

**Consulta 2/2024, de 3 de abril, sobre el delito de propaganda electoral extemporánea**

Índice: 1. Planteamiento y objeto de la consulta. 2. Consideraciones preliminares. 3. Especial referencia a los conceptos de «campana electoral» y «propaganda electoral». 4. Bien jurídico protegido. 5. Sujeto activo del delito. 6. Conducta típica. 6.1 Delito de peligro. 6.2 Tipo subjetivo. 7. Propaganda electoral y redes sociales. 8. Criterios de delimitación entre el delito y la infracción electoral. 9. Conclusiones

**1. Planteamiento y objeto de la consulta**

El art. 144.1.a) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, *del Régimen Electoral General* (en adelante LOREG), castiga con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses a quienes realicen actos de propaganda electoral una vez finalizado el plazo de la campana electoral.

La Fiscalía consultante se dirige a la Fiscalía General del Estado al objeto de expresar sus dudas a propósito de la calificación jurídica que merece la publicación en redes sociales de mensajes electorales durante la jornada de reflexión.

En particular, se pone de relieve la existencia de criterios jurisprudenciales oscilantes y la inexistencia de pautas interpretativas sólidas que permitan delimitar con la deseable seguridad jurídica entre el delito de propaganda electoral extemporánea y la infracción electoral sancionada en el art. 153.1 LOREG.

A pesar de que en los últimos años ha proliferado la publicación de mensajes con contenido electoral tras la finalización de la campana, principalmente como consecuencia de la generalización del uso de las redes sociales, no existen

pautas que permitan delimitar los respectivos ámbitos de aplicación del delito de propaganda electoral extemporánea del art. 144.1.a) LOREG y la infracción del art. 153.1 LOREG.

Ciertamente, se trata de una cuestión a la que se ha prestado escasa atención, constatándose la existencia de disparidad de opiniones. Ello revela la oportunidad de impartir criterios de actuación que garanticen la unidad de actuación del Ministerio Fiscal en este ámbito.

## **2. Consideraciones preliminares**

Los delitos electorales se encuentran regulados en el Capítulo VIII del Título Primero de la LOREG. Se trata de una ley penal especial impropia que pretende ofrecer un tratamiento unificado y global al variado conjunto de materias comprendidas bajo el concepto de régimen electoral general.

El hecho de que los delitos electorales se encuentren regulados en una ley penal especial no implica que no estén plenamente sometidos a los principios informadores que orientan el derecho penal. De conformidad con lo previsto en el art. 9 CP y en el art. 138 LOREG, el Título Preliminar del Código Penal resulta de aplicación directa y preferente a los delitos electorales tipificados en la LOREG. En todo lo demás, la regulación contenida en el Código Penal es de aplicación supletoria. Cabe apreciar, por consiguiente, una estrecha relación de complementariedad entre el contenido penal de la LOREG y el Código Penal.

A pesar de la extraordinaria heterogeneidad y falta de sistematicidad que presentan los delitos electorales (arts. 139 a 150 LOREG), todos ellos tienen como denominador común describir conductas que vulneran algún aspecto de la normativa electoral y que, de algún modo, impiden, obstaculizan o dificultan el

ejercicio del derecho de sufragio proclamado en el art. 23 CE, sea en su vertiente activa, en su vertiente pasiva o en ambas simultáneamente.

El art. 144.1.a) LOREG castiga la conducta consistente en «realizar actos de propaganda una vez finalizado el plazo de la campaña electoral», regulación que recuerda a la recogida en el art. 84.1 del derogado Real Decreto-Ley 20/1977, de 18 de marzo, *sobre Normas Electorales*. Por otro lado, el art. 153.1 LOREG castiga como infracción electoral toda infracción de las normas obligatorias establecidas en la LOREG que no constituya delito.

A la vista del tenor literal de ambos preceptos, la posibilidad de ofrecer criterios hermenéuticos que garanticen la unidad de actuación del Ministerio Fiscal a la hora delimitar entre el ilícito penal y la infracción electoral constituye una tarea compleja que pasa necesariamente por realizar un exhaustivo análisis de los elementos objetivos y subjetivos del delito de realización extemporánea de actos de propaganda electoral del art. 144.1.a) LOREG.

### **3. Especial referencia a los conceptos de «campaña electoral» y «propaganda electoral»**

La recta interpretación del art. 144.1.a) LOREG exige delimitar con la mayor precisión posible los conceptos de «campaña electoral» y «propaganda electoral».

Al abordar esta tarea, conviene advertir, en primer lugar, que nos hallamos ante una norma penal en blanco que precisa ser completada con la normativa electoral que se contiene en la LOREG o, en su caso, en las normas encargadas de regular el específico proceso electoral o referéndum de que se trate.

A propósito de esta última cuestión, nótese que las disposiciones de la LOREG, según establece su art. 1.1, solo son de aplicación directa a las elecciones de diputados y senadores a Cortes Generales, sin perjuicio de lo dispuesto en los estatutos de autonomía para la designación de los senadores previstos en el art. 69.5 CE; a las elecciones de los miembros de las corporaciones locales; y a las elecciones de los diputados del Parlamento Europeo. En cuanto a las asambleas de las comunidades autónomas, el art. 1.2 LOREG precisa que dicha norma únicamente es de aplicación directa respecto de los preceptos en que así se prevé expresamente, de conformidad con la D.A. 1.ª LOREG, teniendo esta ley carácter supletorio en todo lo demás.

La locución «campaña electoral» es una expresión lingüística de naturaleza polisémica. La propia LOREG la utiliza indistintamente para referirse, por un lado, al conjunto de actos desarrollados para persuadir al electorado en orden a la captación de sufragios [*v.gr.* arts. 50.2, 54.1, 54.3, 130.c), 130.g) o 171] y, por otro, como fase concreta del proceso electoral [*v.gr.* arts. 10.1.b), 11.1.b), 49.5.c), 51, 60.2, 125.3, 144.1.a) o 148].

A la primera de las acepciones se refiere específicamente el art. 50.4 LOREG cuando dispone que «se entiende por campaña electoral, a efectos de esta Ley, el conjunto de actividades lícitas llevadas a cabo por los candidatos, partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones en orden a la captación de sufragios».

A su configuración como concreta fase electoral alude el art. 51 LOREG, en el que expresamente se indica que «la campaña electoral comienza el día trigésimo octavo posterior a la convocatoria. Dura quince días. Termina, en todo caso, a las cero horas del día inmediatamente anterior a la votación».

Por otro lado, del tenor literal del primer inciso del párrafo primero del art. 53 LOREG se infiere que el legislador diferencia entre los actos de campaña

electoral y la denominada propaganda electoral: «No puede difundirse propaganda electoral ni realizarse acto alguno de campaña electoral una vez que ésta haya legalmente terminado».

Esta distinción se encuentra presente en términos aún más taxativos en el art. 144.2 LOREG, en el que expresamente se indica que «serán castigados con las penas de prisión de seis meses a dos años y la de multa de seis meses a un año los miembros en activo de las Fuerzas Armadas y Seguridad del Estado, de las Policías de las Comunidades Autónomas y Locales, los Jueces, Magistrados y Fiscales y los miembros de las Juntas Electorales que difundan propaganda electoral o lleven a cabo otras actividades de campaña electoral».

Pese a que la distinción entre «actos de campaña electoral» y «propaganda electoral» no ha sido trazada con detalle ni por la jurisprudencia ni por la doctrina, puede afirmarse que la propaganda electoral constituye una modalidad de acto de campaña electoral. Ello permite concluir que existe una relación de género a especie entre los conceptos de campaña electoral y de propaganda electoral en la que la primera constituye el género y la segunda la especie.

