



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

DISCURSO DEL ODIO E ILEGALIZACIÓN DE PARTIDO POLÍTICO

AUTORA: Alba Carro Otero

TUTOR: Antonio Legerén Molina

**DOBLE GRADO EN DERECHO Y ADMINISTRACIÓN DE
EMPRESA**

TRABAJO DE FIN DE GRADO- AÑO 2017

ÍNDICE

I.	Abreviaturas.....	p. 4
II.	Antecedentes de hecho.....	p. 5
III.	Consecuencias de la declaración de ilegalidad de “Fuerza y Acción” y, en particular, sobre la condición de diputados de Theo y Alexis.....	p. 8
III.1.	Los partidos políticos y su regulación.....	p. 8
III.2.	Consecuencias de la ilegalización de FyA y situación de Theo y Alexis.....	p. 8
III.3.	Conclusión.....	p. 9
IV.	Fundamento constitucional de la demanda de amparo de “Fuerza y Acción” frente a la Sentencia del Supremo y vías de recurso posibles ante una eventual denegación del amparo.....	p. 9
IV.1.	Fundamento constitucional de la de demanda de amparo de “Fuerza y Acción”.....	p. 9
IV.2.	Vías de recurso posibles ante una eventual denegación del amparo.....	p. 11
IV.3.	Conclusión.....	p. 12
V.	Eventuales responsabilidades de Theo y Alexis por las canciones incluidas en su disco.....	p. 13
V.1.	El discurso del odio.....	p. 13
V.2.	Reforma.....	p. 13
V.3.	Bien jurídico protegido, sujetos (activo y pasivo) y conductas.....	p. 14
V.4.	Agravantes.....	p. 16
V.5.	Conclusión.....	p. 16
VI.	Eventuales responsabilidades de Theo y Alexis por las declaraciones realizadas desde el inicio de su carrera política.....	p. 16
VI.1.	Hechos constitutivos de un delito de amenazas.....	p. 16
VI.2.	Hechos constitutivos de un delito de calumnias.....	p. 18
VI.3.	Hechos amparados por la libertad de expresión.....	p. 18
VI.4.	Conclusión.....	p. 20
VII.	Eventual responsabilidad de Alexis por el asalto a la mezquita.....	p. 20
VII.1.	Libertad ideológica y religiosa.....	p. 20
VII.2.	Sujetos, tipo objetivo y subjetivo del artículo 523 CP.....	p. 21
VII.3.	Conclusión.....	p. 22
VIII.	Eventual responsabilidad de Vigaray por el incidente del día 17 de marzo.....	p. 22
VIII.1.	El tipo básico de desórdenes públicos: el artículo 557 CP.....	p. 22
VIII.2.	El artículo 558 CP.....	p. 23
VIII.3.	Conclusión.....	p. 24

IX.	Eventual responsabilidad de Deyverson por las falsas afirmaciones que ha realizado en su diario.....	p. 25
IX.1.	Tipo objetivo y subjetivo de la calumnia.....	p. 25
IX.2.	Sujetos activo y pasivo de la calumnia.....	p. 26
IX.3.	Autoría de Deyverson en el artículo 205 CP.....	p. 26
IX.4.	Conclusión.....	p. 27
X.	En caso de que exista responsabilidad de Theo y Alexis por alguno de los anteriores hechos, ¿cuáles serían los sucesivos pasos procesales a seguir? ¿Qué órganos jurisdiccionales serían competentes?.....	p. 28
X.1.	Inmunidad e inviolabilidad.....	p. 28
X.2.	Pasos procesales a seguir y órganos jurisdiccionales competentes.....	p. 28
X.3.	Conclusión.....	p. 29
XI.	Conclusiones.....	p. 30
XII.	Bibliografía.....	p. 33
XIII.	Apéndice jurisprudencial.....	p. 34

I. Abreviaturas

- AP: Audiencia Provincial
- Art.: Artículo
- Arts.: Artículos
- BOE: Boletín Oficial del Estado
- CE: Constitución Española
- CP: Código Penal
- DOUE: Diario Oficial de la Unión Europea
- LO: Ley Orgánica
- LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal
- LOPP: Ley Orgánica de Partidos Políticos
- LOTC: Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
- Núm.: Número
- P.: Página
- Pp.: Páginas
- SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial
- STC: Sentencia del Tribunal Constitucional
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo
- TC: Tribunal Constitucional
- TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- TS: Tribunal Supremo
- UE: Unión Europea

II. Antecedentes de hecho

Theo y Alexis son dos raperos conocidos artísticamente como “MC Fuerza” y “MC Acción”, respectivamente. Ambos son coautores del álbum *La ley del Altísimo*, editado en agosto de 2015, en el que se contienen diversas canciones de signo islamófobo.

En concreto, la canción *En su santo Nombre* incluye frases como “*No quedará en estas tierras / ni un solo musulmán. / Nuestros puñales irán directos / al corazón de tu Imán (...) La ley del Altísimo / contra los tuyos / vamos a obedecer / y en su santo nombre, / sacrificaremos a todo hombre / y a toda mujer*”. Por su parte, en la canción *Cruzada* se rapea: “*Escuchad, moros: / la auténtica Cruzada / ya no se hace en Tierra Santa / se hace dejando vuestros cuerpos / cubiertos por mantas*” (...) “*A vuestros hijos un gran favor / les vamos a conceder / haciendo que mueran / incluso antes de nacer*”.

El dúo se hace viral en internet y sus vídeos alcanzan más de un millón de visualizaciones. En medio de una tremenda polémica social sobre sus actuaciones, Theo y Alexis dan una rueda de prensa el 14 de noviembre de 2015 en la que anuncian su salto a la política, “*porque este país necesita urgentemente reaccionar frente a la nueva invasión musulmana*”.

En enero de 2016 se inscribe en el Registro de Partidos Políticos el Partido “FyA: Fuerza y Acción”, del que Theo es presidente y Alexis secretario general. En los siguientes meses, ambos realizan un largo viaje por España buscando adhesiones, con gran éxito, pues FyA alcanza los 12.000 afiliados en diciembre de 2016.

Asimismo, en agosto de 2016, se funda *Nuestra Fuerza*, un diario *online* de apoyo al partido, dirigido por el polémico periodista Deyverson y en septiembre del mismo año *Acción inmediata*, una organización juvenil vinculada al partido y dirigida por Vigaray.

En noviembre de 2016, el Congreso de los Diputados aprueba una proposición no de ley en la que, apelando a la necesidad de garantizar que la actividad de los partidos políticos cumpla con la Constitución, insta al Gobierno a iniciar los trámites tendentes a “declarar ilegal la formación política Fuerza y Acción”.

A comienzos del 2017 se convocan Elecciones generales en España. FyA se presenta a dichos comicios e inicia una campaña bajo el lema “Tiempos de Cruzada”. A lo largo de dicha campaña se producen los siguientes hechos:

1) El 23 de febrero de 2017, durante un mitin electoral, Theo realizó las siguientes declaraciones: “*La Historia absolverá a Franco, porque ha sido el único que tuvo la visión correcta: es tiempo de una cruzada cristiana frente a todos sus enemigos. Cueste lo que cueste, y pase lo que pase*”.

2) El día 25 de febrero, *Nuestra Fuerza* publica un reportaje en el que acusa a diversos partidos políticos de estar financiados por Estados musulmanes. En particular, se expone que la Unión Demócrata sufraga sus campañas con dinero iraní y el Partido Socialdemócrata con fondos procedentes de Arabia Saudí.

Ambos partidos niegan estas aseveraciones y anuncian medidas legales. Esa noche, personas no identificadas realizan pintadas amenazantes en las sedes de ambos partidos.

El 27 de febrero de 2017, en un debate electoral televisado, Theo acusó a la candidata del Partido Socialdemócrata, Susana Sánchez, de “*estar en connivencia con los que quieren*”.

destruir España”, añadiendo que *“los atentados terroristas islámicos están fomentados por el Partido Socialdemócrata y por todos los partidos que están vendiendo esta Nación a sus enemigos”*.

El día 28 de febrero se presenta por el Gobierno ante el Tribunal Supremo demanda de declaración de ilegalidad de “Fuerza y Acción”

El día 2 de marzo, en un multitudinario mítin final de campaña en Burgos, ante 5.000 personas, Theo tomó la palabra y dijo: *“Este domingo es el día en que este país dejará de estar arrodillado. Este domingo es el día en que, por fin, este país va a decir bien claro que quien no esté a favor de la regeneración cristiana se arriesga a que el pueblo lo lleve a la horca”*.

El día de las elecciones, 4 de marzo, FyA obtiene 606.557 votos (2,38% de los votos emitidos), consiguiendo que tanto Theo como Alexis alcancen la condición de diputados en el Congreso.

En un discurso en tono triunfalista, Theo realiza las siguientes declaraciones: *“Hoy es el día en el que los españoles han dicho lo que quieren. Quieren fuerza y acción frente a quienes han vendido la patria a los extranjeros. Quieren verlos o fuera de nuestra tierra o debajo de ella”*.

Por su parte, Alexis, en referencia al 40% de abstención, señaló: *“Hay muchos españoles que hoy, con su silencio, han sido muy claros: no quieren perpetuar esta farsa. No quieren más política de palabras. No quieren más campañas electorales. No quieren que una falsa mayoría les imponga nada. Nos están diciendo: sólo queremos regirnos por lo que nuestra conciencia española y cristiana nos dicta. Nos están diciendo: id allí y comunicadles a todos esos traidores que su fin ha llegado. Y eso haremos: iremos a sentarnos entre ellos y a anunciarles que pronto verán el Parlamento arder”*.

Al día siguiente, preguntado en rueda de prensa Theo por estas declaraciones, indicó que: *“nuestro secretario general ha expresado lo que muchos se niegan a oír: la democracia es una farsa. La voz del Pueblo no se puede sustituir. Por eso yo invito a todos los que de verdad quieren formar parte de esta reconquista que se hagan sentir el próximo día 17”* [día previsto para la solemne apertura de la legislatura].

El día 17 de marzo, efectivamente, un grupo de alrededor de 500 jóvenes, convocados por *Acción inmediata*, se concentra en las inmediaciones del Congreso de los Diputados en apoyo de FyA.

La policía establece un cordón de seguridad, pero tanto Vigaray como otros sujetos consiguen saltarlo y, abalanzándose contra el vehículo descapotable que transportaba al Jefe del Estado, Vigaray arrojó una antorcha apagada a la cara de éste exclamando: *“¡La próxima vez encendida!”*, siendo detenido inmediatamente. Acto seguido, se produjeron disturbios y una serie de cargas policiales contra los adeptos de FyA que se saldaron con 120 detenidos y más de 300 heridos entre policías y activistas.

