



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

**DISCURSO DEL ODIO E ILEGALIZACIÓN DE
PARTIDO POLÍTICO**

TRABAJO FIN DE GRADO EN DERECHO

CURSO ACADÉMICO 2016/2017

ESTEBAN LEMA LÓPEZ

Tutor: Prof. Dr. Santiago A. Roura Gómez

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	3
BLOQUE I: ILEGALIZACIÓN PARTIDO POLÍTICO.....	4
1. Consecuencias de la declaración de ilegalidad de “Fuerza y Acción” y, en particular, sobre la condición de diputados de Theo y Alexis.....	4
1.1 Aspectos constitucionales.....	4
1.2 La LO 6/2002.....	5
1.3 Jurisprudencia principal	8
1.4 Consecuencias de la declaración de ilegalidad de “Fuerza y Acción”.....	9
1.5 Consecuencias sobre la condición de diputados de Theo y Alexis.....	10
2. 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.....	12
2.1 Recurso de Amparo.....	12
2.1.1 Cuestiones generales del Recurso de Amparo.....	12
2.1.2 La Sentencia del Tribunal Constitucional 5/2004.....	13
2.1.3 Posible fundamentación.....	13
2.2 Recurso ante la denegación del Recurso de Amparo.....	15
2.2.1 Recurso ante el TEDH.....	15
2.2.2 Diferencias con el caso Batasuna y Herri Batasuna.....	16
2.2.3 La jurisprudencia del TEDH.....	17
BLOQUE II: LIBERTAD DE EXPRESIÓN.....	18
El límite a la libertad de expresión de ideologías o proyectos antidemocráticos.....	19
Discurso del odio (hate speech).....	20
3. Eventuales responsabilidades de Theo y Alexis por las canciones incluidas en su disco.....	22
4. Eventuales responsabilidades de Theo y Alexis por las declaraciones realizadas desde el inicio de su carrera política.....	25
4.1 Las prerrogativas parlamentarias.....	25
4.2 Jurisprudencia relativa al caso.....	26

4.3 Solución al caso.....	27
<u>BLOQUE III: RESPONSABILIDADES PENALES.....</u>	30
5. Eventual responsabilidad de Alexis por el asalto a la mezquita.....	30
5.1 Lesiones.....	30
5.2 Riña tumultuaria.....	31
5.3 Delitos contra los sentimientos religiosos.....	32
6. Eventual responsabilidad de Vigaray por el incidente del día 17 de marzo.....	35
6.1 Tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones y explosivos.....	35
6.2 Lesiones.....	35
6.3 Amenazas.....	35
6.4 Reunión o manifestación ilícita.....	37
6.5 Desobediencia grave a la autoridad.....	37
7. Eventual responsabilidad de Deyverson por las falsas afirmaciones que ha realizado en su diario.....	39
7.1 La libertad de información.....	39
7.2 Veracidad.....	39
7.3 Solución al caso.....	41
<u>BLOQUE IV: EL PROCESO PENAL.....</u>	44
8. 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?.....	44
8.1 El proceso ordinario.....	44
8.2 El proceso para parlamentarios: Inmunidad y fuero.....	46
<u>CONCLUSIONES.....</u>	47
<u>BIBLIOGRAFÍA.....</u>	48
<u>JURISPRUDENCIA.....</u>	49

ABREVIATURAS

Art:	Artículo
AN:	Audiencia Nacional
AP:	Audiencia Provincial
ATS:	Auto Tribunal Supremo
CE:	Constitución Española de 1978
CEDH:	Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales
CP:	Código Penal
DF:	Derecho Fundamental
DUDH:	Declaración Universal de Derechos Humanos
FJ:	Fundamento Jurídico
LEC:	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrim:	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO:	Ley Orgánica
LOGP:	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOPP:	Ley Orgánica de Partidos Políticos
LOREG:	Ley Orgánica del Régimen Electoral General
LOTIC:	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
PIDCP:	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
RA:	Recurso de Amparo
STC:	Sentencia Tribunal Constitucional
STEDH:	Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS:	Sentencia Tribunal Supremo
TC:	Tribunal Constitucional
TEDH:	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS:	Tribunal Supremo
TSJ:	Tribunal Superior de Justicia

BLOQUE I: ILEGALIZACIÓN PARTIDO POLÍTICO

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

1.1 Aspectos constitucionales

La constitucionalización de partidos políticos es una de las características del Derecho Constitucional contemporáneo y una manifestación del carácter pluralista del Estado. En el caso del ordenamiento jurídico español, el artículo 1.1 de la Constitución Española de 1978¹ incluyó el pluralismo político como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, conjuntamente con la libertad, la justicia y la igualdad.

Los partidos políticos fueron incorporados en el artículo 6 de la Constitución Española de 1978: “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.” Aunque manifiesta que son los instrumentos fundamentales, no significa que sean los instrumentos exclusivos porque existen otras organizaciones como sindicatos y agrupaciones de electores. El art. 6 de la CE supone la base del régimen jurídico de los partidos políticos aunque hay que tener en cuenta que el art. 22 de la CE, relativo al derecho de asociación, es aplicable también a los partidos ya que son un tipo de asociación por lo que se interpreta este art. 6 CE como una norma específica respecto al ar. 22CE.²

Así, el constituyente no atribuyó al Tribunal Constitucional la función de control de los partidos, pero no impidió que el legislador orgánico pudiera atribuírsela en virtud del artículo 161.1.d) al no tratarse de una lista cerrada de atribución de competencias del TC.