A diferencia de la «campaña electoral» (art. 50.4 LOREG), el ordenamiento jurídico no contiene una definición de «propaganda electoral», concepto cuyos contornos resultan difíciles de precisar, lo que en la práctica ha generado no pocas dudas interpretativas.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo se ha pronunciado en una única ocasión acerca de esta cuestión. En concreto, la STS de 14 de febrero de 1992 (rec. 6571/1989) señala que «lo cierto es que toda acción tendente a persuadir al ciudadano para que emita su voto a favor de un candidato, o, por el contrario, dirigida a disuadir de semejante opción, siempre con una proyección pública,

puede identificarse, atendiendo a las circunstancias, con el acto propagandístico proscrito, por extemporáneo, por la ley electoral».

Criterio que ha sido ampliamente asumido por las audiencias provinciales: SSAP Tarragona (Sección 2ª) 411/2001, de 12 de noviembre; Almería (Sección 2ª) 36/2004, de 18 de febrero; Ourense (Sección 1ª) 48/2004, de 25 de junio; Tenerife (Sección 2ª) 405/2009, de 7 de mayo; Jaén (Sección 1ª) 140/2011, de 15 de junio; Barcelona (Sección 10ª) 638/2011, de 4 de julio; Madrid (Sección 17ª) 260/2018, de 26 de marzo; Girona (Sección 4ª) 445/2018, de 20 de septiembre; ATSJ Comunidad Valenciana 33/2020, de 22 de junio.

En lo que ahora interesa, la jurisprudencia y la doctrina mayoritarias han asumido una interpretación restrictiva del término «propaganda electoral», debiendo entenderse que se circunscribe a los actos de captación —directa o indirecta— del voto y no, por el contrario, a otro tipo de mensajes electorales, aun cuando pudieran tener influencia o repercusión en el resultado electoral. En palabras de la STS (Sala Tercera) 1655/2016, de 6 de julio, «establecer una equivalencia entre pedir el voto e influir en el voto puede conducir a una grave y desproporcionada restricción de derechos fundamentales durante el periodo electoral, estrangulando el debate público [...] El binomio "incidir en el sentido del voto/captar sufragios", como actividades claramente distintas y diferenciadas, está en la propia LOREG, según la propia lectura del apartado 1 de ese ya citado artículo 50» [vid. SSTS (Sala Tercera) de 15 de diciembre de 1997; de 3 de febrero de 2003; de 6 de mayo de 2013].

En definitiva, del análisis lógico-sistemático de la LOREG puede colegirse que, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional, solo la actividad dirigida a la captación de votos puede ser considerada propaganda electoral (*vid.* SSTC 14/2011, de 28 de enero; 96/2010, de 15 de noviembre; 136/1999, de 20 de julio).

De ahí que deba concluirse que los actos de disuasión solo se considerarán propaganda electoral cuando, de forma expresa o velada, directa o indirecta, pero en cualquier caso clara, se dirijan a la captación de votos. Tal y como señala el Acuerdo JEC 534/2023, de 20 de julio, «el hecho de que no se pida expresamente el voto del elector no es motivo para no considerar como propaganda electoral cualquier actividad que directa o indirectamente pretenda la captación de sufragios (art. 50.4 LOREG). En el presente caso se incluyen consignas y mensajes que reflejan la intención de persuadir al elector en orden a apoyar la formación anunciante, buscando su reacción en contra del principal candidato de otra formación política de signo contrario. Esta actividad resultaría legítima si se hiciera dentro del perfil o de la página del partido, pero al tratarse de una contratación comercial incurre en la prohibición establecida en el artículo 53 de la LOREG, como reiteradamente ha tenido ocasión de señalar la Junta Electoral Central en numerosos Acuerdos (Acuerdos de 18 de marzo, 27 de marzo, 10 de junio, 17 de octubre, 23 de octubre o 30 de octubre de 2019 y 26 de abril de 2023)».

Las críticas a los candidatos, incluso en caso de emplearse expresiones descalificadoras, no deben considerarse propaganda electoral si no van seguidas de una petición clara del voto —expresa o tácita— para una formación u opción política concreta [*vid.* AATSJ del País Vasco 5/2005, de 21 de febrero y TSJ de la Comunidad Valenciana 33/2020, de 22 de junio; SSAP Bizkaia (Sección 2ª) 633/2010, de 7 de octubre; Ciudad Real (Sección 1ª) 26/2019, de 7 de febrero; en sentido contrario, no obstante, *vid.* SSAP Cantabria (Sección 3ª) 2/2012, de 2 de enero; A Coruña (Sección 1ª) 205/2015, de 23 de abril].

A propósito de esta cuestión, conviene insistir en que el tenor literal del art. 50.4 LOREG exige —para caracterizar un acto como «acto de campaña electoral»— que tenga por finalidad la captación de sufragios. Objetivo cuya concurrencia

también es predicable de todo acto de propaganda electoral en cuanto modalidad de acto de campaña electoral.

El hecho de integrar en el concepto de propaganda electoral actos que no se dirijan, directa o indirectamente, a la captación de sufragios en favor de una determinada candidatura u opción política lesionaría el principio de legalidad (art. 25.1 CE). De ahí que, a los efectos de valorar la subsunción en el tenor del art. 144.1.a) LOREG, deba rechazarse la posibilidad de identificar como propaganda electoral la mera difusión de mensajes dirigidos a disuadir al electorado de votar a un determinado candidato o una determinada opción. Por consiguiente, solo cuando dichos mensajes o comunicaciones persigan de forma clara la captación del voto en favor de una concreta candidatura u opción política podrá entenderse que constituyen propaganda electoral.

No parece razonable, por tanto, extender el concepto de «propaganda electoral» a los actos que, a pesar de ser idóneos para influir en el resultado electoral, no supongan petición de voto en favor de una concreta candidatura o partido político, pues supondría admitir una interpretación extensiva o analógica —pero en cualquier caso *in malam partem*— del concepto de propaganda electoral. En palabras de la ya citada STS (Sala Tercera) 1655/2016, de 6 de julio, «deben quedar fuera de la prohibición de que se viene hablando aquellas otras actividades no directamente encaminadas a captar votos favorables, aunque exterioricen posiciones críticas o discrepancias con las posiciones defendidas por los candidatos, pues [...] no encajan en la letra de la ley (captación de sufragios)».

El principio *favor libertatis* exige interpretar restrictivamente prohibiciones que, como las contenidas en el art. 53 LOREG, pueden introducir límites a la efectiva realización de los derechos fundamentales a la libertad de expresión e ideológica, así como a los derechos de información y reunión (SSTC 88/2023,

de 18 de julio; 84/2023, de 5 de julio; 61/2023, de 24 de mayo; 172/2020, de 19 de noviembre; Acuerdo JEC 112/2022, de 7 de julio).