Al día siguiente, 18 de marzo de 2017 se celebra una sesión parlamentaria en el Congreso de los Diputados. Esa misma mañana, en un reportaje firmado por Deyverson, *Nuestra fuerza* publica que Vigaray y otros miembros de *Acción inmediata* han sido torturados por la policía y por *“agentes de Estados musulmanes”*, señalando como inductor de dichas torturas al Comisario de la Policía Nacional, señor Camarasa. En portada, aparece una

fotografía del Sr. Camarasa con un sello encima con el lema “*Juzgado y condenado por alta traición*”.

Esa tarde, en el Congreso de los Diputados, estando en su turno de palabra, Theo, en nombre de FyA, expone que: “*renunciamos a toda vía de entendimiento con torturadores y traidores. A partir de ahora sólo hablaremos en el campo de batalla*”. Acto seguido, la presidenta del Gobierno, Sra. Soraya Rajoy, interviene para inquirir a Theo por el sentido exacto de sus palabras, momento en el que Alexis se levanta de su escaño y grita: “*Significa que vais a salir todos de aquí con los pies por delante y le vamos a prender fuego a este edificio*”. Alexis es inmediatamente expulsado del hemiciclo por el Presidente del Congreso.

Ya en los pasillos, en declaraciones a los periodistas que allí lo abordan, Alexis dice: “*Basta de tonterías: somos fuerza y acción. Hoy es una jornada de ira y desde aquí hago un llamamiento: ¡que todos los que nos apoyan salgan a la calle y tomen lo que es suyo!*”.

Unos minutos más tarde, sobre las 19:50, Alexis, en compañía de un numeroso grupo de afiliados de *Acción inmediata*, irrumpen, durante el rezo del *Magrib*, en una mezquita provistos de garrafas con sangre de cerdo y comienzan a rociar a los fieles allí congregados con ella, provocándose una reyerta en la que hubo 40 heridos, sin que sea posible determinar si Alexis, quien resultó también herido, lesionó a alguna de las personas allí presentes.

Asimismo, cerca de las 20:30h de ese mismo día, cuatro individuos no identificados abordan en la vía pública al Sr. Camarasa, abriendo fuego contra él y causándole la muerte. Encima del cuerpo dejan una copia de la portada de ese día de *Nuestra fuerza* y se dan a la fuga.

En las semanas siguientes a los anteriores hechos, se constituye una Comisión parlamentaria de investigación, que llega a las siguientes conclusiones:

1ª) Son totalmente falsas las afirmaciones realizadas tanto por el diario *Nuestra fuerza* como por Theo acerca de la financiación ilícita del Partido Socialdemócrata y la Unión Democristiana.

2ª) Es, asimismo, falso que Vigaray haya sido torturado en sede policial.

3ª) Las anteriores acusaciones, realizadas por Deyverson como responsable de *Nuestra fuerza* fueron publicadas sin que aquél comprobase en ningún momento su veracidad, limitándose a exteriorizar rumores que circulaban entre los seguidores de *Acción inmediata*.

El 20 de marzo de 2017 la Sala especial del Tribunal Supremo dicta sentencia en que se declara ilegal “Fuerza y Acción” en atención, de acuerdo con su FJ 2 “a la manifiesta contradicción de sus fines políticos con el conjunto de valores y principios que inspiran la Constitución vigente y, en particular, con la igual dignidad y derechos de toda persona”.

Notificada la anterior sentencia a “Fuerza y Acción”, ésta interpone recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por vulneración del derecho a la participación política.

III. Consecuencias de la declaración de ilegalidad de “Fuerza y Acción” y, en particular, sobre la condición de diputados de Theo y Alexis

III.1. Los partidos políticos y su regulación

La Constitución Española de 1978¹ hace referencia a los partidos políticos en su artículo 6, estableciendo sus funciones: *“Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos.”*

En este sentido, la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos², dispone en su artículo 1.1 que *“Los ciudadanos de la Unión Europea podrán crear libremente partidos políticos conforme a lo dispuesto en la Constitución y en la presente ley orgánica”*. Este precepto guarda relación con el artículo 23 CE en el que se establece el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos y a acceder a las funciones y cargos públicos.

No obstante, estos partidos políticos deben adecuarse a los valores constitucionales y deben respetar plenamente el pluralismo, tal y como se desprende del artículo 9.1 LOPP. Por tanto, un partido político puede ser declarado ilegal cuando las actividades que realice vulneren los principios democráticos, especialmente cuando se intente destruir el régimen democrático o el de libertades. Para ello se ha de desempeñar de forma reiterada y grave alguna de las conductas del artículo 9.2 LOPP.

III.2. Consecuencias de la ilegalización de FyA y situación de Theo y Alexis

El 20 de marzo de 2017 la Sala especial del Tribunal Supremo dicta sentencia en que se declara ilegal “Fuerza y Acción” en atención, de acuerdo con su Fundamento Jurídico 2 *“a la manifiesta contradicción de sus fines políticos con el conjunto de valores y principios que inspiran la Constitución vigente y, en particular, con la igual dignidad y derechos de toda persona”*.

Con respecto a las consecuencias, se va a proceder a la suspensión o disolución de Fuerza y Acción. El artículo 10.1 LOPP hace referencia a la disolución o suspensión judicial de los partidos políticos, estableciendo que la disolución o suspensión de un partido político puede llevarse a cabo por decisión de la autoridad judicial competente. Para que esta disolución tenga efectos es necesario que se anote en el Registro de Partidos Políticos.

No obstante, el artículo 22.4 CE introduce la necesidad de una resolución judicial que sea motivada para que se produzca esa disolución o suspensión. Cabe destacar en este punto que el citado precepto no se refiere únicamente a los partidos políticos sino a las asociaciones en general.

Otra de las consecuencias sería, en virtud del artículo 12.1.c) LOPP, la apertura de un proceso de liquidación patrimonial, destinándose el patrimonio neto resultante a actividades de interés social o humanitario. Asimismo, se producirá el cese de toda actividad de Fuerza y Acción pudiendo incurrir en responsabilidad penal si no se lleva a

¹ Constitución Española de 1978. BOE núm. 311, de 29 de Diciembre de 1978 (en adelante, CE).

² Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos. BOE núm. 154, de 28 de Junio de 2002 (en adelante, LOPP).

cabo. En este sentido, la STS Sala Especial de 27 de marzo³, declara ilegal al Partido Político Herri Batasuna y muestra en su Fundamento Jurídico 7 las consecuencias de esa declaración de ilegalidad.

Con la declaración de ilegalidad, Theo y Alexis no van a perder su condición de diputados puesto que esto supondría una violación del artículo 23 de la Constitución Española que establece 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.*

2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”.

Debido a que son los ciudadanos los que deciden con sus votos a sus representantes y a que Theo y Alexis han accedido al cargo conforme a los requisitos establecidos en las leyes, seguirán ostentando el cargo de diputados.

III.3. Conclusión

A modo de conclusión, pese a que se declare ilegal el partido político Fuerza y Acción, Theo y Alexis no perderían su condición de diputados puesto que se trataría de una violación del artículo 23 de la Constitución Española, en el que se regula el derecho de participación de la ciudadanía. Por otra parte, las consecuencias de la declaración de ilegalidad van a ser la suspensión o disolución de Fuerza y Acción, el cese inmediato de toda actividad y la apertura de un proceso de liquidación patrimonial.

IV. Fundamento constitucional de la demanda de amparo de “Fuerza y Acción” frente a la Sentencia del Supremo y vías de recurso posibles ante una eventual denegación del amparo

IV.1. Fundamento constitucional de la demanda de amparo de “Fuerza y Acción”

El recurso de amparo se regula en la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional⁴. Así, el objeto del recurso de amparo según el artículo 41.1 LOTC van a ser *“Los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución serán susceptibles de amparo constitucional (...)”*⁵.

Contra la decisión tomada por la Sala Especial del Tribunal Supremo el 20 de marzo de 2017 en la que se declara ilegal a “Fuerza y Acción”, sólo cabe recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Hasta que el recurso sea resuelto se puede dictar la suspensión cautelar de un Partido Político y las partes podrán invocar la vulneración de varios

³ Cfr. STS Sala Especial, de 27 marzo de 2003 [RJ 2003\3072].

⁴ Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. BOE núm. 239, de 5 de octubre de 1979 (en adelante, LOTC).

⁵ Artículo 41.1 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional : *“Los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución serán susceptibles de amparo constitucional, en los casos y formas que esta ley establece, sin perjuicio de su tutela general encomendada a los Tribunales de Justicia. Igual protección será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30 de la Constitución”.*

derechos constitucionales. No obstante, puede ser recurrida tanto directamente como después de agotar los recursos en vía judicial⁶.

Es por ello, que se puede apreciar una vulneración de la libertad ideológica recogida en el artículo 16.1 CE, de la libertad de expresión del artículo 20.1a) CE y del derecho de asociación política del artículo 22.1 CE⁷.

Con respecto a la libertad ideológica, a tenor del artículo 16.1 de la Constitución Española, tanto esta libertad como la religiosa y de culto de individuos y comunidades, sin mayor limitación que el mantenimiento del orden público, será garantizada. En este sentido, cabe destacar la Sentencia del Tribunal Constitucional del 15 de febrero de 1990⁸, en la que se reitera lo expuesto en el citado precepto 16.1 CE. Además, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1996 establece que *“la libertad religiosa garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual”*⁹.

Para que un Partido Político sea ilegalizado deberá incurrir de forma grave y reiterada en alguna conducta durante sus actuaciones que se encuentre recogida en el artículo 9 de la Ley Orgánica de Partidos Políticos¹⁰.

En el presente caso de estudio, no se incurre en una ilegalización por la ideología de “FyA” y no se produce una vulneración a este derecho ya que la ilegalización se debe al incumplimiento de los mandatos constitucionales.

En relación a la libertad de expresión, el artículo 20.1 CE dispone que se reconocen y protegen los derechos a *“expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción”*

⁶ VÍRGALA FORURIA, E.: “Los límites constitucionales a los partidos políticos en la LO 6/2002”, en *La prohibición de partidos políticos* (Montilla Martos, J.A.), Universidad de Almería, 2004, pp. 68-70.

⁷ Artículo 16.1 Constitución Española: *“Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”*.

Artículo 20.1 a) Constitución Española: *“Se reconocen y protegen los derechos: A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción”*.

Artículo 22.1 Constitución Española: *“Se reconoce el derecho de asociación”*.

⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional del 15 de febrero de 1990 [RTC 1990\20].

⁹ Cfr. STC núm. 177/1996, de 11 noviembre de 1996 [RJ 1996\177].