En función del control que se imponga al pluralismo político, determinará el tipo de democracia que se pretende. Existen democracias militantes que se muestran intolerantes con la intolerancia para prevenir el cambio de su carácter democrático por la actuación de partidos antidemocráticos. Se subdivide en:

- Democracias militantes procedimentales, como Estados Unidos, que se distingue entre libertad de comunicación (incluye la libertad de asociación en partidos políticos) constitucionalmente protegida y la que no lo está.
- Democracias militantes sustantivas, como Alemania, donde existen cláusulas constitucionales de intangibilidad y limitaciones directamente establecidas por la Ley Fundamental de Bonn a los partidos políticos.

El otro tipo de democracia existente son las democracias tolerantes que se dividen en:

- Democracias tolerantes procedimentales, como es el caso de Gran Bretaña, donde una ley parlamentaria es válida y eficaz una vez que ha sido aprobada siguiendo el procedimiento establecido.
- Democracias tolerantes sustantivas, como Francia, donde existe el concepto de intangibilidad que atañe a ciertos preceptos constitucionales, pero no existen restricciones constitucionalmente a los partidos políticos.³

1 «BOE» núm. 311, de 29/12/1978. En adelante, CE.

2 TAJADURA TEJADA, J.: *Partidos Políticos y Constitución*, Civitas Ediciones, Madrid, 2004, p.50.

3 PÉREZ-MONEO AGAPITO, M.P.: *La disolución de partidos políticos por actividades antidemocráticas*, Editorial LEX NOVA, Valladolid, 2007, pp. 38-39.

1.2 La LO 6/2002

La regulación jurídica relativa al régimen jurídico de los partidos políticos y su disolución se encuentra en la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos⁴. Dicha ley derogó la Ley 54/1978, de 4 de diciembre, de Partidos Políticos y los artículos que aún estaban vigentes de la Ley 21/1976, de 14 de junio, sobre el derecho de asociación política, al tratarse de normas preconstitucionales.

Las razones de esta LOPP se encuentran en su exposición de motivos en las que se manifiesta: la necesidad de una legislación sobre partidos que garantizara la sujeción de ellos a los principios constitucionales de organización interna y funcionamiento democráticos y de sujeción a la Constitución; la legislación anterior era incompleta e inadecuada a los nuevos tiempos, y la mejora del estatuto jurídico de los partidos políticos con un régimen más perfilado, garantista y completo.

La LOPP contiene regulación sobre la libertad de creación y afiliación (art. 1), capacidad para constituir (art. 2), Constitución, Estatutos y personalidad jurídica (art. 3), inscripción registral (art. 4), examen de los requisitos de inscripción (art. 5), principios democrático y de legalidad (art. 6), organización y funcionamiento (art. 7), los derechos y deberes de los afiliados (art. 8) y financiación de los partidos políticos (art. 13).

Sin embargo, los artículos relevantes para esta cuestión son el 9, 10, 11 y 12 referidos a la disolución de partidos políticos y al principio de constitucionalidad de los partidos en su dimensión externa.

El preámbulo de la LOPP en su apartado IV establece que: “el artículo 9 persigue asegurar el respeto de los partidos a los principios democráticos y a los derechos humanos. Para ello la presente Ley Orgánica enumera las conductas que más notoriamente conculcan dichos principios. La Ley opta, en primer lugar, por contrastar el carácter democrático de un partido y su respeto a los valores constitucionales, atendiendo no a las ideas o fines proclamados por el mismo, sino al conjunto de su actividad. De este modo, los únicos fines explícitamente vetados son aquellos que incurren directamente en el ilícito penal.” Y, además, exige reiteración: “para evitar la ilegalización por conductas aisladas, salvo las de naturaleza penal, se exige una reiteración o acumulación de acciones que pongan de manifiesto inequívocamente toda una trayectoria de quiebra de la democracia y de ofensa a los valores constitucionales, al método democrático y a los derechos de los ciudadanos.”

El legislador no establece límites a los fines, objetivos políticos, programas o idearios de los partidos sino que sólo dispone limitaciones y controles a sus actividades haciéndose eco de la tesis doctrinal mayoritaria (ratificada por el TC).

La **tesis mayoritaria doctrinal** que se posiciona en contra de los límites a los fines se basa en la inexistencia de límites materiales al poder de reforma constitucional. El profesor Ignacio De Otto sintetiza esta idea en que al ser la Constitución reformable, carece de sentido establecer límites ideológicos a los partidos, pues si los enemigos del orden constitucional están en situación de cambiarlo por los procedimientos del Título X, pueden hacerlo sin violar el derecho constitucional vigente.

No obstante, la diferencia entre actividades y fines que parece clara en la teoría, es más compleja en

⁴ Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos (en adelante, LOPP), BOE núm. 154, de 28 de junio de 2002, páginas 23600 a 23607.

la realidad. Para los críticos de la ley, la LOPP dispone la disolución de los partidos que incurran en determinadas conductas cuyo carácter esencialmente finalista es indiscutible, a través de los límites establecidos a las actividades partidistas, la ley está controlando también, aunque sea indirectamente, su ideología.