La STC 14/2021, de 28 de enero, precisa acerca de esta importante cuestión que «las prohibiciones recogidas en el artículo 53 de realización de actos de campaña electoral o de difusión de propaganda electoral durante la denominada jornada de reflexión pueden ser caracterizadas como límites al ejercicio de libertades como la de información o de expresión reconocidas en el artículo 20.1 CE. Sin embargo, los derechos recogidos en el artículo 20.1 CE no son derechos absolutos o ilimitados [...] Indudablemente los límites que se impongan a aquellas libertades han de ser necesarios para conseguir la finalidad perseguida —en este caso la limpieza o la pureza de los procesos electorales y los derechos de participación política que se tratan de salvaguardar mediante la neutralidad política propia de la jornada de reflexión— debiendo atender a la proporcionalidad entre el sacrificio de las libertades recogidas en el artículo 20 CE y la situación en la que se halla aquél a la que se impone. De ahí que a la hora de determinar cuál es el significado preciso de las conductas prohibidas en el artículo 53 LOREG —y en línea con la doctrina de este tribunal en relación con los derechos de reunión y manifestación el día de la jornada de reflexión recogida, entre otras en la STC 96/2010, de 15 de noviembre—, los órganos judiciales deban tener en cuenta que, por ejemplo, solo cuando se aporten razones fundadas sobre el carácter electoral de los actos comunicativos, es decir, cuando su finalidad sea la captación de sufragios podrán desautorizarse los mismos con base en dicho motivo».

La STC 96/2010, de 15 de noviembre, afirma que «esta prohibición legal no significa naturalmente que durante la denominada jornada de reflexión no pueda celebrarse ninguna manifestación cuyo objeto tenga algo que ver con el debate político y, por tanto, pueda influir indirectamente en las decisiones de los electores. [...] Por esa vía llegaríamos al absurdo de admitir la prohibición de toda

reunión o manifestación por el simple hecho de serlo y coincidir con la jornada de reflexión previa a unas elecciones; una conclusión que obviamente debe ser rechazada, sin embargo, pues, según hemos advertido en otras ocasiones, la mera posibilidad de que una reivindicación [...] pueda incidir de una u otra forma en el electorado se muestra como hipótesis insuficiente para limitar el derecho de reunión en período electoral».

El mero hecho de disuadir al cuerpo electoral de votar en favor de un concreto partido, coalición o federación no implica necesariamente la correlativa realización de un acto de persuasión dirigido a captar el sufragio para un candidato alternativo. No en vano, de la crítica a un concreto proyecto político, no acompañada de otras acciones, no se sigue necesariamente la petición de voto en favor de una alternativa concreta sino de todas las alternativas existentes, siendo también posible que el resultado de la acción disuasoria sea la abstención o la emisión de voto en blanco.

De ahí precisamente que, con carácter general, las llamadas a la abstención o a la emisión de voto en blanco tampoco deban ser consideradas propaganda electoral a los efectos de la LOREG, tal y como han entendido de forma mayoritaria las audiencias provinciales [*v. gr.* SSAP Bizkaia (Sección 6ª) 1082/2009, de 11 de noviembre; Bizkaia (Sección 2ª) 633/2010, de 7 de octubre; Barcelona (Sección 10ª) 638/2011, de 4 de julio].

Por último, conviene subrayar que la propaganda, para ser tenida como tal, debe contar con una mínima proyección pública [STS de 14 de febrero de 1992 (rec. 6571/1989); SSAP Girona 445/2018, de 20 de septiembre; Jaén 140/2011, de 15 de junio]. De ahí que no deba atribuirse esta condición a los mensajes que se efectúan en el marco de conversaciones privadas o en un contexto íntimo, incluso cuando en el curso de las comunicaciones se llegara a solicitar de forma expresa el voto en favor de un determinado candidato u opción política.

#### 4. Bien jurídico protegido

La delimitación del bien jurídico protegido por el delito de realización de actos de propaganda electoral extemporánea del art. 144.1.a) LOREG ha suscitado cierta controversia, pudiendo afirmarse que no se trata de una cuestión pacífica.

Un sector de la doctrina y principalmente de la jurisprudencia ha identificado el bien jurídico tutelado por la norma con la pureza y transparencia del proceso electoral (*vid.* SSTS 2174/1993, de 29 de septiembre; 120/2021, de 11 de febrero). Este criterio parece ser el asumido por el Tribunal Constitucional en su STC 14/2021, de 28 de enero, cuando señala que las prohibiciones contempladas en el art. 53 LOREG tienen por finalidad salvaguardar «la limpieza o la pureza de los procesos electorales y los derechos de participación política».

No obstante, cada vez son más los autores que consideran que el bien jurídico protegido por el art. 144.1.a) LOREG es el derecho de sufragio en su vertiente activa y pasiva, postura doctrinal que hoy en día parece mayoritaria.

Esta segunda tesis, que ya se adelanta es la asumida en la presente Consulta, se halla directamente conectada con la finalidad perseguida por la LOREG, que —en palabras de su preámbulo— «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 libremente puede constituir la decisión mayoritaria de los asuntos del Gobierno».

Como señala la STC 76/2021, de 15 de abril, los derechos de sufragio —en su vertiente activa y pasiva— «encarnan la participación política de los ciudadanos

en el sistema democrático, en conexión con los principios de soberanía del pueblo y del pluralismo político consagrados en el artículo 1 de la Constitución (STC 71/1989, de 20 de noviembre, FJ 3). Esa conexión íntima entre ambos no puede desconocerse a la hora de interpretarlos, pues los dos derechos “son aspectos indisociables de una misma institución, nervio y sustento de la democracia: el sufragio universal, libre, igual, directo y secreto” (STC 24/1990, de 15 de febrero, FJ 2). Se trata de dos modalidades o vertientes del mismo principio de representación política, que presentan una estrecha relación con el principio democrático, manifestación, a su vez, de la soberanía popular (STC 167/2001, de 16 de julio, FJ 5)».

La vinculación entre el delito de propaganda electoral extemporánea y la tutela del derecho de sufragio ha sido enfatizada por la STS de 23 de febrero de 1994 (rec. 939/1993), en la que se afirma que «la regulación del llamado genéricamente delito electoral viene establecida por la Ley Orgánica del Régimen Electoral General 5/1985, de 19 de junio. [...] Es un logro, desde la perspectiva penal, propio de los países democráticos. Su objetivo es, sustancialmente, que el derecho de sufragio se realice en plena libertad. Si un pueblo no puede libremente constituir una decisión mayoritaria, entonces, ese pueblo no está asentado sobre bases inequívocamente democráticas. La normativa es consecuencia del mandato constitucional ínsito en el artículo 81 de la Carta Magna. A través de la vigente norma se regulan las imprescindibles disposiciones generales sobre el proceso electoral y, a la vez, las concretas actitudes conculcadoras penalmente de los supuestos específicos reseñados por aquella. [...] Se logra así un marco de libertad en el acceso a la participación política “como hito irrenunciable de nuestra historia”. La libre expresión de la soberanía popular pretende reforzar las libertades y los derechos fundamentales de la Constitución. La Ley Electoral quiere evitar que las pasiones, los odios, los fraudes y los resentimientos políticos trasciendan al momento máximo que el

ejercicio de la libertad política representa cuando se convoca al pueblo, cuna de la democracia, a designar a sus representantes por medio de las urnas».

Puede concluirse, en definitiva, que el art. 144.1.a) LOREG tutela el derecho de sufragio como forma de ejercicio de la soberanía popular, garantizando con ello la posibilidad de que el electorado disponga de las condiciones adecuadas para conformar su voluntad en libertad. Elementos que, en síntesis, son capitales para el funcionamiento y la existencia misma del sistema democrático.

La STS de 5 de mayo de 1989 (ponente D. Enrique Ruiz Vadillo) señala que «el derecho penal se incorpora al sistema normativo relativo a las Elecciones para garantizar el proceso electoral, tipificando aquellas conductas que se consideran que atentan de manera más grave a los fines que con las leyes de esta naturaleza se persiguen. Nace así uno de los delitos electorales, en cuanto normas penales que describen aquellos actos que conculcan gravemente la libertad de elección de los ciudadanos o atentan contra su autenticidad».

