabe estimar que una única encuesta o sondeo -de entre los cientos que se publican- vaya a producir un estado colectivo de afectación tal que pueda incidir en el resultado electoral final. El nuevo panorama de la pluralidad de agencias demoscópicas, de su normalización como actividad privada y del carácter relativo que ha de conferirse a los resultados de los sondeos -que en modo alguno constituyen, frente a lo que algunos pretendan, máximas de fe-, ligado a la proliferación de medios, canales y vías de comunicación, así como el carácter transnacional de las TIC, son factores que han de tomarse en consideración a la hora de valorar este delito. Si bien, y con todo, ha de afirmarse que no concurre ninguna suerte de

estado de agitación colectivo, ni se nublan, en modo alguno, las capacidades intelectivas ni volitivas de los electores por hallarse inmersos en dicho proceso.

De hecho, ello nos puede llevar a dar un salto lógico y a apuntar un aspecto que sería clave para valorar la legitimidad de esta tipificación: ¿han de reprimirse penalmente las *fake news*? Se trata de un tema de actualidad, que ha sido analizado por algunos autores y que únicamente vamos a enunciar en estas breves líneas, por cuanto un estudio completo de la cuestión desbordaría por completo los fines de este trabajo. Como hemos dicho, y conectando con lo anterior, en los períodos electorales nos hallamos en momentos históricos relevantes, pero en los que no cabe afirmar que se propague ninguna clase de zozobra en el ánimo de los electores. Pues bien, ello nos lleva a referir un supuesto particular de limitación de la libertad de expresión e información que sí se encuentra penado en el texto punitivo y que, por ende, podría ser un precursor de la incriminación de las *fake news*. Hacemos referencia al art. 594²⁸ CP, dentro de los delitos que comprometen la paz o la independencia del Estado, ubicado sistemáticamente en el Título XXIII, "*De los delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la Defensa Nacional*". Como se desprende de la literalidad del precepto transcrito, este delito solo se puede cometer en un momento determinado, en tiempo de guerra. En dicho caso cabe estimar que la normalidad democrática se ve comprometida y que, por lo tanto, sí nos hallamos ante un estado de agitación o conmoción nacional. Además, se reprime la comunicación o el hecho de hacer circular noticias o rumores falsos, con una finalidad específica, cifrada en que se perjudique al crédito del Estado o a los intereses de la Nación. Por lo tanto, en tal marco temporal, la difusión de bulos con la finalidad de perjudicar los intereses nacionales sí que puede tener una influencia directa y decisiva en las acciones que lleven a cabo los sujetos a los que alcance la difusión, precisamente, por el hecho de dar credibilidad a tales informaciones en momentos de riesgo vital y de la propia supervivencia estatal.

Efectuada esta acotación, podemos apostillar que la posible incriminación de las *fake news* ha sido abordada desde distintas instancias oficiales. Podemos citar la Nota emitida por la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado²⁹ (FGE), en abril de 2020, titulada "*Tratamiento Penal de las Fake News*", donde se indicaba que "*las noticias falsas son de tan variado contenido que, dependiendo de a qué se refieran y con qué intención sean difundidas, pueden llegar a integrar muy diferentes tipos penales [...]*", y se enumeraban los siguientes ilícitos penales: delitos de odio, descubrimiento y revelación de secretos, delito contra la integridad moral, desórdenes públicos, injurias y calumnias, delitos contra la salud pública, estafas, intrusismo y delitos contra el mercado y los consumidores. Sobre dicho documento, y la posibilidad

²⁸ Art. 594 CP: "*1. El español que, en tiempo de guerra, comunicare o hiciere circular noticias o rumores falsos encaminados a perjudicar el crédito del Estado o los intereses de la Nación, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años. 2. En las mismas penas incurrirá el extranjero que en el territorio español realizare cualquiera de los hechos comprendidos en el apartado anterior*".