Algunos críticos no consideran inconstitucional un control ideológico por la existencia de límites materiales implícitos a la reforma constitucional como son algunos valores constitucionales inmunes a la posibilidad de reforma constitucional. Para el profesor Santamaría el art. 6 CE apunta el requisito de respeto a la Constitución como la exigencia de un cierto grado de adhesión a sus principios básicos, que excede del mero acatamiento formal por lo que se exigiría unos mínimos de coincidencia entre la ideología del partido y los valores de la Constitución.⁵

El art. 9 de la LO 6/2002 se encarga de fijar este **control**. En su primer apartado dispone que las actividades de los partidos son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Esto fue objeto de crítica por partidos nacionalistas vascos tachando la ley de antidemocrática, en especial, la mención de que los partidos ejercerán sus actividades respetando los valores constitucionales. El profesor Bastida afirma que el respeto de los valores constitucionales no se impone ni se exige a los programas de los partidos, sino sólo a su actividad, es decir, de acuerdo con la ley, un partido puede tener un programa anticonstitucional contrario a esos valores, y no incurrir en causa de disolución, siempre y cuando sus actividades no atenten contra esos valores.⁶

En el art. 9.2 se concreta el significado del anterior apartado al establecer las conductas que suponen la declaración de ilegalidad. El tercer apartado es un complemento del segundo al detallar cuando se considerará que concurren las conductas del art. 9.2. Se recogen así una serie de actividades que se exige que sean reiteradas y graves.⁷

5 TAJADURA TEJADA, J.: *Partidos Políticos y Constitución*, op. cit., pp. 85-109

6 TAJADURA TEJADA, J.: *Partidos Políticos y Constitución*, op. cit., pp. 109-113

7 Concretamente, los arts. 9.2 y 9.3 LOPP establecen: 2. *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.*

3. *Se entenderá que en un partido político concurren las circunstancias del apartado anterior cuando se produzca la repetición o acumulación de alguna de las conductas siguientes: a) Dar apoyo político expreso o tácito al terrorismo, legitimando las acciones terroristas para la consecución de fines políticos al margen de los cauces pacíficos y democráticos, o exculpando y minimizando su significado y la violación de derechos fundamentales que comporta. b) Acompañar la acción de la violencia con programas y actuaciones que fomentan una cultura de enfrentamiento y confrontación civil ligada a la actividad de los terroristas, o que persiguen intimidar, hacer desistir, neutralizar o aislar socialmente a quienes se oponen a la misma, haciéndoles vivir cotidianamente en un ambiente de coacción, miedo, exclusión o privación básica de las libertades y, en particular, de la libertad para opinar y para participar libre y democráticamente en los asuntos públicos. c) Incluir regularmente en sus órganos directivos o en sus listas electorales personas condenadas por delitos de terrorismo que no hayan rechazado públicamente los fines y los medios terroristas, o mantener un amplio número de sus afiliados doble afiliación a organizaciones o entidades vinculadas a un grupo terrorista o violento, salvo que hayan adoptado medidas disciplinarias contra éstos conducentes a su expulsión. d) Utilizar como instrumentos de la actividad del partido, conjuntamente con los propios o en sustitución de los mismos, símbolos, mensajes o elementos que representen o se identifiquen con el terrorismo o la violencia y con las conductas asociadas al mismo. e) Ceder, en favor de los terroristas o de quienes colaboran con ellos, los derechos y prerrogativas que el ordenamiento, y concretamente la legislación electoral, conceden a los partidos políticos. f) Colaborar*

El cuarto apartado determina que para la valoración de las actividades de los partidos se tendrán en cuenta sus comunicados, propuestas y documentos, manifestaciones, actuaciones de miembros de grupos parlamentarios y municipales y actividades significativamente repetidas de sus afiliados.

El capítulo II de la LO 6/2002 incluye el procedimiento y órgano para hacer efectivo el cumplimiento de las obligaciones de los partidos. Un partido político puede ser suspendido o disuelto por decisión de sus miembros en el procedimiento estatutario establecido o por la autoridad judicial (art.10.1).

Así, existen 3 **causas de ilicitud** de un partido político según el art. 10.2: incurrir en un supuesto de asociación ilícita de acuerdo al art. 515 del Código Penal⁸; vulnerar las exigencias de estructura interna y funcionamiento democráticos de los artículos 7 y 8 de la LOPP; llevar a cabo las actuaciones que según el artículo 9 de la LO 6/2002 vulneren los principios democráticos.

En el primer supuesto es competente la jurisdicción penal (art 10.4) y en los otros dos el órgano jurisdiccional competente es la Sala Especial del Tribunal Supremo. Dicha atribución de competencia al TS fue criticada por la doctrina al tratarse de una materia legal-constitucional que sitúa al TS en la posición de defensor de la Constitución, función que le correspondería al TC. Esta opción optando por la jurisdicción ordinaria es correcta constitucionalmente porque el único mandato constitucional expreso sobre este tema es el de reserva a favor de la jurisdicción de cualquier tipo de control sobre los partidos. Además, el TC siempre podrá conocer el asunto vía recurso de amparo, aunque por razones de economía procesal se podría haber optado por el control directo por parte del TC de los partidos políticos.