En similares términos, el ATS (Sala Tercera) de 23 de mayo de 2014 (rec. 380/2014) afirma que «la debida observancia del período de reflexión representa un interés de suma importancia para la defensa de la democracia que materializa el sufragio universal, como viene a proclamar el postulado de sufragio libre que contiene el art. 68 CE; que esa debida observancia lo que exige es que, después del pluralismo que es inherente a la campaña electoral, el acto esencial del sufragio se vea necesariamente precedido de un mínimo lapso temporal en el que quede garantizado un contexto de serenidad y neutralidad para que el elector pueda formar libre y espontáneamente su definitiva convicción política sin influencias con entidad bastante para alterarla; y que el logro de que de esa manera aflore sin interferencias la auténtica voluntad del elector es la mayor garantía para que el acto formal de la votación haga realidad una verdadera democracia».

Desde una perspectiva teleológica, la opción interpretativa aquí asumida se halla en perfecta sintonía con el tenor del art. 144.1.a) LOREG. Precepto que, como hemos tenido ocasión de analizar, únicamente castiga la realización de actos de propaganda electoral una vez finalizada la campaña, es decir, de actos que se dirigen a captar el voto de los electores. Restricción típica que, en buena lógica, permite inferir que el objeto inmediato de tutela es el derecho de sufragio (art. 23 CE). En conclusión, el precepto no sanciona cualquier infracción de las normas que regulan el proceso electoral o de las que regulan la realización de propaganda electoral.

En cualquier caso, la tutela de la pureza y transparencia del proceso electoral solo constituirán un legítimo objeto de protección para el derecho penal en caso de concebirse de forma instrumental y, por consiguiente, como vehículo a través del que tutelar de manera eficaz el derecho a la participación política y al acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad (art. 23 CE).

## **5. Sujeto activo del delito**

El delito de propaganda electoral extemporánea del art. 144.1.a) LOREG constituye, en opinión de la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, un delito común, es decir, una modalidad delictiva que puede ser ejecutada por cualquier persona en tanto en cuanto no exige la concurrencia de circunstancias especiales en el sujeto activo.

Ya la STS 1415/1989, de 5 de mayo, señaló que «los destinatarios de la prohibición son todas las personas físicas y jurídicas, sin excepción. Nadie puede hacer ya propaganda, no sólo aquellos a quienes en el periodo de campaña electoral la realizan y pueden realizar, sino a todos. Otra interpretación conduciría al absurdo, es decir, a la más absoluta inoperatividad del importante

mandato legal porque la propaganda se haría, al menos “formalmente” por personas no vinculadas a partidos, federaciones, coaliciones, agrupaciones de electores y candidatos». Este criterio ha sido asumido de forma abrumadoramente mayoritaria por las audiencias provinciales [SSAP Girona (Sección 4ª) 445/2018, de 20 de septiembre; A Coruña (Sección 1ª) 205/2015, de 23 de abril; Barcelona (Sección 10ª) 638/2011, de 4 de julio; Cantabria (Sección 3ª) 2/2012, de 2 de enero; Jaén (Sección 1ª) 140/2011, de 15 de junio; Ourense (Sección 1ª) 48/2004, de 25 de junio].

No en vano, la prohibición de difundir propaganda electoral contenida en el art. 53 LOREG alcanza a todas las personas físicas y jurídicas sin excepción (STC 14/2021, de 28 de enero).

Finalmente, debe recordarse que el art. 144.2 LOREG tipifica la difusión de propaganda electoral y la realización de cualesquiera actos de campaña electoral cuando fueran ejecutados por miembros en activo de las Fuerzas Armadas, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, de las Policías autonómicas y locales, por jueces, magistrados y fiscales, así como por los miembros de las juntas electorales. En caso de que el sujeto activo del delito ostente dicha condición, se apreciará un concurso de normas entre los arts. 144.1.a) y 144.2 LOREG, a resolver en favor de este segundo precepto con arreglo al principio de absorción previsto en el art. 8.3 CP. Consideraciones que, desde una perspectiva lógico-sistemática, refuerzan la conceptualización del tipo examinado como delito común.

## **6. Conducta típica**

La conducta tipificada en el art. 144.1.a) LOREG consiste en ejecutar actos de propaganda tras la finalización de la campaña electoral.

La realización de actos de propaganda consiste fundamentalmente en difundir mensajes dirigidos a persuadir al electorado con la finalidad de captar votos. Este precepto no castiga la mera confección de la propaganda sino su divulgación, con independencia de que se haya intervenido previamente en su elaboración. Así lo entendió la STS de 14 de febrero de 1992 (rec. 6571/1989) cuando afirmó que «la actuación propiamente definitoria y comprometida de los encausados, en orden a su responsabilidad penal, radica más que en la confección del cartel o pasquín, en la dinámica desplegada para la distribución y colocación de los ejemplares de distintos lugares perfectamente visibles [...] “Hacer propaganda” es tanto como propagar, difundir, llevar a otros, un mensaje o consigna, extender o dilatar el conocimiento de una cosa. [...] No se le castiga por su contribución a la confección de los carteles propagandísticos, sino por su distribución, expansión o difusión, es decir, por la realización de actos de propaganda».

Todo ello sin perjuicio de que quien hubiera intervenido en la elaboración de dicha propaganda pueda ser considerado penalmente responsable con arreglo al art. 144.1.a) LOREG, a pesar de no intervenir personalmente en la difusión o divulgación efectivamente acaecidas, con arreglo a las reglas generales de la autoría y la participación.

Nótese, por si el tenor literal del art. 144.1.a) LOREG no fuera lo suficientemente expresivo, que el tipo exige ser interpretado a la luz del art. 53 LOREG, precepto que lejos de prohibir la elaboración de propaganda electoral, lo que castiga es únicamente su difusión: «No puede difundirse propaganda electoral ni realizarse acto alguno de campaña electoral una vez que ésta haya legalmente terminado».

La mera elaboración de la propaganda, incluso con el fin de su posterior difusión tras el cierre de la campaña electoral, debe ser considerada atípica para el caso de que el inicio de la ejecución del delito examinado no haya llegado a

producirse, pues el legislador no ha previsto el castigo de los actos preparatorios al delito de propaganda electoral extemporánea.

En opinión unánime de la doctrina y la jurisprudencia, nos encontramos ante un delito de mera actividad cuya consumación no precisa la producción de resultado alguno [*vid.* SSAP A Coruña (Sección 1ª) 205/2015, de 23 de abril; Jaén (Sección 1ª) 140/2011, de 15 de junio)].

Aunque no sea usual encontrar supuestos en la práctica forense, no se aprecian obstáculos dogmáticos que impidan admitir formas imperfectas de ejecución, aunque —precisamente por tratarse de un delito de mera actividad— debe rechazarse en abstracto la admisibilidad de la tentativa acabada.

A pesar de que el art. 53 LOREG también prohíbe la realización de actos de campaña y propaganda electoral desde la convocatoria de las elecciones hasta el inicio de la campaña, es decir, los ejecutados durante la precampaña, solo los realizados tras la finalización de la campaña electoral son susceptibles de subsumirse en el art. 144.1.a) LOREG. En otras palabras, solo tienen encaje típico los actos desarrollados durante la denominada «jornada de reflexión» y la jornada electoral.