¹⁰ Artículo 9.2 LOPP: *“Un partido político será declarado ilegal cuando su actividad vulnere los principios democráticos, particularmente cuando con la misma persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático, mediante alguna de las siguientes conductas, realizadas de forma reiterada y grave:*

a) Vulnerar sistemáticamente las libertades y derechos fundamentales, promoviendo, justificando o exculpando los atentados contra la vida o la integridad de las personas, o la exclusión o persecución de personas por razón de su ideología, religión o creencias, nacionalidad, raza, sexo u orientación sexual.

b) Fomentar, propiciar o legitimar la violencia como método para la consecución de objetivos políticos o para hacer desaparecer las condiciones precisas para el ejercicio de la democracia, del pluralismo y de las libertades políticas.

c) Complementar y apoyar políticamente la acción de organizaciones terroristas para la consecución de sus fines de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, tratando de someter a un clima de terror a los poderes públicos, a determinadas personas o grupos de la sociedad o a la población en general, o contribuir a multiplicar los efectos de la violencia terrorista y del miedo y la intimidación generada por la misma”.

(apartado a), a *“la producción y creación literaria, artística, científica y técnica”* y a *“comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión”* (apartado d).

En este sentido, cabe destacar la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de marzo de 1981. Concretamente el fundamento jurídico 3 establece que *“el art. 20 de la CE, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la CE consagra (...). La preservación de esta comunicación pública libre sin la cual no hay sociedad libre ni, por tanto soberanía popular, exige la garantía de ciertos derechos fundamentales comunes a todos los ciudadanos”*¹¹.

Es por ello, que las actuaciones realizadas por los militantes de “FyA” se pueden encontrar amparadas en esta norma pero teniendo en cuenta los límites establecidos en el artículo 20.4 CE *“en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”*.

El derecho de asociación, por su parte, se encuentra regulado en el artículo 22 CE. En particular, su apartado 1 reconoce el derecho de asociación. No obstante, el citado precepto abre la posibilidad de disolución o suspensión *“en virtud de una resolución judicial motivada”*.

El Partido Político Herri Batasuna ha interpuesto una demanda de amparo contra la Sentencia de la Sala Especial del Tribunal Supremo, de 27 marzo de 2003, en la cual se declara la ilegalidad del partido¹². Esta demanda de amparo se basa en la libertad de asociación del artículo 22 CE.

Del mismo modo que Herri Batasuna, Fuerza y Acción podría declarar vulnerado su derecho de asociación (artículo 22 CE), así como la libertad de expresión regulada en el artículo 20 CE. En cambio, el artículo 23 de la Constitución Española¹³, referido a la participación política no sería de aplicación ya que no pierden el cargo público.

IV.2. Vías de recurso posibles ante una eventual denegación de amparo

Tal y como se recoge en el anterior apartado, el único recurso que cabe ante la sentencia del Tribunal Supremo es el recurso de amparo. Así, si se deniega el amparo ya se habrían agotado las vías de reclamación interna.

No obstante, una vía para invocar la vulneración de los derechos mencionados con anterioridad, sería recurrir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH). Con la firma del Acta de Adhesión a las Comunidades Europeas en el año 1985, España forma parte de la Unión Europea y deberá cumplir con el derecho comunitario.

¹¹ Cfr. STC núm. 6/81, de 16 marzo de 1981 [RTC 1981\6].

¹² Cfr. Sentencia Sala Especial TS, de 27 marzo de 2003 [RJ 2003\3072].

¹³ Artículo 23 Constitución Española: *“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.*

2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”.

En este sentido, el artículo 19 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos dispone que el TEDH se instituye “*Con el fin de asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del presente Convenio y sus Protocolos*”, y que “*funcionará de manera permanente*”.

El artículo 34 del citado Convenio establece que “*El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho*”. Cabe destacar en este sentido que la demanda individual va a llegar al Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando no se ha realizado la declaración de inadmisibilidad por el Comité y cuando el mismo Tribunal resuelva admitiendo la demanda (arts.28 y 29 Convenio para la Protección de los Derechos Humanos).

Ejemplos de acceso al TEDH son el partido político EAE-ANV así como Herri Batasuna ya que habían agotado la vía nacional de recursos. Con respecto al primer partido, debido a la denegación por parte del Tribunal Constitucional¹⁴ de la demanda de amparo que solicita la suspensión de la STS de 22 septiembre de 2008 que declara ilegal al partido¹⁵, opta por la vía del TEDH. De este modo, se interpone una demanda individual, la cual es admitida por el Tribunal pero éste declara que no existe la violación alegada.

Aún así, el primer Partido Político que ha acudido al TEDH por el mismo motivo es Herri Batasuna que, al recibir la desestimación de la demanda de amparo ante el TC, presenta una demanda individual. Ésto se recoge en la STC de 16 de enero de 2004¹⁶. De igual forma que en el caso de EAE-ANV, el Tribunal considera que no se incurre en la violación del artículo 10 ni del 11 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos.

En el presente caso de estudio, ante una eventual denegación de amparo, “Fuerza y Acción” puede acudir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. No obstante, una vez agotada esta vía no caben más recursos.

IV.3. Conclusión

A modo de conclusión, con respecto al fundamento constitucional de la demanda de amparo de “Fuerza y Acción”, cabe destacar que contra la decisión tomada por la Sala Especial del Tribunal Supremo en la que se declara ilegal a “Fuerza y Acción”, sólo cabe recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. En este caso, se podría apreciar una vulneración de la libertad de expresión del artículo 20.1a) CE y del derecho de asociación del artículo 22 CE. Por otra parte, ante la eventual denegación de amparo la única vía posible sería el acceso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

¹⁴ Cfr. STC núm. 398/2008, de 22 diciembre de 2008 [RTC 2008\398].

¹⁵ Cfr. STS de 22 de septiembre de 2008 [RJ 2008\ 7036].

¹⁶ Cfr. STC núm. 6/2004, de 16 de enero de 2004 [RTC 2004\6].

V. Eventuales responsabilidades de Theo y Alexis por las canciones incluidas en su disco

V.1. El discurso del odio

Theo y Alexis son dos raperos coautores del álbum *La ley del Altísimo*, editado en agosto de 2015, en el que se incluyen canciones de signo islamófobo. Sus canciones se hacen virales en internet y los vídeos que las recogen alcanzan más de un millón de reproducciones.

Para determinar las eventuales responsabilidades de Theo y Alexis por las canciones incluidas en su disco, cabe recurrir al artículo 510 del Código Penal, en el que se hace referencia a la provocación a la discriminación, odio o violencia contra grupos. En concreto, el citado precepto establece que:

“1. Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses:(...)”

b) Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.”

Con la tipificación de las conductas señaladas en el precepto, se busca reprimir de forma penal el “Discurso del Odio”, también llamado “Hate Speech”, que ha sido definido como “un empleo táctico e intencional de palabras, material audiovisual, símbolos, teorías de la conspiración y demás, convertidas en una compleja y eficaz maquinaria difamatoria focalizada, tradicionalmente, en el odio racial e históricamente asociada al negacionismo y a la propaganda de la Alemania Nazi, que puede poner en peligro el sistema de convivencia basado en la dignidad y la igualdad en el que se basa la democracia”¹⁷.

No obstante, la definición que se aproxima en mayor medida al caso de estudio, es aquélla que considera que el Discurso del Odio no tiene únicamente relación con la Alemania Nazi sino que “pretende degradar, intimidar, promover prejuicios o incitar a la violencia contra individuos por motivos de su pertenencia a una raza, género, edad, colectivo étnico, nacionalidad, religión, orientación sexual, identidad de género, discapacidad, lengua, opiniones políticas o morales, estatus socioeconómico, ocupación o apariencia (como el peso, el color de pelo), capacidad mental y cualquier otra elemento de consideración. El concepto se refiere al discurso difundido de manera oral, escrita, en soporte visual en los medios de comunicación, o internet, u otros medios de difusión social”¹⁸.

¹⁷ ALCÁCER GUIRAO, R.: “Discurso del Odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, año 2012 ,núm. 14, p. 10.

¹⁸ PANKOWSKI, R.: “Comprender y luchar contra el discurso del odio”, en *United Thematic Leaflet*, núm. 3, 2008.

V.2. Reforma

La reforma penal efectuada el 1 de julio de 2015, ha supuesto la modificación de los antiguos artículos 510 y 607.2 CP, referido este último al delito de genocidio. Así, se crea el nuevo artículo 510 CP, que supone la unificación de las conductas reguladas anteriormente por los artículos 510 y 607.2 CP y la eliminación de la palabra “provocación”, que se trata de un delito preparatorio recogido en el artículo 18.1 CP¹⁹.

La reforma tiene en cuenta la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 28 de noviembre, que hace referencia a la lucha contra determinadas manifestaciones de racismo y xenofobia, la cual había sido aprobada 5 años antes pero no había sido traspuesta al Código Penal.²⁰

Además, se tienen en cuenta las exigencias del Tribunal Constitucional contenidas en la STC 235/2007, de 7 de noviembre (RJ 2007\235). En la misma el acusado “actuando en su condición de titular y director de la librería Europa, ha venido procediendo de forma habitual y continuada (...) a la distribución, difusión y venta de todo tipo de materiales en soporte documental y bibliográfico, libros, publicaciones, cartas, carteles, etc., en los que de forma reiterada e inequívocamente vejatoria para el grupo social integrado por la comunidad judía, se negaba la persecución y genocidio sufridos por dicho pueblo durante el periodo histórico de la Segunda Guerra Mundial, masacre colectiva programada y ejecutada por los responsables de la Alemania nazi que gobernaron en la época del III Reich. La inmensa mayoría de dichas publicaciones contenían textos en los que se incita a la discriminación y al odio hacia la raza judía, considerándoles seres inferiores a los que se debe exterminar como 'a las ratas'”²¹.

V.3. Bien jurídico protegido, sujetos (activo y pasivo) y conductas

De acuerdo con un sector mayoritario de la doctrina y jurisprudencia, el bien jurídico protegido por el artículo 510 CP es el derecho a la no discriminación (art. 14 CE) como derecho autónomo al derecho a la igualdad. La referencia en el artículo 510.1 CP a “*por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad*” va en consonancia con esta doctrina mayoritaria, que defiende que efectivamente el objeto de tutela es el derecho a la no discriminación. En cambio, un sector minoritario considera que se trata de bienes jurídicos diferentes en función de las distintas conductas descritas en el precepto, incluso negando la existencia en algunos casos de un bien jurídico protegido²².

En el artículo 510 CP el sujeto pasivo común va a ser “*un grupo o una parte del mismo*” o “*una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél*”. Esto ha supuesto un cambio con respecto a la anterior redacción del precepto ya que hasta ahora el colectivo

¹⁹ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

²⁰ Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal. DOUE núm. L328, de 6 de diciembre de 2008.

²¹ Cfr. RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S.: “El ámbito de aplicación del actual artículo 510 CP en retrospectiva y en prospectiva tras la reforma penal de 2015”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª Época, núm.12 (julio de 2014), pp. 165-232.

²² Cfr. LANDA GOROSTIZA, J. M.: «Incitación al odio...», p. 303.

de referencia para el legislador eran “*grupos o asociaciones*”. Con la reforma se ha introducido la posibilidad de que las conductas tipificadas se refieran a una persona determinada, aunque por razón de su adscripción al grupo, o parte del grupo. En el presente caso, las canciones de los raperos hacen mención a los musulmanes como colectivo, sin centrar la atención en una persona concreta.