El art. 11 de la LO 6/2002 regula el **procedimiento del control judicial** sobre los partidos de la Sala Especial del Tribunal Supremo. Están legitimados para instar la declaración de ilegalidad de un partido político y su disolución el Gobierno y el Ministerio Fiscal. El Congreso de los Diputados o Senado pueden instar al Gobierno que la solicite, quedando obligado, previa deliberación del Consejo de Ministros, por las causas del artículo 9. Así ocurrió en este caso que el Congreso de los Diputados instó al Gobierno en noviembre de 2016 que la solicitase, presentando la demanda de declaración de ilegalidad de “Fuerza y Acción” el 28 de febrero.

La acción se iniciará mediante demanda presentada ante la Sala especial del TS junto con los documentos que acrediten la concurrencia de los motivos de ilegalidad. La Sala procede al emplazamiento del partido político afectado para que pueda comparecer en el plazo de 8 días. La Sala, pasado el plazo o tras la comparecencia, decidirá sobre la admisión inicial de la demanda. Si fuese admitida, se emplaza al demandado si hubiese comparecido para la contestación de la demanda en el plazo de 20 días. Se abrirá entonces el período de prueba si las partes lo proponen o por el tribunal de oficio. Del conjunto de las pruebas practicadas se dará vista a las partes, que podrán formular alegaciones sobre las mismas en el plazo de 20 días, transcurridos los cuales el proceso queda concluso para sentencia que deberá dictarse en 20 días.

habitualmente con entidades o grupos que actúen de forma sistemática de acuerdo con una organización terrorista o violenta, o que amparan o apoyan al terrorismo o a los terroristas. g) Apoyar desde las instituciones en las que se gobierna, con medidas administrativas, económicas o de cualquier otro orden, a las entidades mencionadas en el párrafo anterior. h) Promover, dar cobertura o participar en actividades que tengan por objeto recompensar, homenajear o distinguir las acciones terroristas o violentas o a quienes las cometen o colaboran con las mismas. i) Dar cobertura a las acciones de desorden, intimidación o coacción social vinculadas al terrorismo o la violencia.

⁸ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante CP), BOE núm. 281, de 24/11/1995.

Modificada por LO 1/2015 y LO 2/2015, de 30 de marzo, por las que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE núm. 77, de 31/03/2015.

La sentencia de la Sala Especial del TS, declarando la disolución del partido político o desestimando la demanda, no será objeto de recurso, salvo el recurso de amparo ante el TC y será ejecutiva desde el momento de su notificación.

1.3 Jurisprudencia principal

El TC se pronunció acerca de la constitucionalidad de la LO 6/2002 tras un recurso de inconstitucionalidad sobre distintos preceptos del Gobierno Vasco.⁹ El TC lleva a cabo en esta larga sentencia la puntualización de distintos términos de la LOPP y desestima en su totalidad el recurso. En síntesis, cabe destacar de la STC:

- En sus Fundamentos Jurídicos (en adelante FJ) 5 y 6 afirma que la fundamentación constitucional de un régimen normativo propio de los partidos (diverso a la Ley Orgánica 1/2002 del Derecho de Asociación) reside en la cualificación funcional que hace el art. 6 CE de los partidos políticos, al tener exigencias específicas a los partidos en relación a la Constitución y a la Ley.
- Rechaza que la LOPP asumiera un modelo de democracia militante porque no existen límites materiales a la Reforma Constitucional. Además, en la LOPP se distingue entre causas de ilegalización por las ideas de un partido (cuyo único límite son ilícitos penales) y las actividades que realice que se tienen que adecuar a los principios constitucionales y derechos fundamentales de la CE y que la LOPP especifica. Por ello afirma que no se vulneran derechos fundamentales a la libertad ideológica, participación, expresión e información (FFJJ 7 y 10).
- No vulnera el principio *non bis in idem* porque las causas de disolución del art. 9.3 LOPP sean similares a supuestos de hecho del Código Penal. La disolución de la LOPP no constituye una sanción penal ya que no tiene una función represiva por un ilícito, sino restablecer la legalidad por realizar una actividad sin respetar las condiciones del ordenamiento. Además, no es un castigo al mismo sujeto ni un doble procedimiento punitivo, ya que en la LOPP el demandado será el partido político y en los supuestos del CP serán demandados personas físicas (FFJJ 8 y 9).
- Tampoco se vulneraría el principio de proporcionalidad por las conductas que no constituyen ilícitos penales y que suponen la disolución. La razón es que de las conductas del artículo 9 LOPP ninguna por sí sola, aisladamente, determina la disolución, sino que requiere que sean realizadas de forma reiterada y grave (FFJJ 11 y 12).
- Respecto a los efectos de la disolución judicial, se impugnó la atribución al Ministerio del Interior de legitimación para instar un pronunciamiento de la Sala que dictó la sentencia de disolución para impedir la creación de un nuevo partido político que suceda la actividad del partido declarado ilegal. Esta legitimación considera el TC que no supone que la Administración tenga facultades decisorias sobre la inscripción del partido en el Registro.