La concreción del momento de finalización de la campaña electoral aparece determinada en el art. 51.3 LOREG que, con arreglo a lo previsto en la D.A. 1.ª, también resulta de aplicación a las elecciones de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas. Es decir, la finalización tiene lugar a las cero horas del día inmediatamente anterior a la votación.

No obstante, para las elecciones no comprendidas en el ámbito de aplicación de la LOREG habrá de estarse a lo expresamente previsto por la legislación que sea de aplicación.

## 6.1 Delito de peligro

Pese a que se trata de una cuestión que no ha sido abordada exhaustivamente por la doctrina y la jurisprudencia, puede afirmarse que el tipo del art. 144.1.a) LOREG presenta la estructura propia de los delitos de peligro abstracto.

En concreto, puede afirmarse que nos hallamos ante una modalidad de peligro abstracto-concreto o de peligro hipotético. Esta variedad típica se encuentra a caballo entre el peligro abstracto puro y el concreto e incorpora como elemento del tipo la idoneidad de la conducta, valorada desde una perspectiva *ex ante*, para poner en riesgo el bien jurídico protegido por la norma (SSTS 134/2022, de 3 de febrero; 207/2021, de 8 de marzo; 163/2003, de 7 de octubre).

Los delitos de peligro abstracto puro han sido caracterizados como delitos en los que el peligro se presume legalmente por el simple hecho de que la conducta típica resulte ser de una determinada clase o género, reduciendo o, incluso, anulando la facultad del juzgador de valorar la ofensividad en el caso concreto del hecho enjuiciado (*vid.* SSTS 436/2017, de 15 de junio; 386/2022, de 21 de abril; 675/2020, de 11 de diciembre). De ahí que se haya denunciado que se trata de modalidades que admiten el castigo de comportamientos en los que la concreta acción enjuiciada carece de un contenido material de injusto que justifique y legitime la intervención del derecho penal, más allá de la mera desobediencia o contravención de la norma extrapenal que ha sido vulnerada.

La conceptualización como delito de peligro hipotético contribuye a delimitar la reacción penal [art. 144.1.a) LOREG] y la administrativa (art. 153.1 LOREG), permitiendo ubicar al delito de propaganda electoral extemporánea dentro de los márgenes del derecho penal propio de un Estado social y democrático de derecho.

La propuesta interpretativa que aquí se realiza evita contribuir a la administrativización del derecho penal, rechazando la construcción de ilícitos meramente formales carentes de un contenido de injusto revelador de un grado de ofensividad suficiente para colmar las exigencias derivadas del principio de fragmentariedad o cuya lesividad se presume sin necesidad de ser comprobada y acreditada. Posibilidad que debe reservarse para los supuestos en los que el legislador haya expresado claramente su voluntad de configurar el delito como de peligro abstracto puro. Los principios informadores del derecho penal invitan a rechazar que el mero incumplimiento de la norma electoral sea calificada como delito, principios que pueden resultar irremediabilmente dañados cuando se ve en la administrativización del derecho penal la fórmula taumatúrgica a la que encomendarse (STS 284/2021, de 30 de marzo).

De las consideraciones anteriores se extraen importantes consecuencias prácticas. La más relevante de todas ellas es el hecho de que no baste la mera constatación de la difusión de un acto de propaganda electoral, con infracción de las previsiones contenidas en el art. 53 LOREG, para considerar que una determinada conducta sea típica y, por lo tanto, susceptible de ser castigada con arreglo al art. 144.1.a) CP. Lejos de ello, debe entenderse que la tipicidad de la conducta se encuentra condicionada por su «aptitud» o «idoneidad» para lesionar de un modo grave el libre ejercicio del derecho de sufragio.

Se ha señalado, con acierto, que en los delitos de aptitud la idoneidad lesiva para el bien jurídico se erige en un elemento típico cuya concurrencia resulta inexcusable y que debe ser objetivamente imputado a la acción ejecutada por el sujeto activo del delito. Esta aptitud lesiva debe ser valorada desde una perspectiva *ex ante*, es decir, con independencia del resultado finalmente acaecido, y determinarse con arreglo al criterio de un espectador objetivo que reúna las condiciones de un hombre medio ideal.

## 6.2 Tipo subjetivo

Nos encontramos ante una conducta dolosa para la que no se prevén formas imprudentes de ejecución. El dolo típico exigido por el art. 144.1.a) LOREG comprende la consciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo, es decir, difundir propaganda electoral tras la finalización de la campaña electoral, extendiéndose, asimismo, a la idoneidad de la acción para captar el voto de los electores.

En los delitos de peligro hipotético, de peligro abstracto-concreto o de aptitud, el riesgo de lesión del bien jurídico se erige en elemento del tipo y, en consecuencia, debe ser abarcado por el dolo del autor. Puede afirmarse que en los delitos de peligro hipotético la situación de concreto peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento realizado para producir dicho peligro (*vid.* SSTS 207/2021, de 8 de marzo; 870/2021, de 12 de noviembre; 129/2022, de 16 de febrero).

Tal y como hemos tenido ocasión de analizar anteriormente, la intención de captar el voto del electorado es consustancial al concepto mismo de propaganda electoral. Nótese que, según el tenor literal del art. 50.4 LOREG, los actos de campaña electoral se caracterizan por ser realizados «en orden a la captación de sufragios». Locución que revela la necesaria concurrencia de una concreta intencionalidad en el sujeto que realiza el acto de campaña o, en su caso, de propaganda electoral.

En consecuencia, puede concluirse que el art. 144.1 a) LOREG exige implícitamente que la conducta típica esté presidida por la intención del sujeto activo del delito de captar el voto de los electores. Propósito que, por lo tanto, opera como elemento subjetivo del injusto, cuya ausencia determinará la atipicidad de la conducta.

Esta circunstancia implica, a su vez, la caracterización de esta figura delictiva como delito de mera actividad, de consumación anticipada, de resultado cortado y de tendencia interna trascendente, lo que supone que la efectiva realización o agotamiento del resultado, esto es, la captación del sufragio no sea necesaria para entender consumado el delito de realización de propaganda electoral extemporánea.

La presencia de un elemento subjetivo del injusto que precisa la concurrencia de una específica intencionalidad en la ejecución del delito no excluye necesariamente la admisibilidad del dolo eventual (*v.gr.*, en relación con los delitos que exigen ánimo de lucro, *vid.*, entre otras muchas, las SSTS 543/2023, de 5 de julio; 706/2022, de 11 de julio; 503/2019, de 24 de octubre).

## **7. Propaganda electoral y redes sociales**

La revolución tecnológica que la sociedad española ha experimentado a lo largo de las últimas décadas ha alterado significativamente la forma en que la ciudadanía se relaciona. Hoy en día, el ciberespacio constituye un medio usual de interacción tan o más importante que las tradicionales formas y espacios de comunicación.

En la actualidad, las redes sociales son un instrumento imprescindible en toda campaña electoral. Frente a los medios de comunicación tradicionales, las redes sociales facilitan que la difusión de propaganda electoral pueda realizarse de un modo más ágil, con mayor inmediatez y velocidad y con un menor coste económico.

La transición del modelo *Web 1.0* al *2.0* —hoy en día nos hallamos en fase de tránsito del modelo *3.0* al *4.0*— implicó que los internautas dejaran de ser meros

usuarios pasivos de la Red para convertirse en auténticos creadores y distribuidores de todo tipo de contenidos, particularmente a través de las redes sociales. Posibilidad que en el pasado estaba reservada a usuarios con un alto nivel de cualificación técnica. Esta transformación no ha pasado inadvertida para nuestros tribunales (STC 27/2020, de 24 de febrero).