Estudiado el sujeto pasivo, en lo que concierne al sujeto activo, el artículo 510 CP hace referencia a quienes realicen las conductas punibles, pudiendo ser cualquier persona. Así, en el caso de estudio se trata de Theo y Alexis.

Delimitado el sujeto pasivo y el sujeto activo, por lo que se refiere a las conductas punibles, el artículo 510.1.b) del Código Penal establece que: “*Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad*”.

Por tanto, las conductas punibles son la “*producción*” y la “*elaboración*”, la “*posesión con finalidad de distribuir*”, la “*facilitación de acceso a terceros*”, la “*distribución*”, la “*difusión*” y la “*venta*”. Esto supone una novedad con respecto al anterior artículo 510 CP en el que no se hacía referencia a la sanción de este tipo de comportamientos. En el caso que se examina, los cantantes facilitan el acceso a terceros mediante la difusión de sus vídeos a través de internet, con el resultado de más de un millón de visualizaciones. Además, editan un álbum, lo cual remite a la “*producción*” y “*elaboración*”²³.

La introducción de las conductas del apartado b del artículo 510 CP posibilita el acceso a un mayor número de personas a través de Internet o las nuevas tecnologías de la información. De este modo, aumenta exponencialmente el número de personas que pueden acceder al contenido, pudiendo realizar una rápida distribución que se traduce en la propagación de un clima de odio, hostilidad, discriminación o violencia puesto que se abaratan los costes de producción. Se denomina actualmente “*Cyberhate Speech*” o “*Ciberodio*” esta adaptación al ciberespacio de la conducta descrita. Aunque el término en un inicio hacía referencia al odio racial, su alcance se extiende a comunicaciones de carácter violento con ánimo difamatorio o discriminatorio, sin necesidad de que sean racistas²⁴.

No obstante, cabe mencionar que no es necesaria la efectiva distribución de los contenidos para incurrir en una de las conductas punibles del artículo 510 CP sino que es suficiente con la existencia de esa finalidad distributiva. La producción y la elaboración de canciones, vídeos o material similar, se encuadra en este precepto aunque su distribución todavía no se haya realizado. En este sentido, cabe destacar la edición del

²³ RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S.: “El ámbito de aplicación del actual artículo 510 CP en retrospectiva y en prospectiva tras la reforma penal de 2015”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª Época, n.º 12 (julio de 2014), pp. 165-232.

²⁴ Cfr. MIRÓ LLINARES, F.: *El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, Marcial Pons, 2012, p. 114.

álbum que recoge las canciones alusivas a la muerte de los musulmanes puesto que aunque no sea efectiva su distribución, la edición con esa finalidad se trata de una conducta punible en el artículo 510 CP.

Las conductas que se castigan en el citado precepto están relacionadas con un objeto material determinado, pudiendo tratarse de “*escritos o cualquier otra clase de material o soportes*”. En concreto, Theo y Alexis editan un álbum y sus canciones se hacen virales en internet, lo que hace referencia a cualquier otra clase de material o soporte.

El citado artículo 510.b) CP añade que “*por su contenido sean idóneos*” para realizar la conducta del apartado a). En el presente caso, la letra de las canciones incluye frases como “no quedará en estas tierras ni un solo musulmán”, “sacrificaremos a todo hombre y mujer” y “a vuestros hijos un favor les vamos a conceder haciendo que mueran”.

V.4. Agravantes

El artículo 510.3 CP hace referencia a las conductas de los apartados anteriores del citado precepto, estableciendo circunstancias que pueden agravar las penas previstas en los mismos:

“Las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas”.

Por tanto, el citado apartado sería aplicable al presente caso puesto que el dúo consigue hacerse viral en internet y sus vídeos son subidos a la red. Es decir, los hechos se han llevado a cabo por medio de internet.

V.5. Conclusión

A modo de conclusión, para tratar las eventuales responsabilidades de Theo y Alexis por las canciones incluidas en su disco cabe recurrir a la actual redacción del artículo 510 CP. Con la reforma de este precepto en el año 2015 se introducen numerosas novedades, pero en el caso que nos atañe se ha de destacar la introducción del apartado b del artículo 510.1 CP, que permite sancionar las conductas relacionadas con la elaboración, la producción y la posesión con la finalidad de distribución aunque ésta no se haya llevado a cabo. Además, en el apartado 3 del citado precepto, se introduce un agravante con motivo de la realización de las conductas descritas a través de medios de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información.

VI. Eventuales responsabilidades de Theo y Alexis por las declaraciones realizadas desde el inicio de su carrera política

VI.1. Hechos constitutivos de delito de amenazas

La tarde del 18 de marzo de 2017, Theo expone en el Congreso de los Diputados que renuncian a toda vía de entendimiento con torturadores y traidores y que a partir de ese momento solo hablarán en el campo de batalla. Tras la intervención de la presidenta del Gobierno, Alexis se levanta de su escaño y grita: “Significa que vais a salir todos de aquí con los pies por delante y le vamos a prender fuego a este edificio”. Posteriormente, es expulsado del hemiciclo.

Por estas declaraciones Alexis ha incurrido en un delito de amenaza. El tipo básico de este delito se regula en el artículo 169 del Código Penal y hace referencia a las amenazas condicionales y las no condicionales. En el presente caso, no se trata de una amenaza condicional puesto que la amenaza no exige una cantidad ni impone otra condición. En cuanto a las amenazas no condicionales, resulta de aplicación el artículo 169.2º CP: *“El que amenazar a otro con causarle a él, a su familia o a otras personas con las que esté íntimamente vinculado un mal que constituya delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, será castigado: (...)*

2º. Con la pena de prisión de seis meses a dos años, cuando la amenaza no haya sido condicional”.

La conducta punible es la amenaza. La misma se desprende de las palabras de Alexis cuando afirma que “significa que vais a salir todos de aquí con los pies por delante y le vamos a prender fuego a este edificio”. Amenazar supone dar a entender con actos o palabras que se quiere hacer algún mal a alguien y el mismo debe ir dirigido a la intimidación del sujeto pasivo²⁵.

No obstante, cabe mencionar que la amenaza es dirigida al Congreso de los Diputados. En este sentido, cabe aplicar el artículo 170.1 CP, referido a las amenazas a grupos *“Si las amenazas de un mal que constituyere delito fuesen dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas, y tuvieran la gravedad necesaria para conseguirlo, se impondrán respectivamente las penas superiores en grado a las previstas en el artículo anterior”.* Este precepto constituye un tipo agravado del delito de amenazas.

La STS de 2007, de 26 de febrero²⁶ establece que el delito de amenazas del artículo 170.1 CP requiere estos elementos:

1. Amenazar.
2. El mal con el que se amenaza debe ser constitutivo de cualquier clase de delito.
3. El sujeto pasivo es un colectivo, es decir, la amenaza se dirige a los miembros integrantes de un grupo y no a una persona individual. Así, el art. 170.1 CP establece que las amenazas se han de dirigir a *“los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas”.*
4. Es necesaria la gravedad suficiente para conseguir atemorizar al grupo de personas.

Es por ello que, con las declaraciones realizadas por Alexis, se cumplen cada uno de estos elementos constitutivos de un delito de amenazas a grupos del art. 170.1 CP. En primer lugar, amenaza con prender fuego al edificio del Congreso de los Diputados y con que

²⁵ GÓMEZ TOMILLO, MANUEL (director): *Comentarios prácticos al Código Penal tomo II*, ARANZADI, Navarra, 2015, p.327.

²⁶ STS de 26 de febrero de 2007 [RJ 2007\948].

van a salir todos con los pies por delante. La amenaza es constitutiva de un delito de incendio, el cual se regula en el artículo 351 del Código Penal²⁷.

Además, se refiere a un grupo (el Congreso de los Diputados). En cuanto a la gravedad, alberga la suficiente como para atemorizar a los miembros puesto que se realiza con seriedad, firmeza y determinación²⁸.

Pese a que se cumplen los requisitos necesarios para incurrir en un delito de amenazas, cabe destacar que las mismas son vertidas en el seno del Congreso de los Diputados y que Alexis ostentaba la condición de Diputado en ese momento. Es por ello que, a tenor del artículo 71 CE y del artículo 10 del Reglamento del Congreso, gozará de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones, pudiendo incluirse las presentes declaraciones.

VI.2. Hechos constitutivos de un delito de calumnias

El día 27 de febrero de 2017, en un debate televisivo, Theo acusa a Susana Sánchez de “estar en connivencia con los que quieren destruir España”, añadiendo que “los atentados terroristas islámicos están fomentados por el Partido Socialdemócrata y por todos los partidos que están vendiendo esta Nación a sus enemigos”.

En relación a estas declaraciones, el artículo 205 CP establece que “*es calumnia la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad*”. La conducta típica implica la imputación a otro de cualquier delito. En concreto, Theo está acusando al Partido Socialdemócrata de un delito de enaltecimiento del terrorismo del artículo 572.1 CP “*Quienes promovieran, constituyeran, organizaran o dirigieran una organización o grupo terrorista serán castigados con las penas de prisión de ocho a catorce años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de ocho a quince años*”.

Además, el delito que imputa es falso, tal y como determina la Comisión parlamentaria de investigación, y Theo actúa con temerario desprecio a la verdad puesto que no ha comprobado con anterioridad a sus declaraciones si los hechos que imputa verdaderamente se han cometido²⁹.

VI.3. Hechos amparados por la libertad de expresión

La libertad de expresión aparece recogida en la Constitución Española en el artículo 20. En concreto, el art. 20.1.a) CE establece que se reconocen y protegen los derechos “*A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción*”.

²⁷ Art. 351 del Código Penal: “*Los que provocaren un incendio que comporte un peligro para la vida o integridad física de las personas, serán castigados con la pena de prisión de diez a veinte años. Los Jueces o Tribunales podrán imponer la pena inferior en grado atendidas la menor entidad del peligro causado y las demás circunstancias del hecho.*”

Cuando no concurra tal peligro para la vida o integridad física de las personas, los hechos se castigarán como daños previstos en el artículo 266 de este Código”.

²⁸ GÓMEZ TOMILLO, MANUEL (director): *Comentarios prácticos al Código Penal tomo II*, ARANZADI, Navarra, 2015 pp.333-335.

²⁹ Cfr. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.; DÍAZ MARTÍNEZ, P.: *Código Penal Comentado*, Bosch, Barcelona, 2012, pp.779-780.