²⁹ Texto disponible en: <https://www.icab.es/export/sites/icab/.galleries/documents-noticias/tratamiento-penal-de-las-fake-news-fiscalia-general-del-estado.pdf>.

de un tratamiento específico de las *fake news*, se pronuncia críticamente DE LA MATA BARRANCO³⁰, cuando refiere que “pretender dar una vuelta de tuerca al modo en que han de tratarse los “bulos” respecto a como ya están siendo tratados, cuando tienen relevancia ofensiva, por el Derecho Penal no conduce a ningún sitio. Los delitos son los y lo que son, por muchas vueltas que se les dé y los bulos, por muy dura que sea la época en que se produzcan, son también lo que son, y en la mayoría de los casos no son más que afirmaciones estúpidas de gente perezosa, inculta, aburrida o malintencionada. Pero no mucho más”.

Como señala con acierto LEÓN ALAPONT³¹, el catálogo de delitos enumerado por la Secretaría Técnica de la FGE es incompleto y podrían incluirse, entre otros, los delitos electorales. Resulta en todo punto compatible la opinión de dicho autor cuando expresa que las *fake news* no requieren un tratamiento penal específico, puesto que “en aquellos casos que lleguen a ser delictivos, la generación y difusión de noticias falseadas no será más que una modalidad comisiva de entre tantas otras que contempla nuestro ordenamiento jurídico-penal”, por tal motivo, no cabe afirmar la existencia de un bien jurídico único y específico del fenómeno de las *fake news*, “sino que la batalla contra la generación y propagación de noticias falsas se lograría a través de la protección de aquellos bienes jurídicos que ya se encuentran tras cada uno de los delitos”. A ello añade que cuando sea precisa la intervención del ordenamiento punitivo en dicho ámbito, esto debe hacerse “de la forma más restrictiva posible dado que los derechos a la libertad de expresión y de información (art. 20.1 CE) gozan de una especial protección y preeminencia en nuestro sistema democrático”. Dicho autor no se muestra partidario de la incriminación de un tipo penal específico de lucha contra las estrategias de desinformación, y señala que se trata de un ámbito propio de la geopolítica de la información, como es de ver en las estrategias internacionales al respecto y que, por lo tanto, los esfuerzos han de concentrarse “en el ámbito de los servicios de inteligencia, de la contrainformación”.

Constituye un debate complejo, con aristas interesantes y en el que, lamentablemente, y por razones de espacio, no podemos profundizar. Sin embargo, hemos de constatar que las *fake news* y la desinformación constituyen una problemática de primera magnitud en los procesos electorales, y han tenido influencia en distintos países y elecciones³², lo que se ha visto favorecido por el desarrollo de las TIC y de las nuevas tecnologías, como una amplia capacidad de difusión. Ahora bien, la materia específica que tratamos, la relativa a las encuestas electorales, constituye un sector concreto dentro de esa amplia amalgama de posibilidades. A nuestro parecer, el mantenimiento de su incriminación penal resulta innecesario y sería precisa una revisión de los delitos electorales -no solo del contenido en el art. 145 LOREG-. Debemos convenir en

³⁰ DE LA MATA BARRANCO, N.J, “Bulos, Derecho Penal y estado de alarma”, publicado el 19 de abril de 2020 en el Blog *Almacén de Derecho*, disponible en <https://almacendederecho.org/bulos-derecho-penal-y-estado-de-alarma/>.

³¹ LEÓN ALAPONT, J., “La lucha contra la desinformación y las «fake news» a través del Derecho Penal: acerca de la ¿conveniencia? y ¿eficacia? de dicha intervención”, *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 152, 2021, pp. 21-23.

³² Al respecto, y de modo extenso, *vid.* MAGALLÓN ROSA, R., “La (no) regulación de la desinformación en la Unión Europea. Una perspectiva comparada”, *Revista de Derecho Político*, núm. 106, 2019, pp. 319-346.

que en España existe una amplia y consolidada cultura democrática, en estos casi 45 años desde que se aprobó la CE. Constituye una infracción penal anacrónica, propia de tiempos pretéritos, que no tiene en cuenta la modificación en los hábitos, medios y formas comunicativas, ni el impacto que el desarrollo de las TIC ha conllevado en la obtención de la información. Tales delitos no se cohonestan ni con el devenir de los tiempos ni con la madurez que se presume de un electorado autocrítico. Se trata de una figura inconcreta, imprecisa, ineficiente, ineficaz, de nula aplicación y que únicamente cercena la libertad de expresión con la conminación de una pena innecesaria, habida cuenta la posibilidad del reproche administrativo de tales comportamientos.