La aplicación de esta LOPP (en concreto, su artículo 9) se produjo a los pocos meses de ser aprobada en la STS de 27 de marzo de 2003¹⁰ por la cual declaraba ilegal y disolvía a los partidos políticos Herri Batasuna (HB), Euskal Herritarrok (EH) y Batasuna. La fundamentación de la sentencia fue que consideraba probado que estos partidos (que se fueron sucediendo) eran la

9 Sentencia 48/2003 del TC (Pleno), de 12 de marzo.

10 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala especial) de 27 de marzo de 2003.

actividad política de la banda terrorista ETA¹¹. Así se traducían en un complemento y apoyo político que fomentaba, propiciaba o legitimaba la violencia o multiplicara sus efectos posibilitando su asunción por la sociedad.

El tribunal consideró que ETA era quien realmente estaba controlando esos partidos al ser los líderes de estos partidos seleccionados y puestos por ETA, además de insertar a algunos terroristas en las listas electorales. La conducta de Batasuna posterior a la entrada en vigor de la LO 6/2002 que hace que se aplique dicha Ley son las declaraciones de dirigentes de este partido, participación en actos de apoyo a terroristas, negativas a condenar atentados, exhibición pública de carteles de apoyo a terroristas, homenajes a terroristas realizados en Ayuntamientos gobernados por estos partidos o campañas de amenazas contra concejales. Conductas todas ellas consideradas como graves y realizadas de forma reiterada, según el TS.¹²

1.4 Consecuencias de la declaración de ilegalidad de “Fuerza y Acción”

El artículo 12 establece los efectos en el supuesto de que sea estimatoria la sentencia, que serán los previstos en las leyes y específicamente:

- La ilegalización de un partido político lleva consigo la pérdida de su personalidad jurídica ya que al tener efectos constitutivos la inscripción en el registro, la anotación de su disolución supone la salida del partido de la vida jurídica. En consecuencia, se tiene que producir el cese inmediato de toda la actividad, tanto asociativa como política, del partido político disuelto.
- Los actos ejecutados en fraude de ley o con abuso de personalidad jurídica no impedirán la debida aplicación de ésta. Se presumirá fraudulenta y no procederá la creación de un nuevo partido político o la utilización de otro ya inscrito en el Registro que continúe o suceda la actividad de un partido declarado ilegal y disuelto.
- La apertura de un proceso de liquidación patrimonial, llevada a cabo por 3 liquidadores designados por la Sala sentenciadora. El patrimonio neto resultante se destinará por el Tesoro a actividades de interés social o humanitario. Esta medida no es expropiatoria ni confiscatoria, ya que no es una sanción, sino que responde a la necesidad de dar a los bienes del partido político una finalidad de utilidad pública tal y como se establecen a los partidos políticos finalidades relativas a la participación política y el pluralismo.

La Sala sentenciadora se asegurará que se respeten y ejecuten todos los efectos y, en particular, le corresponderá, previa audiencia de los interesados, declarar la improcedencia de la continuidad o sucesión de un partido disuelto (haciendo cumplir el segundo efecto mencionado).

El precedente de aplicación de los efectos de una sentencia de ilegalización de un partido político se encuentra en la STS de 27 de marzo de 2003 en la cual declaró la ilegalización y disolución de los partidos demandados, ordenó la cancelación de sus respectivas inscripciones en el Registro de Partidos políticos, obligó al cese inmediato de todas las actividades que realizaran esas entidades y procedió a la apertura de un proceso de liquidación patrimonial.

Por último, para impedir el uso fraudulento de agrupaciones de electores (instrumentos para el ejercicio del derecho de participación política sin la mediación de los partidos) por parte de partidos políticos ilegalizados, la disposición adicional segunda de la LOPP modificó el artículo 44 de la LOREG¹³ para introducir una prohibición de presentación de candidaturas a “las agrupaciones de electores que, de hecho, vengán a continuar o suceder la actividad de un partido político declarado

11 Este reparto coordinado de responsabilidades y tareas entre la actividad terrorista y la política era conocida en el seno de estas organizaciones como “desdoblamiento estratégico”.

12 TAJADURA TEJADA, J.: *Partidos Políticos y Constitución*, op. cit., pp.169-196

13 Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, BOE núm. 147, de 20/06/1985.

judicialmente ilegal y disuelto, o suspendido” y el artículo 49 LOREG sobre el cauce para poder impugnar la proclamación de esas candidaturas.¹⁴

1.5 Consecuencias sobre la condición de diputados de Theo y Alexis

El aspecto jurídico individual de los militantes del partido disuelto no se ve afectado, quedando así intactos sus derechos de participación y pudiendo participar en otras candidaturas o militar en nuevos partidos políticos o ejercer su derecho de reunión o manifestación. Por otra parte, la extensión de la disolución del partido político a los grupos parlamentarios, forales y municipales de personas que han ido en las listas electorales del partido político disuelto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2003 fue polémica.

Existe un paralelismo en este tema con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán que entendió que la anticonstitucionalidad de un partido debe conllevar la pérdida del mandato representativo de los que han obtenido un cargo público a través de las listas electorales del partido disuelto. La fundamentación consistía en que la finalidad de la prohibición de un partido político era impedir que ideas anticonstitucionales participasen en la construcción de la voluntad colectiva y, en consecuencia, que los representantes de esas ideas abandonasen el Parlamento.