El día 2 de marzo de 2017, Theo pronuncia las siguientes palabras durante un mitin en Burgos: “Este domingo es el día en que este país dejará de estar arrodillado. Este domingo es el día en que, por fin, este país va a decir bien claro que quien no esté a favor de la regeneración cristiana se arriesga a que el pueblo lo lleve a la horca”. En este caso, Theo no incurre en un delito de amenazas puesto que para ello sería necesaria una gravedad suficiente para atemorizar de forma efectiva al pueblo. La referencia a la horca y a la posibilidad de que sea la ciudadanía la que considere quien debe acceder a la misma hacen que esta amenaza no sea considerada como firme y sería puesto que se trata de un método utilizado en la antigüedad, no extendido en los tiempos actuales. No obstante, cabe mencionar que se cumplen el resto de los requisitos establecidos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2007³⁰.

Dos días después, Theo realiza las siguientes declaraciones: “Hoy es el día en el que los españoles han dicho lo que quieren. Quieren fuerza y acción frente a quienes han vendido la patria a los extranjeros. Quieren verlos o fuera de nuestra tierra o debajo de ella”. Dado el resultado obtenido en las elecciones, en el que Theo y Alexis alcanzan la condición de diputados en el Congreso, Theo muestra su valoración de la situación. Es por ello que no incurre en ningún delito ya que se limita a expresar su opinión.

El mismo día, en relación a la abstención del 40%, Alexis declara lo siguiente: “Hay muchos españoles que hoy, con su silencio, han sido muy claros: no quieren perpetuar esta farsa. No quieren más política de palabras. No quieren más campañas electorales. No quieren que una falsa mayoría les imponga nada. Nos están diciendo: sólo queremos regirnos por lo que nuestra conciencia española y cristiana nos dicta. Nos están diciendo: id allí y comunicadles a todos esos traidores que su fin ha llegado. Y eso haremos: iremos a sentarnos entre ellos y a anunciarles que pronto verán el Parlamento arder”. Estas declaraciones guardan relación con las realizadas por Theo ese mismo día y, en el mismo sentido, no incurre en un delito puesto que las palabras expresadas no albergan la gravedad suficiente para ser constitutivas de un delito de amenazas y se trata de meras opiniones.

El día 5 de marzo Theo indica que: “nuestro secretario general ha expresado lo que muchos se niegan a oír: la democracia es una farsa. La voz del Pueblo no se puede sustituir. Por eso yo invito a todos los que de verdad quieren formar parte de esta reconquista que se hagan sentir el próximo día 17”. Por estas declaraciones, Theo no incurre en ningún delito puesto que se trata de unas declaraciones amparadas por el artículo 20.1 CE en las que difunde libremente sus pensamientos y opiniones a través de la palabra.

Por último, en declaraciones a los periodistas que lo abordan en el Congreso de los Diputados, Alexis dice: “Basta de tonterías: somos fuerza y acción. Hoy es una jornada de ira y desde aquí hago un llamamiento: ¡que todos los que nos apoyan salgan a la calle y tomen lo que es suyo!”. En este sentido, Alexis muestra su disconformidad con la situación y anima a todos los que lo apoyan a seguir sus pasos. En la misma línea que el resto de declaraciones analizadas en este apartado, Alexis no está incurriendo en ningún delito puesto que se limita a expresar sus pensamientos, opiniones e ideas.

³⁰ STS de 26 de febrero de 2007 [RJ 2007\948].

VI.4. Conclusión

Por tanto, por las declaraciones efectuadas a lo largo de su carrera, Alexis incurre en un delito de amenazas puesto que declara que van a prender fuego al edificio del Congreso de los Diputados y que los miembros van a salir con los pies por delante. La declaración alberga la suficiente gravedad como para atemorizar a los Diputados, además de cumplir con el resto de requisitos establecidos para incurrir en un delito de amenaza. No obstante, amparado por el artículo 71 de la Constitución Española, gozará de inviolabilidad puesto que se trata de una opinión manifestada en el ejercicio de sus funciones.

Por otra parte, Theo incurre en un delito de calumnias cuando afirma que los atentados terroristas islámicos están fomentados por el Partido Socialdemócrata y otros partidos. Así, imputa un delito de enaltecimiento del terrorismo sin comprobar con anterioridad la veracidad de los hechos que, según la Comisión parlamentaria de investigación, resultan ser falsos. Además, Theo todavía no era Diputado en el momento de realizar tales declaraciones.

VII. Eventual responsabilidad de Alexis por el asalto a la mezquita

Alexis y un grupo de afiliados de Acción inmediata irrumpen en una mezquita durante el rezo del Magrib, rociando a los fieles con sangre de cerdo. Este hecho provoca una reyerta que acaba con 40 heridos, incluido Alexis, sin saber si éste ha lesionado a alguna de las personas presentes.

En este caso, se trata de una interrupción o perturbación de un acto religioso, la cuarta de las cinco oraciones diarias del Islam. Es por ello que resulta de aplicación el artículo 523 del Código Penal, que establece que *“El que con violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho, impidiere, interrumpiere o perturbare los actos, funciones, ceremonias o manifestaciones de las confesiones religiosas inscritas en el correspondiente registro público del Ministerio de Justicia e Interior, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años, si el hecho se ha cometido en lugar destinado al culto, y con la de multa de cuatro a diez meses si se realiza en cualquier otro lugar”*.

VII.1. Libertad ideológica y religiosa

El artículo 16.1 CE dispone que *“Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”*. Este precepto guarda especial relación con el caso a estudiar puesto que se protege la libertad religiosa y el rezo del Magrib es interrumpido.

En el fundamento jurídico sexto de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de julio de 2002 se hace referencia a este artículo *“El art. 16 de CE reconoce la libertad religiosa, garantizándola tanto a los individuos como a las comunidades (...), la libertad religiosa garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual”*³¹.

³¹ STC núm. 154/2002, de 18 de julio de 2002 [RJ 2002\154].

VII.2. Sujetos, tipo objetivo y subjetivo del artículo 523 CP

Con respecto a los sujetos, el artículo 522 CP³² contempla como sujeto pasivo individual al miembro o miembros de una confesión religiosa. El artículo 523 CP, por su parte, establece una protección específica y agravada para quien “*con violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho, impidiere, interrumpiere o perturbare los actos, funciones, ceremonias o manifestaciones de las confesiones religiosas inscritas en el correspondiente registro público del Ministerio de Justicia*”. En el presente caso de estudio, se trata de un sujeto pasivo colectivo, los fieles presentes en la mezquita.

Cabe destacar en este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, de 13 de octubre de 2016 “*del mismo modo el Código Penal también protege el derecho fundamental de reunión reconocido en el art. 21 de la Constitución (RCL 1978\2836), sancionando en el art. 514 a los que impidieren el legítimo ejercicio de las libertades de reunión o manifestación, o perturbaren gravemente el desarrollo de una reunión o manifestación lícita, incluyendo la violencia y la vía de hecho o cualquier otro procedimiento ilegítimo (se incluyen aquí las llamadas contramanifestaciones). Así pues con el tipo penal del art. 523 se protege también una especial vertiente del derecho de reunión, el ligado a la práctica comunitaria religiosa*”³³. Así, puesto que estamos ante un grupo de personas que se encuentran rezando en una Mezquita, también va a estar protegida la práctica comunitaria religiosa.

El sujeto activo es abierto, pudiendo cometerlo cualquiera. En el caso a tratar, los sujetos activos son Alexis y el grupo de afiliados de Acción inmediata puesto que son los que irrumpen en la mezquita durante el rezo. No obstante, dado que se estudia la eventual responsabilidad de Alexis por el asalto a la mezquita, se tratará de Alexis.

Analizados los sujetos, el tipo objetivo se caracteriza por el uso de medios coactivos: violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho. La violencia debe ejercerse sobre las personas, el tumulto implica alboroto o confusión y las vías de hecho son una hipótesis que se va a aplicar cuando no se pueden considerar los medios anteriores. La intimidación podría equipararse con la amenaza³⁴.

Se trata de un delito de resultado que exige para consumarse que se impidan, interrumpen o perturben “*los actos, funciones, ceremonias o manifestaciones de las confesiones religiosas inscritas en el correspondiente registro público del Ministerio de Justicia e Interior*”. Impedir supone la imposibilidad de seguir con la actividad religiosa. Interrumpir, por su parte, implica la continuidad del acto tras la intervención del sujeto activo. Perturbar conlleva la continuidad sin interrupción, con las molestias que implica una acción que tiende a alterar la normalidad³⁵. En presente caso se trata de una

³² Artículo 522 del Código Penal: “*Incurrirán en la pena de multa de cuatro a diez meses:*

1.º *Los que por medio de violencia, intimidación, fuerza o cualquier otro apremio ilegítimo impidan a un miembro o miembros de una confesión religiosa practicar los actos propios de las creencias que profesen, o asistir a los mismos.*

2.º *Los que por iguales medios fuercen a otro u otros a practicar o concurrir a actos de culto o ritos, o a realizar actos reveladores de profesar o no profesar una religión, o a mudar la que profesen”.*

³³ Sentencia AP de las Islas Baleares, núm. 102/2016, de 13 de octubre de 2016 [ARP 2016\1222].

³⁴ GÓMEZ TOMILLO, MANUEL (director): *Comentarios prácticos al Código Penal tomo VI*, ARANZADI, Navarra, 2015, p.256.

³⁵ GÓMEZ TOMILLO, MANUEL (director): *Comentarios prácticos al Código Penal tomo VI*, ARANZADI, Navarra, 2015, p.255.

interrupción puesto que el rezo puede continuar tras la intervención de Alexis y sus compañeros afiliados de Acción inmediata.

El tipo subjetivo es doloso. Este dolo debe alcanzar al carácter coactivo del medio empleado y a la finalidad de la acción. En esta línea, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 17 de diciembre de 2015 establece que *“es opinión mayoritaria entre nuestros Tribunales la consistente en que el delito contra los sentimientos religiosos contemplado en el artículo 523 del C.P. exige el ánimo, en el autor, de ofender esos sentimientos”*³⁶. Al irrumpir en la mezquita y rociar a los fieles con sangre de cerdo se puede apreciar la existencia de intencionalidad y el ánimo de ofender el sentimiento religioso.

VII.3. Conclusión

Por lo anteriormente expuesto, cabe recurrir al artículo 523 CP para explicar la responsabilidad de Alexis por el asalto a la mezquita. Debido a que se produce una interrupción del rezo y se rocía a los fieles con sangre con clara intención, la conducta realizada puede encuadrarse en dicho precepto. Cabe tener en cuenta el artículo 16.1 de la Constitución Española puesto que garantiza la libertad ideológica y religiosa.

VIII. Eventual responsabilidad de Vigaray por el incidente del día 17 de marzo

El día 17 de marzo se concentra en la inmediaciones del Congreso de los Diputados un grupo de alrededor de 500 jóvenes, convocados por Acción inmediata, en apoyo de FyA.

La policía establece un cordón de seguridad, pero tanto Vigaray como otros sujetos consiguen saltarlo y, abalanzándose contra el vehículo descapotable que transportaba al Jefe del Estado, Vigaray arroja una antorcha apagada a la cara de éste exclamando: *“¡La próxima vez encendida!”*, siendo detenido inmediatamente. Acto seguido, se produjeron disturbios y una serie de cargas policiales contra los adeptos de FyA que se saldaron con 120 detenidos y más de 300 heridos entre policías y activistas.