Las redes sociales se han erigido en un singular lugar de «reunión» y «discusión». Probablemente, constituyen el principal foro de debate político en la actualidad, gracias al elevado número de participantes que congregan, a su accesibilidad, a sus facilidades de interacción, así como al hecho de permitir a cualquier persona interpelar a los candidatos e, incluso, dialogar de forma directa con ellos. Asimismo, las redes sociales han permitido que la información deje de estar tamizada por intermediarios, permitiendo que los partidos políticos puedan trasladar sus mensajes de forma directa, sin filtros ni matices.

El entorno virtual se ha convertido en un espacio fluido que permite una ágil interacción comunicativa entre sus participantes y que, a la postre, promueve la creación, distribución y acceso a los más variados contenidos. Las redes sociales han fomentado, asimismo, la aparición de los denominados *ciberactivistas* digitales que, frente al votante tradicional, pueden —además de ejercer su derecho al sufragio activo— hacerse oír e influir en la opinión pública, con capacidad, incluso, de incidir en el resultado electoral. Actualmente, las redes sociales se han convertido en el medio idóneo para lograr una amplia y rápida difusión de todo tipo de mensajes políticos, con gran capacidad de impacto gracias a la existencia de una inagotable audiencia potencial. Hoy por hoy cualquier internauta que cuente con conocimientos informáticos básicos se encuentra capacitado para desarrollar activismo político en la Red.

En opinión de los principales expertos, minorías muy activas cibernéticamente, que cuentan con mayor o menor grado de coordinación con los responsables de

las organizaciones políticas, han sido capaces de incidir y transformar de forma significativa la agenda de los medios de comunicación tradicionales y, desde luego, de los partidos políticos.

Ello contrasta con el hecho de que la LOREG apenas contenga referencia alguna sobre la propaganda electoral en la Red. Únicamente el art. 58.3 bis LOREG (*utilización de medios tecnológicos y datos personales en las actividades electorales*), introducido en virtud de la reforma operada por la disposición final tercera de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, se encarga de regular esta cuestión, estableciendo que «el envío de propaganda electoral por medios electrónicos o sistemas de mensajería y la contratación de propaganda electoral en redes sociales o medios equivalentes no tendrán la consideración de actividad o comunicación comercial». Los apartados 4 y 5 de este precepto se limitan a precisar que, en tales casos, deberá identificarse de modo destacado la naturaleza electoral del acto y facilitarse al destinatario de forma sencilla y gratuita la posibilidad de ejercer el derecho de oposición.

Llegados a este punto, conviene recordar que la propaganda electoral en la Red se encuentra sometida a los mismos límites que la efectuada por cualquier otro medio, tal y como precisa la Instrucción 4/2007, de 12 de abril, de la Junta Electoral Central, *sobre la utilización de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación electrónica como instrumento de propaganda electoral*:

*El vertiginoso desarrollo que las tecnologías de la información y de la comunicación han tenido desde la aprobación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, es un hecho bien contrastado. [...] Resulta conveniente recordar con carácter general que las limitaciones establecidas por la legislación electoral son también aplicables al uso de este tipo de medios electrónicos. [...] El objeto de esta Instrucción es aclarar que las prescripciones establecidas por la legislación vigente en materia de campaña electoral, o de campaña de propaganda*

*en un referéndum, son aplicables cuando se empleen las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación electrónicas.*

Las consideraciones anteriores permiten afirmar que las prohibiciones contenidas en el art. 53 LOREG son de aplicación, sin excepción, a la actividad de propaganda electoral desarrollada en la Red.

## **8. Criterios de delimitación entre el delito y la infracción electoral**

En opinión mayoritaria de la doctrina, la regulación penal de los delitos electorales incurre en un excesivo casuismo e intervencionismo con la consiguiente hipertrofia y desdibujamiento del campo de actuación del derecho administrativo sancionador, ciertamente reducido en este ámbito a un lugar residual.

Aunque existe consenso acerca de que la mera inobservancia o contravención de las normas reguladoras del proceso electoral no justifica, cuando menos por sí sola, la intervención del derecho penal, aún a fecha de hoy no se dispone de unas claras pautas interpretativas que faciliten la delimitación entre los delitos y las infracciones electorales.

La LOREG dedica un único precepto a regular estas últimas. En lo que ahora interesa, su art. 153.1 considera infracción electoral «toda infracción de las normas obligatorias establecidas en la presente Ley que no constituya delito será sancionada por la Junta Electoral competente. La multa será de 300 a 3000 euros si se trata de autoridad o funcionarios y de 100 a 1000 si se realiza por particulares».

La constitucionalidad de este precepto fue recientemente puesta en duda por la Sala Tercera del Tribunal Supremo que, mediante el ATS de 20 de febrero de

2020 (rec. 246/2018), elevó una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional:

*Posible inconstitucionalidad del artículo 153.1 LOREG por vulneración de la garantía de taxatividad de las disposiciones sancionadoras (lex certa), por imprecisión al integrar el tipo sancionador y por vulneración del principio de seguridad jurídica. [...] Esta Sala considera que el artículo 153.1 LOREG, valorado en sí mismo y de forma aislada, contiene una norma sancionadora de posible inconstitucionalidad por ser imprecisa, incluso desde el punto de vista gramatical, abierta y de dudosa compatibilidad con las exigencias de la garantía material exigible a todo tipo sancionador porque, lejos de contener el núcleo esencial de la prohibición, se limita a tipificar como sancionable, en forma tautológica, toda infracción de las normas obligatorias establecidas en la presente Ley que no constituya delito.*

Esta cuestión de inconstitucionalidad fue desestimada por la STC 14/2021, de 28 de febrero, en los siguientes términos:

*Cabe estimar que las conductas obligatorias están suficientemente definidas en la norma, lo que permite a cualquier observador medio, comprender e identificar con la necesaria y suficiente precisión las eventuales conductas que se tipifican. La técnica empleada de remisión a los supuestos de la propia LOREG no constituye una formulación abierta e indefinida en la que su aplicación dependa en último término de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador encargo de su aplicación [...] En el caso que nos ocupa, no es dado compartir el reproche que se alza frente al precepto legal cuya constitucionalidad se controvierte, el art. 153.1 LOREG, pues no puede afirmarse que el precepto cuestionado adolezca de imprecisión en la eventual configuración de la conducta ilícita objeto de represión administrativa. En concreto, y sin perjuicio de lo que señalamos a continuación, la norma obligatoria que se considera infringida en el supuesto actual y recogida en el art. 53 de la Ley, es clara y taxativa, por lo que es perfectamente previsible que quien difunda propaganda electoral o realice actos de*

*campaña en la jornada de reflexión, es decir una vez terminada la campaña, puede ser sancionado.*

Resulta sumamente relevante el hecho de que el Tribunal Constitucional concluyera que la realización de actos de propaganda electoral con vulneración del art. 53 LOREG puede constituir la infracción electoral regulada en el art. 153.1 LOREG. De ello cabe inferir que, en opinión del Tribunal Constitucional, no toda contravención del art. 53 LOREG puede ser elevada a la categoría de delito.

En la práctica, son numerosas las resoluciones de las juntas electorales que sancionan, con arreglo al art. 153.1 LOREG, la realización de actos de propaganda electoral durante la jornada de reflexión o la jornada electoral (por todas, Acuerdo JEC 257/2009, de 12 de noviembre). No obstante, lo cierto es que no parece posible extraer pautas de tales resoluciones sobre los criterios de delimitación entre el ilícito penal y el ilícito administrativo.