Sin embargo, el razonamiento de la decisión alemana no se puede aplicar en España porque aquí no se prohíben ideas sino actividades. El sistema español ilegaliza partidos como persona jurídica responsable de unas conductas, sin que necesariamente se responsabilice a los representantes electos en las listas.

Las causas de pérdida de escaño de los diputados se encuentran en el artículo 22 del Reglamento del Congreso de los Diputados: por decisión judicial, por fallecimiento o incapacitación, por extinción del mandato o por renuncia del Diputado. La LOPP no prevé la pérdida de la condición de representante de los que han sido elegidos bajo el nombre del partido ilegalizado. Por tanto, la sentencia de disolución del respectivo partido político no puede provocar la pérdida de la representación del cargo público ni tener ninguna influencia en su condición.

No obstante, el TS en fase de ejecución de la STS de 27 de marzo de 2003¹⁵ entendió que la disolución de los grupos parlamentarios vinculados al partido ilegalizado, debía ser una consecuencia directa de la pérdida de personalidad jurídica del partido. Se basó en que el grupo parlamentario era la emanación directa del partido ya que los grupos parlamentarios al no tener personalidad jurídica propia no se diferencian de la personalidad jurídica del partido político. En adición, el Tribunal considera que la necesidad de prevenir la continuidad de la actividad del partido disuelto ejercitada en fraude de ley, contenida en el art. 12.1.b) LOPP, es un criterio de interpretación que apoya esta decisión, sino significaría la pervivencia de la organización ilegalizada bajo otro ropaje jurídico. Como consecuencia, los parlamentarios elegidos en listas del partido disuelto perderían sus derechos parlamentarios colectivos, conservando los derechos que les pertenecen individualmente y, en definitiva, pasan a formar parte del grupo mixto.

Los críticos a esta decisión del TS se basan en que son entidades independientes el partido político y el grupo parlamentario. Aunque existe una vinculación, ésta solo afecta a lo político y no a lo jurídico. Aceptan que los grupos parlamentarios no tienen personalidad jurídica, pero no se confunde con la del partido, sino con la de sus miembros, ya que son agrupaciones de

14 PÉREZ-MONEO AGAPITO, M.P.: *La disolución de partidos políticos por actividades antidemocráticas*, op. cit, pp.172-173

15 A través del Auto del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2003 y posteriormente, dos ATS de 20 de mayo de 2003, ATS 18 de junio de 2003 y ATS de 24 de julio 2003.

parlamentarios individuales al ser estos los titulares de los escaños. Además, pueden existir grupos parlamentarios compuestos por diputados de distintos partidos y, también, que tras la desaparición de un partido puede seguir el grupo parlamentario trabajando hasta el fin del mandato.¹⁶

Esta interpretación crítica fue apoyada por el TC en una sentencia en la que afirma la afectación de la disolución de un grupo parlamentario al derecho fundamental de participación política y que “este Tribunal ha asumido que los partidos políticos y grupos parlamentarios son realidades conceptualmente distintas”¹⁷.

16 FERREIRO BAAMONDE, X.: *El proceso de disolución de partidos políticos*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 119-132.

17 Sentencia del Tribunal Constitucional 251/2007, de 17 de diciembre.

2. 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

2.1 Recurso de Amparo

2.1.1 Cuestiones generales del Recurso de Amparo

Es un recurso constitucional porque se encuentra en los arts. de la CE 53.2 sobre objeto del amparo, 161.1.b) sobre competencia del TC, 162.1.b) sobre legitimación, 164.1 sobre efectos y regulado ampliamente en el Título III (arts. 41-58) de la LOTC¹⁸. Además, la LOPP también lo contempla en su art. 11.7 al establecer que la sentencia dictada de la Sala Especial del Tribunal Supremo no será objeto de recurso salvo el recurso de amparo ante el TC.

Es un recurso subsidiario que exige agotar todas las vías previas posibles y que sirve para reparar vulneraciones que las vías ordinarias de protección de los derechos fundamentales no han funcionado.¹⁹ Requiere que la lesión ya se haya producido, esto es, que sea efectiva ya que “sin lesión previa de un derecho fundamental no puede haber pretensión alguna a su reconocimiento”²⁰.

Es un recurso extraordinario ya que su objeto tiene que ser una lesión de algún derecho fundamental de la Sección 1ª del Capítulo II del Título 1 de la Constitución (arts. 15-29), el art. 14 sobre igualdad o el art. 30.2 sobre objeción de conciencia. El art. 41.2 concreta que las lesiones de los anteriores artículos tienen que ser originadas por disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos.

Existen 3 tipos de RA en función de si se recurren actos parlamentarios (art. 42 LOTC), actos del Gobierno o Administración (art. 43 LOTC) o actos de órganos judiciales (art. 44 LOTC). En el presente caso sería un acto de un órgano judicial al basarse el RA en la sentencia del Tribunal Supremo que vulnera DDFE.