En esta línea, hemos de predicar la suficiencia de la sanción administrativa, a la vista de que no existen criterios legales de delimitación entre ambos órdenes sancionadores, y no se justifica cuándo ha de acudir al remedio penal. Si atendemos a los tres tipos de delitos electorales en esta materia que la doctrina reputa como graves y, por ende, tributarios de la respuesta penal, hemos de convenir en que resulta discutible que hayan de ser reprimidos en esta vía:

i) cuando se alude a la falsificación, alteración o modificación de las encuestas, hemos de tomar en consideración que no se trata de documentos públicos, que su trascendencia ha de ser relativizada y que la pluralidad de herramientas demoscópicas existentes en la sociedad actual lleva a que sea prácticamente imposible afirmar que una concreta encuesta pueda producir un vuelco electoral o tenga una incidencia sustancial en la movilización, desmovilización o sentido del voto del cuerpo electoral. En todo caso, si se considera necesitado de protección, cabe acudir a la vía administrativa para su persecución, y la JEC así lo ha demostrado en múltiples sanciones impuestas por incumplimiento de dicha normativa.

ii) En cuanto a las prohibiciones relativas a su publicación y difusión en el plazo de los 5 días antes de las elecciones, constituye una suerte de censura inútil, a la vista de las posibilidades de difusión en el ciberespacio. Además, es una medida paternalista, que pone en tela de juicio la madurez del cuerpo electoral, su pensamiento crítico, su capacidad de discernimiento y su raciocinio ante publicaciones adulteradas. Es un exceso propio del momento en que surgió el precepto pero que, tras casi cuarenta años de vigencia, se ha convertido en un elemento que cercena la libertad de expresión y de información. El período electoral no conlleva ninguna clase de tiempo excepcional en que se anulen las facultades intelectivas de los sujetos, ni se suprime su facultad autocrítica de analizar la veracidad o falsedad de las encuestas. Además, con esta vía sería posible reprimir al simple mensajero, y constituye un mensaje muy negativo para los medios de comunicación, en un Estado que ha de velar por el pluralismo, también informativo.

iii) Por último, el incumplimiento o cumplimiento incorrecto de las especificaciones previstas en el número primero del art. 69 LOREG alude a aspectos puramente técnicos del modo de confección de la encuesta. En este sentido, recordemos que dicho precepto manifiesta que "1. Los realizadores de todo sondeo o encuesta deben,

bajo su responsabilidad, acompañarla de las siguientes especificaciones, que asimismo debe incluir toda publicación de las mismas: a) Denominación y domicilio del organismo o entidad, pública o privada o de la persona física que haya realizado el sondeo, así como de la que haya encargado su realización. b) Características técnicas del sondeo, que incluyan necesariamente los siguientes extremos: sistema de muestreo, tamaño de la muestra, margen de error de la misma, nivel de representatividad, procedimiento de selección de los encuestados y fecha de realización del trabajo de campo. c) Texto íntegro de las cuestiones planteadas y número de personas que no han contestado a cada una de ellas". No se alcanza a ver en qué medida la omisión de las características técnicas del sondeo puede afectar, de un modo realista, al resultado electoral, ni que tenga ningún tipo de incidencia en el sentido del voto ni en el comportamiento de los electores, con lo que no se cumpliría el principio de ofensividad, al estar muy alejada de la lesión del bien jurídico tutelado.