A propósito del uso de las redes sociales durante la jornada de reflexión y la jornada electoral, la Instrucción 3/2011, de 24 de marzo, de la Junta Electoral Central, *sobre interpretación de la prohibición de realización de campaña electoral incluida en el artículo 53 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General*, se limita a indicar lo siguiente:

*Los candidatos y los representantes de las entidades públicas que concurran a las elecciones no incurrir en la prohibición establecida en el artículo 53 de la LOREG, entre otros, en los siguientes casos, siempre que no incluyan una petición expresa de voto: [...] 7.º La creación o utilización de páginas web o de sitios web de recopilación de textos o artículos (blogs) de las formaciones políticas o de los candidatos, o la participación en redes sociales (Facebook, Twitter, Tuenti, etc.), siempre que no suponga ningún tipo de contratación comercial para su realización.*

Ante la dualidad de preceptos sancionadores, parece obligado deslindar los campos penal y administrativo. Esta tarea precisa tomar como punto de partida los principios fundamentales sobre los que se asienta el sistema penal y, en especial, los de *ultima ratio*, fragmentariedad, ofensividad y exclusiva protección de bienes jurídicos. Principios que, en definitiva, constituyen una sólida referencia a la hora de circunscribir el derecho penal a los márgenes que le son propios, impidiendo de ese modo sucumbir a una expansión irracional (STS 998/2022, de 22 de diciembre).

Los principios de intervención mínima y fragmentariedad del derecho penal, así como los de ofensividad y proporcionalidad, que operan como principios limitadores de la reacción penal, impiden considerar que toda desobediencia o contravención de la norma administrativa merezca ser elevada a la categoría de delito. Estos principios constituyen una sólida guía a la hora de trazar los límites entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador e implican que solo las lesiones más graves a los bienes jurídicos protegidos por los preceptos penales sean consideradas merecedoras de tutela penal. En particular, el de la concreta ofensividad de la conducta constituye el criterio mayoritariamente admitido por la doctrina y la jurisprudencia, singularmente en aquellos supuestos en los que el ilícito penal y el administrativo se construyen indistintamente en torno a la infracción de la norma extrapenal (*vid.* SSTS 448/2023, de 14 de junio; 981/2022, de 21 de diciembre; 682/2022, de 6 de julio; 229/2022, de 11 de marzo; 207/2021, de 8 de marzo; 481/2020, de 29 de septiembre).

Por consiguiente, deben rechazarse las interpretaciones que conciben el delito de propaganda electoral extemporánea del art. 144.1.a) LOREG como un ilícito meramente formal en cuya configuración se prescinde de la comprobación de su concreta ofensividad y, en consecuencia, se elude toda referencia acerca de la antijuridicidad material, bien por considerarse un elemento intrascendente, bien por presumirse.

La aptitud de la conducta desarrollada por el sujeto activo del delito para lesionar de un modo grave el bien jurídico protegido por el art. 144.1.a) LOREG se erige en el criterio rector que debe emplearse a la hora de distinguir entre el delito y la infracción electoral. De ahí que solo justifiquen la reacción penal los comportamientos objetivamente idóneos, desde una perspectiva *ex ante*, para lesionar u ofender de un modo relevante el derecho de sufragio.

Esta interpretación se considera más respetuosa con los postulados resultantes del principio de proporcionalidad del derecho penal y la prohibición de exceso que rige en este sector del ordenamiento jurídico (STS 948/2022, de 13 de diciembre).

Atendidas las consideraciones anteriores, las/los fiscales únicamente entenderán merecedores del reproche penal aquellos actos de propaganda electoral difundidos durante la jornada de reflexión o la jornada electoral que, desde el criterio de un espectador imparcial, se consideren objetivamente idóneos para captar sufragios o persuadir a los electores de modificar su voto de forma efectiva.

A propósito del concreto grado de ofensividad necesario para colmar las exigencias derivadas del principio de fragmentariedad en materia electoral, la STC 38/2009, de 9 de febrero, señala lo siguiente que resulta de interés:

*Como pusimos de manifiesto en la STC 170/2008, FJ, 4: hemos declarado que “[e]n rigor, en el ámbito de los procesos electorales, sólo en casos muy extremos cabrá admitir la posibilidad de que un mensaje tenga capacidad suficiente para forzar o desviar la voluntad de los electores, dado el carácter íntimo de la decisión del voto y los medios legales existentes para garantizar la libertad del sufragio. [...] No cabe duda que las opiniones derivadas de ese intercambio, exposición, defensa o reivindicación pueden llegar a influir en el ciudadano, pero dicha situación sólo puede ser contemplada como “una mera sospecha o una simple posibilidad”. [...]*

*Extender el carácter de campaña electoral a todo aquél que de forma directa o subliminal pudiera incidir en la voluntad de los electores por coincidir con alguna de las ideas defendidas por las opciones políticas que concurren en el proceso electoral, sujetándolo por ello a la regulación de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General (LOREG), supondría, en aras de la protección de la “pureza de la campaña electoral”, permitir que se prohíban, con la consiguiente vulneración del derecho a la libertad de expresión, todas aquellas manifestaciones públicas realizadas durante la misma que no hubieran sido efectuadas por candidatos, partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones. Siendo así que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión queda, incluso, legalmente liberado de las restricciones establecidas para el periodo de campaña en el art. 50.3 LOREG. Y ello incluso cuando fuera conocida la preferencia de sus convocantes por una determinada opción política o su posición crítica con el resto de las opciones presentes en la contienda electoral (vid. SSTC 37/2009; 96/2010 y 14/2021).*

Por consiguiente, la valoración acerca de la aptitud del acto de propaganda electoral deberá realizarse caso por caso, sin que sea posible determinar de antemano las concretas circunstancias o elementos que deben ser evaluados, a la vista de los innumerables factores susceptibles de tomarse en consideración.

No obstante, las/los fiscales prestarán especial atención a los siguientes extremos:

i) El grado de difusión que era previsible que el acto de propaganda alcanzase. Cuanto mayor sea la difusión, mayores posibilidades de que el mensaje logre su objetivo y consiga captar el voto de alguna persona.

Con carácter general, las redes sociales deben ser consideradas herramientas idóneas para lograr una amplia difusión de los mensajes propagandísticos. Las nuevas tecnologías y, en especial, las redes sociales intensifican de forma exponencial las posibilidades de alcanzar a un amplio e indeterminado número de destinatarios.

ii) El número de actos de propaganda efectuados por el sujeto, individualmente o de forma concertada, con infracción del art. 53 LOREG.

iii) El hecho de que el acto de propaganda forme parte de una estrategia de campaña electoral, así como que su elaboración pueda haber sido realizada por profesionales.

iv) Los recursos materiales y humanos destinados a la realización del acto de propaganda.

v) La notoriedad y capacidad de influencia de la persona que aparece ante los receptores de la propaganda como autora del mensaje electoral.

vi) Si la propaganda incorpora informaciones novedosas e ignoradas hasta la fecha por el cuerpo electoral, siendo éste el elemento al que, con carácter general, se concederá mayor valor. Difícilmente cabe reconocer capacidad de persuasión para captar el voto a la mera reiteración de proclamas o consignas ya difundidas durante la campaña electoral. Sin embargo, la divulgación de nuevos contenidos, especialmente nuevas informaciones, sí pueden generar impacto en el electorado.