Por el art. 162.1.b) CE están legitimados para interponer el recurso de amparo toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal. Además, al proceder la supuesta violación de DDFE del poder Judicial se exige haber sido parte en el proceso judicial correspondiente (art. 46.1.b) LOTC).²¹ Por tanto, “Fuerza y Acción” tiene legitimación para interponer este recurso por haber sido parte y tener un interés legítimo al afectarle a su legalidad el caso.

Finalmente, en el enunciado de la pregunta se menciona que “Fuerza y Acción” presenta una demanda de amparo que ello significa que no solo se interpone el recurso de amparo, sino que también se delimita en ella definitivamente el objeto procesal. Supone el acto de iniciación del recurso de amparo y es el acto procesal a través del cual se interpone la pretensión (SSTC 30/1986, 138/1986, 117/1988, 93/2002), por lo que se fija en ella definitivamente el objeto del amparo y se determinan los límites del deber de congruencia del TC.²²

18 Ley Orgánica 2/1979, de 3 octubre, del Tribunal Constitucional.«BOE» núm. 239, de 05/10/1979. En adelante, LOTC.

19 Sentencia del Tribunal Constitucional 1/1981, de 26 de enero.

20 Sentencia del Tribunal Constitucional 79/1982, de 20 de diciembre.

21 GENEROSO HERMOSO, F. y otros: *Práctica del recurso de amparo constitucional*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 43-53

22 GIMENO SANDRA, V. y MORENILLA ALLARD, P.: *Los procesos de amparo*, Colex, Madrid, 2014, pp.166-173.

2.1.2 La Sentencia del Tribunal Constitucional 5/2004

El TC ya conoció de un RA sobre la ilegalización de un partido político en la STC 5/2004, de 16 de enero, sobre Batasuna. Cabe destacar de la sentencia:

- Batasuna alegó vulneración de la tutela judicial efectiva por la indefensión material tras la introducción de nuevas pruebas por el Abogado del Estado una vez concluida la fase de alegaciones. En su FJ 8 el TC considera que no hubo tal vulneración porque no había acabado el período para la aportación de pruebas según el art. 11.6 LOPP, pudiendo Batasuna haber aportado pruebas para desvirtuar los nuevos hechos introducidos.
- Frente a la alegación de lesión del derecho de asociación política lo junta con las alegaciones de vulneración de las libertades ideológicas y de expresión, porque al vulnerarse aquel derecho se vulnerarían estos. Considera el TC que la negativa a condenar el terrorismo en un contexto de terrorismo puede constituir tanto apoyo político tácito al terrorismo como legitimación de las acciones terroristas, por el carácter de exculpación y minimización del significado del terrorismo que tiene tal actitud. Tal conducta tendría cabida en el art. 9.3.a) LOPP por lo que no vulneraría los derechos alegados.
- El partido afirma que el TS usó de forma arbitraria e ilógica la doctrina del “levantamiento del velo” para afirmar la titularidad última de ETA de los 3 partidos políticos, olvidando que el objeto del proceso era la ilegalización y no determinar la pertenencia a ETA. El TC indica que la identidad material se probó y motivó de manera razonable y suficiente y que se aplicó esa doctrina para clarificar el fenómeno de la “sucesión operativa”. Que los partidos formen parte de la banda terrorista puede dar lugar a una causa autónoma de ilegalización penal de los partidos, pero también en el marco de la LOPP, por lo que no fue ni arbitraria ni ilógica la decisión del TS.

2.1.3 Posible fundamentación del Recurso de Amparo

Para la interposición del recurso de amparo, “Fuerza y Acción” se puede fundamentar en la vulneración de varios derechos fundamentales:

1. Posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), en concreto, el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa y a un proceso con todas las garantías (art.24.2 CE). Los únicos datos que tenemos sobre el procedimiento de este caso son que el Gobierno presentó la demanda el 28 de febrero de 2017 y el TS dictó sentencia el 20 de marzo de 2017.

El TC ha afirmado en la STC 5/2004: “Este derecho comporta la exigencia de que en ningún momento pueda producirse indefensión, lo que requiere del órgano jurisdiccional un indudable esfuerzo a fin de preservar los derechos de defensa en un proceso con todas las garantías, ofreciendo a las partes contendientes el derecho de defensa contradictoria mediante la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos e intereses (SSTC 25/1997, de 11 de febrero, FJ 2; 102/1998, de 18 de mayo, FJ 2). Por indefensión constitucionalmente relevante sólo puede entenderse la situación en la que el órgano judicial en el curso del proceso impide a una parte el ejercicio del derecho de defensa, privando o limitando, bien su facultad de alegar y justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos, bien su posibilidad de replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción, con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado (SSTC 48/1986, de 23 de abril, FJ 1)”.

El art. 11 LOPP regula el procedimiento de ilegalización y resulta de aplicación puesto que el TS en su sentencia afirma que la ilegalización se debe a la “manifiesta contradicción de sus fines políticos con el conjunto de valores y principios que inspiran la Constitución vigente”, aplicando por tanto la LOPP. Dicho art. 11 establece un plazo de 8 días para comparecer el partido político demandado, tras esto, se le da 20 días para poder contestar a la demanda. Si alguna de las partes propone en sus escritos de demanda o contestación que se abra un periodo de prueba, se abrirá conforme a las normas de los arts. 281 a 386 LEC²³, es decir, otros 20 días más. La prueba irá destinada a demostrar la concurrencia de alguna de las causas de disolución del art. 9 LOPP²⁴.