Como podemos apreciar, incluso en las modalidades que la doctrina ha considerado como incumplimientos graves de la normativa electoral, resulta sumamente discutible que hayan de ser reputados como tales y, por ende, merecedores de pena. Debemos concluir que el delito electoral del art. 145 LOREG quebranta el principio de legalidad en materia penal, por su falta de concreción y porque se equiparan las conductas subsumibles en la infracción administrativa y en el delito, sin que se brinden parámetros delimitadores, lo que también quiebra los principios de proporcionalidad y de culpabilidad. Los criterios de restricción que ha aportado la doctrina, aunque bienintencionados, en ocasiones son demasiado vagos y genéricos, cuando no de imposible utilización por el intérprete. La norma penal en blanco que se contiene en el art. 145 LOREG incumple las prescripciones del TC al respecto y, por último, se sobrevalora el propio concepto de encuestas electorales y su alcance, con una palmaria desatención del nuevo escenario informativo generado por la revolución de las TIC. Así las cosas, y ante su colisión con el derecho fundamental a la libertad de expresión e información, estimamos que ha de destipificarse este delito y mantenerse, únicamente, la posibilidad de sanción administrativa. El electorado español es lo suficientemente maduro y autocrítico como para discernir y analizar la veracidad de la información que recibe, y para tomar las decisiones oportunas y en conciencia, por lo que han de suprimirse los excesos paternalistas y los tratamientos legales que ponen en tela de juicio la capacidad analítica de la población llamada a la consulta electoral. Cada cual sabrá qué medios y cauces de comunicación e información consume, a qué contenidos da credibilidad y qué influencia ha de tener este elemento en la decisión final de depositar su voto, o de no hacerlo, pero ello, con plena libertad de elección.

4.- BIBLIOGRAFÍA

ABEL SOUTO, M., "Las leyes penales en blanco", *Nuevo Foro Penal*, núm. 68, 2005, pp. 13-30.

ARNALDO ALCUBILLA, E., *Tiempo de constitución. Límites, controles y contrapesos del poder*, Editorial Universitaria Ramón

Areces, Madrid, 2021.

BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., "Delitos electorales, en "sentido estricto", cometidos por particulares: Artículos 141, 142, 144 y 145 LOREG", en BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F. (dir.), *Corrupción electoral: delitos e infracciones electorales*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 141-180.

CRUZ BLANCA, M.J., "La protección penal del derecho de sufragio: Los delitos electorales", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 15, 2013.

DE LA MATA BARRANCO, N.J., "Bulos, Derecho Penal y estado de alarma", publicado el 19 de abril de 2020 en el Blog *Almacén de Derecho*, disponible en <https://almacenederecho.org/bulos-derecho-penal-y-estado-de-alarma/>.

DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.M., "Concurrencia de infracciones y sanciones penales y administrativas en el ámbito electoral: Manifestaciones del principio "non bis in idem"", en BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F. (dir.), *op. cit.*, pp. 233-284.

LEÓN ALAPONT, J., "La lucha contra la desinformación y las «fake news» a través del Derecho Penal: acerca de la ¿conveniencia? y ¿eficacia? de dicha intervención", *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 152, 2021.

MAGALLÓN ROSA, R., "La (no) regulación de la desinformación en la Unión Europea. Una perspectiva comparada", *Revista de Derecho Político*, núm. 106, 2019, pp. 319-346.

MAZA MARTÍN, J.M., *Delincuencia electoral y responsabilidad penal de los partidos políticos*, Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2017.

MIRÓ LLINARES, F., *El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

MORILLAS CUEVA, L., "Doble dimensión penal de la contabilidad irregular en procesos electorales como forma de corrupción", en MORILLAS CUEVA, L. (dir.), *Respuestas jurídicas frente a la corrupción política*, Dykinson, Madrid, 2021, pp. 121-165.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 24ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

MUÑOZ CUESTA, J./MARTÍ CRUCHAGA, V., "Delitos electorales", *Diario La Ley*, núm. 6887, 2008.

PÉREZ ALONSO, E.J., "Régimen electoral penal y delitos electorales cometidos por particulares relativos a propaganda y encuestas electorales", en SUÁREZ LÓPEZ, J.M./BARQUÍN SANZ, J./BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F./JIMÉNEZ DÍAZ, M.J./SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E. (coords.), *Estudios jurídico penales y criminológicos: en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva*, vol. 2, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 1443-1470.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, M., "Los delitos electorales. análisis jurisprudencial del delito de propaganda electoral", *Revista General de Derecho Penal*, núm. 6, 2006.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., "Delitos en materia de encuestas electorales", en FARALDO CABANA, P. (dir), BRANDARIZ GARCÍA, J.A. (coord.), *Comentarios a la legislación penal especial*, Lex Nova, Valladolid, 2012, pp. 244-247.

VIZUETA FERNÁNDEZ, J., "Legislación penal especial", en ROMEO CASABONA, C.M./SOLA RECHE, E./BOLDOVA PASAMAR, M.A. (coords.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª ed., Comares, Granada, pp. 897-909.