VIII.1. El tipo básico de desórdenes públicos: el artículo 557 CP

El artículo 557.1 del Código Penal dispone que:

“Quienes actuando en grupo o individualmente pero amparados en él, alteraren la paz pública, ejecutando actos de violencia sobre las personas o sobre las cosas, o amenazando a otros con llevarlos a cabo, serán castigados con una pena de seis meses a tres años de prisión.

Estas penas serán impuestas sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los actos concretos de violencia o de amenazas que se hubieran llevado a cabo”.

En relación al sujeto activo, el artículo 557 CP determina que van a ser *“quienes actuando en grupo o individualmente pero amparados en él”*, tratándose de un delito plurisubjetivo ya que son necesarias varias personas para configurar este tipo penal. No obstante, no es necesario que se trate de un grupo estructurado sino que es suficiente con el acuerdo

³⁶ Sentencia AP de Granada, núm. 752/2014, de 17 diciembre de 2015.

expreso de dirigir las acciones hacia la realización de comportamientos que alteren el orden público.³⁷

La Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1993, establece con respecto al sujeto activo que es indiferente que los sujetos intervinientes se hayan concertado previamente o se vayan uniendo unos a otros, formando un grupo o acrecentándolo³⁸.

En relación a las conductas punibles, el artículo 557 CP establece dos comportamientos típicos diferenciados. Por un lado, ejecutar actos de violencia sobre las personas o las cosas. Por otro lado, amenazar a otros con llevarlas a cabo.

VIII.2. El artículo 558 CP

El artículo 558 CP establece que:

“Serán castigados con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses, los que perturben gravemente el orden en la audiencia de un tribunal o juzgado, en los actos públicos propios de cualquier autoridad o corporación, en colegio electoral, oficina o establecimiento público, centro docente o con motivo de la celebración de espectáculos deportivos o culturales. En estos casos se podrá imponer también la pena de privación de acudir a los lugares, eventos o espectáculos de la misma naturaleza por un tiempo superior hasta tres años a la pena de prisión impuesta”.

En el citado precepto el sujeto activo puede ser tanto una persona individual como un grupo³⁹.

Las conductas punibles tanto en el artículo 558 CP, como en el artículo 557 CP, están relacionadas con la perturbación del orden. No obstante, debe tratarse de una perturbación grave en el artículo 558 CP y no se menciona la palabra “público” como en el anterior precepto. Por tanto, no es necesario que se realice el comportamiento típico en espacios abiertos. Las acciones punibles tienen que afectar a la tranquilidad ciudadana o a las condiciones que permitan el normal goce colectivo de los derechos fundamentales en los espacios mencionados en el precepto⁴⁰.

Es por ello que la conducta debe perturbar y ser grave. En relación a la perturbación cabe destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2007, en la que se hace referencia a este término, estableciendo que cuando se perturba se produce una *“transgresión de las normas de disciplina, respeto y funcionamiento a que se sujetan los actos y lugares públicos, y en los espectáculos al provocar la inquietud de los espectadores, originando fricciones y choques físicos entre las personas (...); debiendo, en todo caso, examinarse y ponderarse cuidadosamente el conjunto de circunstancias concurrentes en cada caso”*⁴¹.

³⁷ GÓMEZ TOMILLO, MANUEL (director): *Comentarios prácticos al Código Penal tomo VI*, ARANZADI, Navarra, 2015, p.477.

³⁸ Cfr. STS de 8 de mayo de 1993 [RJ 1993\3770].

³⁹ Conde-Pumpido Ferreiro, C. (Dir) y Díaz Martínez, P. (Coor) y otros, *Código Penal Comentado*, Editorial Bosch, S.A. Barcelona, 2012, p. 1844

⁴⁰ Cfr. GÓMEZ TOMILLO, M (Dir) e outros, *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

⁴¹ Cfr. STS núm. 731/2007, de 17 de septiembre de 2007 [RJ 2007\5459] y SAP Barcelona, núm. 864/2013, de 1 de octubre de 2014 [ARP 2014\1073].

Con respecto a la gravedad, ésta se puede medir en función de si el acto público no puede seguir el proceso previsto o se tiene que disolver⁴².

Los hechos ocurridos el 17 de marzo pueden considerarse graves puesto que con posterioridad se producen disturbios y cargas policiales, lo cual no permite que el acto público siga el proceso establecido con anterioridad.

El artículo 557 CP y el artículo 558 CP muestran una serie de diferencias. En este sentido, el artículo 558 CP hace referencia a actos que pueden ser cometidos individualmente y en el 557 CP se pueden cometer individualmente pero es necesaria la existencia de un grupo.

Aunque la conducta del artículo 558 CP no está claramente determinada, debe tratarse de la perturbación grave del orden en una serie de espacios públicos. En relación a esta cuestión, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1999 establece que *“en relación a las audiencias de Juzgados y Tribunales, a los actos públicos de una autoridad o corporación y a los colegios electorales, el desorden consistirá en las transgresión de las reglas o normas de disciplina y respeto a que se sujetan las audiencias, los actos de autoridades o corporaciones y las actividades electorales en relación a los centros docentes y oficinas o establecimientos públicos, el desorden estribará en la inobservancia de las normas que rigen el funcionamiento de tales lugares. En relación a los espectáculos culturales o deportivos, la actividad alteradora del orden en la que pueda determinar perturbación o inquietud en los espectadores asistentes y originar fricciones y choques físicos entre las personas”*⁴³.

Con respecto a los agravantes, el artículo 22.2ºCP dispone que será una circunstancia agravante: *“Ejecutar el hecho mediante disfraz, con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente”*. En este sentido Vigaray tiene el auxilio de las 500 personas, lo que puede debilitar la defensa del ofendido (el Jefe de Estado) y facilitar su impunidad.

VIII.3. Conclusión

Analizados los artículos 557 CP y 558 CP relacionados con el desorden público, en el presente caso de estudio Vigaray arroja una antorcha apagada a la cara del Jefe de Estado durante una concentración en las inmediaciones del Congreso de los Diputados en la que se congregan 500 personas ,convocadas por Acción inmediata, en apoyo de FyA. En este sentido, pese a que se cumplen los requisitos del tipo básico de desorden público, este hecho se encuadra en el artículo 558 CP puesto que se trata de uno de los espacios descritos en el mismo y alberga la gravedad suficiente como para encuadrarse en dicho precepto. Esto se puede observar en la existencia de disturbios con posterioridad a los hechos.

Además, cabe aplicar el agravante del artículo 22.2º CP debido a que Vigaray actúa con el amparo del grupo de unas 500 personas que se reúne en las inmediaciones del Congreso de los Diputados.

⁴² Fernández Palma, R. (Dir) y Álvarez Feijoo, M. (Dir) y otros, *Código Penal con Jurisprudencia*, pp. 1231-1232.

⁴³ STS núm. 1231/1999, de 27 de septiembre de 1999 [RJ 1999\8083].

IX. Eventual responsabilidad de Deyverson por las falsas afirmaciones que ha realizado en su diario

El día 25 de febrero de 2017, *Nuestra Fuerza*, diario online dirigido por Deyverson, publica un reportaje en el que acusa a diversos partidos políticos de estar financiados por Estados musulmanes. En particular, se expone que la Unión Democristiana sufraga sus campañas con dinero iraní y el Partido Socialdemócrata con fondos procedentes de Arabia Saudí. Ambos partidos niegan estas aseveraciones y anuncian medidas legales.

En el mes de marzo se celebra una sesión parlamentaria en el Congreso de los Diputados. En un reportaje firmado por Deyverson, *Nuestra fuerza* publica que Vigaray y otros miembros de *Acción inmediata* han sido torturados por la policía y por “*agentes de Estados musulmanes*”, señalando como inductor de dichas torturas al Comisario de la Policía Nacional, señor Camarasa. En portada, aparece una fotografía del Sr. Camarasa con un sello encima con el lema “*Juzgado y condenado por alta traición*”.

IX.1. La calumnia: tipo objetivo y subjetivo

El artículo 205 CP regula la calumnia, definiéndola como “*la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad*”.

En relación con el tipo objetivo, imputar a alguien la realización de un hecho supone considerarlo como autor del mismo, efectuando un juicio de valor. La calumnia puede realizarse de forma oral o escrita y debe tratarse de la atribución de una conducta concreta constitutiva de un ilícito penal dirigida a una persona determinada o determinable.

En el caso de estudio, la calumnia es llevada a cabo a través de un diario online y, por tanto, se realiza por escrito. Además, se atribuye una conducta concreta tanto en la publicación de febrero como en la de marzo. En la primera, se menciona que Unión Democristiana sufraga las campañas con dinero procedente de Irán y que el Partido Socialdemócrata las sufraga con dinero procedente de Arabia Saudí. En la publicación de marzo, por su parte, se señala a la policía, a “*agentes de Estados musulmanes*” y, en particular al señor Camarasa, Comisario de la Policía Nacional, como sujetos activos de un delito de tortura.

Establecido el tipo objetivo, el tipo subjetivo requiere una falsa imputación con el conocimiento de su falsedad o con temerario desprecio a la verdad. En el primer caso conlleva dolo directo, el cual se proyecta a través de la imputación falsa. En el segundo caso, se hace referencia al dolo eventual. Pese a que en este caso la afirmación también es falsa, esto se debe a que el autor no ha mostrado interés en el valor de la verdad y no ha tratado de comprobar si tal imputación era falsa con anterioridad a la formulación de la misma⁴⁴.

Deyverson realiza las publicaciones transmitiendo información falsa, sin comprobar previamente la veracidad de la misma. En este sentido, se trata de la situación propia del dolo eventual.

⁴⁴ Cfr. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.; DÍAZ MARTÍNEZ, P.: *Código Penal Comentado*, BOSCH, Barcelona, 2012, pp.779-780.

IX.2. Sujetos activo y pasivo de la calumnia

Con respecto a los sujetos, el sujeto activo puede tratarse de cualquier persona. En el presente caso de estudio se trata de Deyverson y cobra especial interés su faceta periodística. Los periodistas suponen el vehículo en una democracia para transmitir información veraz acerca de asuntos de interés general puesto que son titulares legítimos del derecho a recibir esa información puntualmente. En este sentido, el artículo 20.1.d) CE recoge y protege el derecho a “*comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión*”.

Delimitado el sujeto activo, en relación al sujeto pasivo existe un problema derivado de la consideración como tal de las personas jurídicas, colectivos y los entes supraindividuales. El derecho al honor ha sido aplicable tradicionalmente a las personas físicas, sin poder aplicarse a las personas jurídicas. Es por ello que en la STC de 8 de junio de 1988⁴⁵, en la que se recogen insultos hacia la Judicatura, se establece que el derecho al honor tiene una dimensión personalista y que en el caso de personas jurídicas se pueden emplear otros conceptos como prestigio o autoridad moral.