La previsión de la infracción electoral recogida en el art. 153.1 LOREG invita a reservar la respuesta penal para los supuestos de mayor gravedad, pues las penas contempladas en el art. 144.1.a) LOREG oscilan entre los tres meses y el año de prisión o multa de 6 a 24 meses. La previsión de penas privativas de libertad aconseja exigir que la conducta reúna un elevado grado de antijuridicidad material que trascienda la mera desobediencia formal o infracción de las normas reguladoras del proceso electoral. Además, no debe olvidarse que el art. 137 LOREG prevé la preceptiva imposición de la pena de inhabilitación especial para

el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, es decir, un límite al ejercicio del derecho fundamental proclamado por el art. 23 CE.

En caso de concluir que los hechos no son constitutivos de delito, pero sí pudieran resultar subsumibles en el tenor del art. 153 LOREG, las/los fiscales acordarán el archivo de las diligencias de investigación y la consiguiente remisión de testimonio en favor de la junta electoral competente. En el supuesto de tratarse de hechos ya judicializados, instarán del órgano judicial el sobreseimiento de las actuaciones y la consiguiente deducción de testimonio.

## **9. Conclusiones**

**Primera.** El delito de propaganda electoral extemporánea tipificado en el art. 144.1.a) LOREG consiste en ejecutar actos de propaganda tras la finalización de la campaña electoral.

En consecuencia, solo los actos de propaganda realizados tras la finalización de la campaña electoral son susceptibles de subsumirse en el art. 144.1.a) LOREG. En otras palabras, solo tienen encaje típico los actos desarrollados durante la denominada «jornada de reflexión» y la jornada electoral.

**Segunda.** Con arreglo a lo dispuesto en el art. 51.2 y 3 LOREG, de aplicación directa a las elecciones de diputados y senadores de las Cortes Generales, de los miembros de las corporaciones locales, de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas y de los diputados del Parlamento Europeo, la campaña electoral dura quince días y finaliza, en todo caso, a las cero horas del día inmediatamente anterior a la votación.

**Tercera.** La realización de actos de propaganda electoral consiste en difundir o divulgar mensajes dirigidos a persuadir al electorado con la finalidad de captar votos, siempre que la actividad desarrollada resulte idónea para alcanzar una mínima proyección pública.

No parece razonable, por tanto, extender el concepto de «propaganda electoral» a los actos que, a pesar de ser idóneos para influir en el resultado electoral, no supongan petición de voto en favor de una candidatura o de una opción política.

Las críticas a los candidatos o a las candidaturas, incluso en caso de emplearse expresiones descalificadoras, no se considerarán propaganda electoral si no se dirigen a captar el voto. Tampoco se atribuirá tal condición a los mensajes que se efectúen en el marco de conversaciones privadas o en un contexto íntimo, incluso cuando en el curso de la interlocución se llegara a solicitar de forma expresa el voto en favor de un determinado candidato u opción política.

El mero hecho de disuadir al cuerpo electoral de votar en favor de un concreto partido, coalición o federación, es decir, de persuadir para que no se vote a una determinada opción política, no implica necesariamente la realización de un acto de persuasión dirigido a captar el sufragio para un candidato alternativo. De ahí que las llamadas a la abstención o a la emisión de voto en blanco tampoco deban ser consideradas propaganda electoral a los efectos de la LOREG.

**Cuarta.** El delito de realización de propaganda electoral extemporánea se configura como un delito común que puede ser ejecutado por cualquier persona. Constituye, asimismo, un delito de mera actividad, de resultado cortado y de tendencia interna trascendente que exige la concurrencia en el sujeto activo del delito de la intención de lograr captar el voto del electorado pero que, sin embargo, no precisa para su consumación de la efectiva producción de un concreto resultado material, esto es, de la efectiva captación del voto.

**Quinta.** Los principios de intervención mínima y de fragmentariedad del derecho penal, así como los de ofensividad y proporcionalidad, que operan como principios limitadores de la reacción penal, impiden considerar que cualquier contravención del art. 53 LOREG merezca ser elevada a la categoría de delito.

Por consiguiente, las/los fiscales rechazarán las interpretaciones que conciben el delito del art. 144.1.a) LOREG como un ilícito meramente formal en cuya configuración se prescinde de la concreta ofensividad de la conducta y, en consecuencia, se elude toda referencia acerca de la antijuridicidad material bien por considerarse este un elemento intrascendente, bien por presumirse su concurrencia. Por consiguiente, únicamente se considerarán delictivas las conductas que lesionen o pongan en peligro de modo grave el bien jurídico protegido por el art. 144.1.a) LOREG.

**Sexta.** La valoración sobre la aptitud del acto de propaganda electoral para lesionar gravemente el bien jurídico protegido por el art. 144.1.a) LOREG se realizará caso por caso, sin que sea posible determinar de antemano las concretas circunstancias o elementos que deben ser evaluados, a la vista de los innumerables factores susceptibles de ser tomados en consideración.

Las/los fiscales prestarán especial atención a los siguientes extremos a la hora de examinar la concreta afectación para el derecho de sufragio en su vertiente activa y pasiva, esto es, a los derechos de participación política (art. 23.1 CE) y de acceso a los cargos públicos (art. 23.2 CE):

i) El grado de difusión que era previsible que el acto de propaganda alcanzase. Cuanto mayor sea la difusión, mayores posibilidades de que el mensaje logre su objetivo y consiga captar el voto.

Con carácter general, las redes sociales son herramientas idóneas para lograr una amplia difusión de los mensajes propagandísticos. Las nuevas tecnologías y, en especial, las redes sociales intensifican de forma exponencial las posibilidades de alcanzar a un amplio e indeterminado número de destinatarios.

ii) El número de actos de propaganda efectuados por el sujeto, individualmente o de forma concertada, con infracción del art. 53 LOREG.

iii) El hecho de que el acto de propaganda forme parte de una estrategia de campaña electoral, así como que su elaboración pueda haber sido realizada por profesionales.

iv) Los recursos materiales y humanos destinados a la realización del acto de propaganda.

v) La notoriedad y capacidad de influencia de la persona que aparece ante los receptores de la propaganda como autora del mensaje electoral.

vi) Si la propaganda incorpora informaciones novedosas ignoradas hasta la fecha por el cuerpo electoral, siendo éste el elemento al que, con carácter general, se concederá mayor valor. Difícilmente cabe reconocer capacidad de persuasión para captar el voto a la mera reiteración de proclamas o consignas ya difundidas durante la campaña electoral. Sin embargo, la divulgación de nuevos contenidos, especialmente nuevas informaciones, deben considerarse especialmente idóneas para generar impacto en el electorado.

**Séptima.** Las prohibiciones contenidas en el art. 53 LOREG son de aplicación, sin excepción, a la actividad de propaganda electoral desarrollada en la Red.

**Octava.** Cuando, fruto de su escasa ofensividad, los hechos no sean constitutivos de delito, pero sí pudieran serlo de la infracción electoral sancionada en el art. 153.1 LOREG, las/los fiscales acordarán el archivo de las diligencias de investigación y la consiguiente remisión de testimonio en favor de la junta electoral competente. En el supuesto de tratarse de hechos ya judicializados, instarán del órgano judicial el sobreseimiento de las actuaciones y la subsiguiente deducción de testimonio.

En razón de todo lo expuesto, con el propósito de cumplir con las obligaciones que impone nuestro ordenamiento jurídico al Ministerio Público, las/los fiscales se atenderán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente consulta.

Madrid, a 3 de abril de 2024  
EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO

Fdo. Álvaro García Ortiz