No obstante, en el Auto del TC de 16 de junio de 1990⁴⁶, en un caso similar al de la mencionada sentencia del TC de 8 de junio, se declara la existencia de un delito de calumnia. En este caso se considera que proferir este delito contra la judicatura tiene como resultado la afectación de los jueces en particular puesto que son “*personas individualizadas*” y “*perfectamente identificables*”. Asimismo, la STC de 11 de noviembre de 1991⁴⁷ considera violado el derecho del pueblo judío pero representado por la persona física de la querellante, integrante de dicho grupo. Esta línea es la seguida en los últimos años por el TC y por otras instancias judiciales, como en el caso de la STS de 11 diciembre de 1995, la que establece que el derecho al honor “*no puede ni debe excluir*” de su ámbito de protección a las personas jurídicas⁴⁸.

Es por ello que, siguiendo esta doctrina mayoritaria, el sujeto pasivo va a ser con respecto a las calumnias publicadas el 25 de febrero, la Unión Demócrata y el Partido Socialdemócrata, vulnerándose el derecho al honor de cada uno de sus miembros fácilmente identificables. En la publicación de marzo, el sujeto pasivo se trata de cada uno de los agentes y el Sr. Camarasa.

IX.3. Autoría de Deyverson en el artículo 205 CP

El delito de calumnias en el que incurre Deyverson es realizado mediante la publicación de las mismas en el diario online “*Nuestra Fuerza*”. A tenor del artículo 211 CP se considera que las calumnias “*se reputarán hechas con publicidad cuando se propaguen por medio la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio de eficacia semejante*”.

La publicidad tiene carácter agravatorio en las calumnias. Así, la jurisprudencia ha puesto de relieve que para la estimación de la agravante de publicidad ha de concurrir un elemento subjetivo, estando la difusión por medio de uno de los medios del art. 211 CP

⁴⁵ Cfr. STC de 8 de junio DE 1988 [RTC 1988\107].

⁴⁶ Cfr. Auto del TC de 16 de junio de 1990.

⁴⁷ Cfr. STC de 11 de noviembre de 1991 [RTC 1991\214].

⁴⁸ Cfr. GÓMEZ TOMILLO, M.; JAVATO MARTÍN, A.: *Comentarios prácticos al Código Penal Tomo VI*, Aranzadi, Navarra, 2015, pp.740-741.

comprendida en el proyecto de acción deshonorable para conseguir un efecto previsto y querido por el autor⁴⁹.

El artículo 30 CP está relacionado con este precepto ya que se refiere a “*los delitos o faltas que se cometen utilizando medios o soportes de difusión mecánicos*”. Sin embargo, ambos preceptos se diferencian en que en el artículo 211 CP la publicidad desempeña una función valorativa, que determina una mayor gravedad de la conducta. El art. 30 CP, en cambio, tiene como función propia la limitación de la extensión personal de la responsabilidad penal.

No obstante, tanto el art. 211 CP como el art. 30 CP se refieren al mismo elemento objetivo así que cuando se realice ese elemento en los delitos contra el honor, se va a producir tanto el efecto agravatorio como el efecto limitativo de la responsabilidad a los autores.

En este sentido, en el art 30 CP se excluye la responsabilidad de los cómplices y respecto de los autores se establece en el apartado segundo una responsabilidad escalonada, excluyente y subsidiaria. El orden que se va a seguir es el siguiente:

“1. ° *Los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate, y quienes les hayan inducido a realizarlo.*

2. ° *Los directores de la publicación o programa en que se difunda.*

3. ° *Los directores de la empresa editora, emisora o difusora.*

4. ° *Los directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora”*

En consecuencia, Deyverson se trata del autor de la publicación realizada en marzo de 2017, por lo que responderá de forma excluyente y subsidiaria, al tratarse de la primera de las personas en responder como autor del delito del artículo 30 CP. En relación a la publicación de febrero, responde de la misma manera si se trata de la persona que ha redactado el texto, en caso contrario y puesto que se trata del director del diario online, responderá solo en caso de que los que hayan redactado el texto no lo hagan.

IX.4. Conclusión

En definitiva, por las publicaciones realizadas en el diario online *Nuestra Fuerza* en febrero y marzo de 2017, Deyverson incurre en un delito de calumnias del artículo 205 del Código Penal. Los hechos que imputan tanto a partidos políticos como a agentes constituyen un ilícito penal en caso de ser ciertos. No obstante, se trata de unas declaraciones falsas, publicadas con temerario desprecio a la verdad, sin investigar con anterioridad a la publicación acerca de la veracidad de las mismas. Además, cabe aplicar el agravante de publicidad del art. 211 CP puesto que se propaga a través de Internet, en consonancia con el art.30 CP, referido a los delitos que se propagan a través de medios o soportes de difusión mecánicos.

⁴⁹ Cfr. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.; DÍAZ MARTÍNEZ,P.: *Código Penal Comentado*, Bosch, Barcelona 2012, p.781.

X. En caso de que exista responsabilidad de Theo y Alexis por alguno de los anteriores hechos, ¿cuáles serían los sucesivos pasos procesales a seguir? ¿Qué órganos jurisdiccionales serían competentes?

X.1. Inmunidad e inviolabilidad

El artículo 71 de la Constitución Española hace referencia tanto a la inmunidad como a la inviolabilidad de los Diputados:

“1. Los Diputados y Senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones.

2. Durante el período de su mandato los Diputados y Senadores gozarán asimismo de inmunidad y sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. No podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva.

3. En las causas contra Diputados y Senadores será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo”.

Lo que se desprende de este precepto es que tanto Theo como Alexis gozan de inviolabilidad por las opiniones vertidas en el ejercicio de sus funciones. En este sentido, el artículo 10 del Reglamento del Congreso hace referencia a que esta inviolabilidad se mantiene aún después de haber cesado en su mandato⁵⁰.

Asimismo, durante el periodo de su mandato gozan de inmunidad aunque pueden ser detenidos en caso de incurrir en un delito flagrante. No obstante, como se explica en el siguiente apartado, será necesaria la previa autorización de la Cámara para poder ser inculcados o procesados. Del mismo modo, los artículos 11 y 12 del Reglamento del Congreso se refieren a esta cuestión, estableciendo que no podrán ser procesados o inculcados sin la previa autorización del Congreso.

X.2. Pasos procesales a seguir y órganos jurisdiccionales competentes

Debido a la condición de Diputados, el proceso que se ha de llevar a cabo frente a Theo y Alexis se encuadra en los procesos especiales por razón de las personas, en concreto el referido al enjuiciamiento de Diputados y Senadores. En este proceso, Theo y Alexis responderán por los delitos cometidos durante su mandato pero también por los realizados con anterioridad puesto que en el momento de imputación todavía ostentan el cargo⁵¹.

Puesto que surge la necesidad de proteger la libertad, la autonomía y la independencia de las Cámaras legislativas, cabe destacar que el fundamento de este proceso especial se halla en el artículo 71.2 CE. En este sentido, el citado precepto establece que tanto Diputados como Senadores *“no podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva”*.

El artículo 750 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal hace referencia al juez o Tribunal que encuentre méritos para procesar a un Diputado por causa de delito, estableciendo que se abstendrá de dirigir el procedimiento contra el Diputado si las Cortes estuvieren

⁵⁰ Artículo 10 del Reglamento del Congreso: *“Los diputados gozarán de inviolabilidad, aun después de haber cesado en su mandato, por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones”*.

⁵¹Cfr. Gimeno Sendra, V.: *“Manual de Derecho procesal penal”* ediciones jurídicas castillo de luna, Madrid, 2015, pp.724-725.

abiertas, hasta obtener la correspondiente autorización del Cuerpo Colegislador a que pertenezca⁵².

En el caso a estudiar, surge una fundada imputación contra Theo y Alexis. Es por ello que, en relación a los pasos procesales a seguir, en primer lugar el Juez ha de dirigirse al Presidente de la Cámara en cuestión. Posteriormente, el Presidente de la Cámara, previo acuerdo adoptado por la Mesa, lo remitirá a la Comisión del Estatuto de Diputados o de Suplicatorios en el plazo de 5 días. A continuación, esta Comisión va a emitir su dictamen en el plazo máximo de 30 días tras la audiencia del interesado, que se someterá al primer Pleno ordinario. En el mismo, se decidirá sobre la posible aprobación o denegación del suplicatorio. Esto se desprende del artículo 13 del Reglamento del Congreso de los Diputados⁵³.

Si el suplicatorio resulta denegado, el artículo 677 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal determina que *“quedará nulo todo lo actuado y se sobreseerá libremente la causa”*.

Con respecto a los órganos jurisdiccionales competentes, debido a la condición de aforados que ostentan, la instrucción y juicio corresponde a la Sala de lo penal del Tribunal Supremo, de conformidad con el artículo 57 LOPJ.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 22/1997⁵⁴ dispone que, cuando el Diputado cesa en su representación, no solo no hay ya necesidad alguna de instar el suplicatorio, sino que también pierde su aforamiento, lo que puede provocar manipulaciones del derecho al juez legal.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2014 establece que si el aforado renuncia a su acta de Diputado una vez pronunciado el auto de apertura del juicio oral, no va a perder la competencia objetiva el Tribunal del aforamiento⁵⁵.

X.3. Conclusión

A modo de conclusión, debido a la condición de Diputados que ostentan tanto Theo como Alexis, se va a seguir un proceso especial recogido en el artículo 13 del Reglamento del Congreso de los Diputados. Además, el órgano jurisdiccional competente va a ser la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, tal y como establece el artículo 57 LOPJ. En este sentido, cabe tener en cuenta el artículo 71 de la Constitución Española, en referencia a la inmunidad y a la inviolabilidad de los Diputados.

⁵² JUANES PECES, Á. (Cor.): *“Ley de enjuiciamiento criminal”*, Madrid, 2017, pp.792-799.

⁵³ Art. 13 Reglamento del Congreso de los Diputados: *“1. Recibido un suplicatorio, en solicitud de la autorización del Congreso a que se refiere el artículo 11, el Presidente, previo acuerdo adoptado por la Mesa, lo remitirá, en el plazo de cinco días, a la Comisión del Estatuto de los Diputados. No serán admitidos los suplicatorios que no fueren cursados y documentados en la forma exigida por las leyes procesales vigentes.*

2. La Comisión deberá concluir su trabajo en el plazo máximo de treinta días, tras la audiencia del interesado. La audiencia podrá evacuarse por escrito en el plazo que la Comisión fije u oralmente ante la propia Comisión.

3. Concluido el trabajo de la Comisión, la cuestión, debidamente documentada, será sometida al primer Pleno ordinario de la Cámara”.

⁵⁴ STC de 11 de febrero de 1997 [RTC 1997\22].

⁵⁵ GIMENO SENDRA, V.: *“Derecho procesal penal”*, ARANZADI ,Navarra, 2015, pp. 917-928.

XI. Conclusiones

I. La declaración de ilegalidad del partido político Fuerza y Acción conlleva la suspensión o la disolución del mismo, el cese inmediato de toda actividad y la apertura de un proceso de liquidación patrimonial. En este sentido, el artículo 12 LOPP se encarga de regular los efectos de la disolución judicial de los partidos políticos.

En cuanto a la condición de diputados de Theo y Alexis, no la perderían puesto que esto supondría una violación del artículo 23 de la Constitución Española, en el que se regula el derecho de participación de la ciudadanía.

II. Contra la decisión tomada por la Sala Especial del Tribunal Supremo en la que se declara ilegal a “Fuerza y Acción” sólo cabe recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, tal y como se desprende del artículo 41.1 LOTC. En este precepto se establece el objeto del recurso de amparo, que van a ser los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución. En este sentido, se podría apreciar una vulneración de la libertad de expresión del artículo 20.1a) CE y del derecho de asociación del artículo 22 CE.

Por otra parte, ante la eventual denegación de amparo la única vía posible sería el acceso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En este sentido, los Partidos Políticos EAE-ANV y Herri Batasuna han recurrido a esta vía, considerando el Tribunal que no se incurre en ninguno de los casos en violación de los artículos 10 y 11 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos. Agotada esta vía no caben más recursos.

III. Con respecto a las eventuales responsabilidades de Theo y Alexis por las canciones incluidas en su disco, cabe destacar la introducción en el año 2015 del apartado b del artículo 510.1 del Código Penal. En el mismo se permite sancionar las conductas relacionadas con la elaboración, la producción y la posesión con la finalidad de distribución aunque ésta no se haya llevado a cabo. Por tanto, el artículo 510.1.b) CP sería de aplicación ya que Theo y Alexis editan un álbum que contiene canciones de signo islamófobo así como sus vídeos consiguen alcanzar más de un millón de reproducciones en internet.

Además, en el apartado 3 del citado precepto, se introduce un agravante con motivo de la realización de las conductas descritas a través de medios de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información. Es por ello, que este apartado también será de aplicación ya que difunden sus vídeos a través de la red.

IV. Con relación a las declaraciones efectuadas a lo largo de su carrera, Alexis incurre en un delito de amenazas a grupos del artículo 170.1 del Código Penal ya que declara que van a prender fuego al edificio del Congreso de los Diputados y que los miembros van a salir con los pies por delante. Esta declaración alberga la suficiente gravedad como para atemorizar a los Diputados, además de cumplir con el resto de requisitos establecidos para incurrir en un delito de amenaza que se establecen en la STS de 26 de febrero de 2007. No obstante, se trata de una opinión manifestada en el ejercicio de sus funciones, razón por la cual gozará de inviolabilidad, a tenor de lo dispuesto por el artículo 71 de la Constitución Española.

Por otra parte, Theo incurre en un delito de calumnias del artículo 205 CP cuando afirma que los atentados terroristas islámicos están fomentados por el Partidos Socialdemócrata

y otros partidos. Así, imputa un delito de enaltecimiento del terrorismo sin comprobar con anterioridad la veracidad de los hechos que, según la Comisión parlamentaria de investigación, resultan ser falsos. Además, Theo todavía no era Diputado en el momento de realizar tales declaraciones por lo que no goza de inmunidad ni inviolabilidad.

El resto de declaraciones realizadas por ambos Diputados están amparadas por la libertad de expresión del artículo 20.1.a) CE ya que se trata de meras expresiones de sus ideas y opiniones.

V. En lo que concierne a la responsabilidad de Alexis por el asalto a la mezquita, se recurre al artículo 523 CP. Debido a que se produce una interrupción del rezo y se rocía a los fieles con sangre con clara intención, la conducta realizada puede encuadrarse en dicho precepto puesto que en el mismo se hace referencia a aquellas personas que interrumpen manifestaciones y actos de confesiones religiosas que estén inscritas. En este sentido, la pena será superior si se comete en lugar destinado al culto, como sucede en este caso puesto que se realiza en una mezquita. Asimismo, guarda especial relación el artículo 16.1 de la Constitución Española puesto que garantiza la libertad ideológica y religiosa.

VI. Con respecto a las responsabilidades de Vigaray por el incidente del día 17 de marzo, cabe recurrir a los artículos 557 CP y 558 CP que se refieren al desorden público. En el primero de ellos se regula el tipo básico de desórdenes públicos mientras que en el artículo 558 CP se requiere gravedad y se establecen una serie de espacios en los que se puede realizar la conducta típica. Puesto que Vigaray arroja una antorcha apagada a la cara del Jefe de Estado durante una concentración en las inmediaciones del Congreso de los Diputados en la que se congregan 500 personas, este hecho albergaría la gravedad suficiente como para encuadrarse en dicho precepto.

Además, cabe aplicar el agravante del artículo 22.2º CP debido a que Vigaray actúa con el amparo de un grupo de unas 500 personas, convocadas por Acción inmediata, que se presentan en las inmediaciones del Congreso de los Diputados.

VII. En lo referente a las publicaciones realizadas en el diario online *Nuestra Fuerza* en febrero y marzo de 2017, Deyverson incurre en un delito de calumnias del artículo 205 del Código Penal. En dichas publicaciones se acusa a diversos partidos políticos de estar financiados por Estados musulmanes y, particularmente, a la Unión Demócrata de sufragar sus campañas con dinero iraní y al Partido Socialdemócrata de sufragarlas con fondos procedentes de Arabia Saudí.

Los hechos que imputan tanto a partidos políticos como a agentes constituyen un ilícito penal en caso de ser ciertos. No obstante, se trata de unas declaraciones falsas, publicadas con temerario desprecio a la verdad, sin investigar con anterioridad a la publicación acerca de la veracidad de las mismas.

Asimismo, cabe aplicar el agravante de publicidad del art. 211 CP puesto que se propaga a través de Internet, en consonancia con el art.30 CP, referido a los delitos que se propagan a través de medios o soportes de difusión mecánicos.

VIII. Debido a la condición de Diputados que ostentan tanto Theo como Alexis, los pasos procesales a seguir con respecto a la posible responsabilidad por los hechos anteriores

van a seguir un proceso especial recogido en el artículo 13 del Reglamento del Congreso de los Diputados.

Además, el órgano jurisdiccional competente va a ser la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, tal y como establece el artículo 57 LOPJ. Asimismo, cabe tener en cuenta el artículo 71 de la Constitución Española, en referencia a la inmunidad y a la inviolabilidad de los Diputados. En este sentido, el artículo 10 del Reglamento del Congreso establece que la inviolabilidad se mantiene aun después de haber cesado en su mandato si se trata de opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones.

XII. Bibliografía

ALCÁCER GUIRAO, R., “Discurso del Odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, año 2012, núm. 14, p. 10.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (Dir) Y DÍAZ MARTÍNEZ, P. (Coor) y otros, *Código Penal Comentado*, Editorial Bosch, Barcelona, 2012, pp. 779-1844.

ECHARRI CASI, F.J., *Disolución y Suspensión Judicial de Partidos Políticos*, Dykinson, Madrid, 2003.

ESPARZA OROZ, M., *La Ilegalización de Batasuna*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2004

FERNÁNDEZ PALMA, R. (Dir) y ÁLVAREZ FEIJOO, M. (Dir) y otros, *Código Penal con Jurisprudencia*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 1231-1232.

GIMENO SENDRA, V., *Derecho procesal penal*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 917-928.

GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho procesal penal*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015, pp.724-725.

GÓMEZ TOMILLO, M (Dir) y otros, *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir) y otros, *Comentarios Prácticos al Código Penal. Tomo II*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 327-335.

GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir) y JAVATO MARTÍN, A. (Dir) y otros, *Comentarios Prácticos al Código Penal. Tomo VI*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 255-741.

JUANES PECES, Á. (Cor.), *Ley de enjuiciamiento criminal*, Madrid, 2017, pp.792-799.

MIRÓ LLINARES, F., *El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, Marcial Pons, 2012, p. 114.

MONTILLA MARTOS, J.A., *La Prohibición de Partidos Políticos*, Universidad de Almería, Almería, 2004.

PANKOWSKI, R., “Comprender y luchar contra el discurso del odio”, en *United Thematic Leaflet*, núm.3, 2008.

RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S., “El ámbito de aplicación del actual artículo 510 CP en retrospectiva y en prospectiva tras la reforma penal de 2015”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3º Época, núm. 12, 2014, pp. 165-232.

VÍRGALA FORURIA, E., “Los límites constitucionales a los partidos políticos en la LO 6/2002”, en *La prohibición de partidos políticos* (Montilla Martos, J.A.), Universidad de Almería, 2004, pp. 68-70.

XIII. Apéndice jurisprudencial

Audiencia Provincial

SAP Barcelona, núm. 864/2013, de 1 de octubre de 2014 [ARP 2014\1073].

Sentencia AP de Granada, núm. 752/2014, de 17 diciembre de 2015 [ARP 2015\83672].

Sentencia AP de las Islas Baleares, núm. 102/2016, de 13 de octubre de 2016 [ARP 2016\1222].

Tribunal Constitucional

STC núm. 6/81, de 16 marzo de 1981 [RTC 1981\6].

STC 107/1988, de 8 de junio de 1988 [RTC 1988\107].

Sentencia del Tribunal Constitucional del 15 de febrero de 1990 [RTC 1990\20].

Auto del TC de 16 de junio de 1990.

STC de 11 de noviembre de 1991 [RTC 1991\214].

STC núm. 177/1996, de 11 noviembre de 1996 [RTC 1996\177].

STC núm. 154/2002, de 18 de julio de 2002 [RTC 2002\154].

STC núm. 6/2004, de 16 de enero de 2004 [RTC 2004\6].

STC núm. 398/2008, de 22 diciembre de 2008 [RTC 2008\398].

Tribunal Supremo

STS de 8 de mayo de 1993 [RJ 1993\ 3770]

STS núm. 1231/1999, de 27 de septiembre de 1999 [RJ 1999\8083]

Sentencia Sala Especial TS, de 27 marzo de 2003 [RJ 2003\3072].

STS de 26 de febrero de 2007 [RJ 2007\948].

STS de 17 de septiembre de 2007 [RJ 2007\5459].

Legislación consultada

Constitución Española de 1978. Publicado en: BOE núm. 311, de 29 de Diciembre de 1978.

Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal. Publicado en: DOUE núm. L328, de 6 de diciembre de 2008.

Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Publicado en: BOE núm. 239, de 5 de octubre de 1979.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Publicado en: BOE núm. 281, de 24 de Noviembre de 1995.

Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos. Publicado en: BOE núm. 154, de 28 de Junio de 2002.

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Publicado en: BOE núm. 260, de 17 de septiembre de 1882.