Finalmente, el tribunal tendrá 20 días para dictar sentencia. Como este proceso ha durado apenas 20 días es muy probable que no haya habido las garantías necesarias en el proceso ni que las partes hayan tenido posibilidad de probar los hechos alegados. Pruebas que de haberse practicado hubieran contribuido como elemento decisivo para el éxito de la posición procesal. Por ejemplo, en el caso de Batasuna, la presentación de la demanda por el Gobierno y Ministerio Fiscal fue el 5 de septiembre de 2002 y la sentencia del TS es de 27 de junio de 2003, es decir, casi 9 meses de proceso.

2. Vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24 CE), en el caso de condenar en base a los 3 hechos que los demandantes pudiesen haber atribuido a “Fuerza y Acción”. Tales hechos son los disturbios y amenaza al jefe del Estado del 17 de marzo, la reyerta en la mezquita del 18 de marzo y el asesinato del Sr. Camarasa de ese mismo día. Todos ellos son hechos en los que todavía no ha habido condena (solo 2-3 días antes a la publicación de esta STS de ilegalización), por tanto, ahí prima la presunción de inocencia y por ello, de momento, no se le puede responsabilizar a “Fuerza y Acción” de ellos. Además, en el asesinato al Sr. Camarasa aún no fueron identificados los responsables, pudiendo ser los responsables personas ajenas al partido. En los otros dos hechos es evidente que se encontraban personas del partido, pero carecen de la gravedad y reiteración que exige la LOPP aún en el caso de que se condenase a personas del partido posteriormente. Por ello, para romper con la presunción de inocencia hace falta una actividad probatoria que acabe con toda duda razonable, que de momento no se rompe al estar iniciándose los respectivos procesos penales. Subsidiariamente, en el caso de no considerarse este derecho por no estar en un proceso penal ni considerarse como sanción la ilegalización, seguiría vigente el problema de la carga de la prueba, que difícilmente se podría probar la responsabilidad de “Fuerza y Acción” en estos hechos al no haber condena.
3. Vulneración del derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE) en relación con el art. 10 CEDH. El TS ilegaliza un partido en base a actos que constituyen un ejercicio legítimo de la libertad de expresión y protegidos por la inviolabilidad de los diputados. Por ello, carecería de sentido ilegalizar un partido por lo que dicen sus diputados mientras que estos diputados no tienen ninguna responsabilidad penal al gozar de esta prerrogativa. Además, el TS en un auto manifestó que dicha inviolabilidad se extiende a las declaraciones hechas en pasillos o dependencias de las cámaras legislativas²⁵ (se explicará detalladamente en la pregunta 4).
4. Vulneración del derecho a la libertad ideológica (art. 16.1 CE) en relación con el art. 9.1 CEDH. Lo manifestado por cargos públicos del partido no son más que la expresión ideológica de una opción política, que podrá no ser compartida o rechazada desde un punto de vista ético o moral, pero que jurídicamente es lícita. Otros partidos como “Falange

23 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. «BOE» núm. 7, de 08/01/2000.

24 FERREIRO BAAMONDE, X.: *El proceso de disolución de partidos políticos*, op. cit., pp. 96-104.

25 Auto del Tribunal Supremo (Sala Segunda) de 23 de enero de 2003.

Española” o “Vox” comparten algunas de estas manifestaciones contra otras religiones y no por ello son ilegalizadas y no supone que “Fuerza y Acción” por tener más votos y cargos públicos no las pueda manifestar. Las exigencias a los partidos son independientes de su grado de apoyos.

5. Vulneración del derecho a la libertad de asociación y partidos políticos (arts. 22 y 6 CE). Los partidos políticos son estructuras políticas básicas para el desarrollo democrático del Estado²⁶. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha mostrado en su jurisprudencia una posición garantista en cuanto al contenido del derecho de asociación para los partidos políticos sustentada en el pluralismo y el libre debate de ideas.

Por último, en relación con la libertad ideológica y el pluralismo político, la exposición de motivos de la LOPP indica que los únicos fines vedados son los que incurren en un ilícito penal, solo siendo motivo de ilegalización por la LOPP las actividades realizadas como ratificó la STC 48/2003 y negando el modelo de democracia militante. El FJ 2 de la sentencia de 20 de marzo de 2017 del TS declara ilegal al partido porque sus fines políticos son contrarios a los valores constitucionales, por tanto, esta sentencia no tiene un encaje razonable en la Ley aplicable al caso (la LOPP) ni se ha motivado de manera suficiente su decisión.

2.2 Recurso ante la denegación del Recurso de Amparo

2.2.1 Recurso al TEDH

El art. 93.1 LOTC dispone que contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe recurso alguno, salvo el poder solicitar por las partes la aclaración de las mismas. El art. 93.2 LOTC manifiesta que contra las providencias y los autos del TC solo procederá el recurso de súplica, que no tendrá efecto suspensivo.

Sin embargo, esta imposibilidad de recurrir las decisiones del TC son de aplicación en el ámbito jurisdiccional interno, ya que se puede recurrir contra una sentencia de amparo ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (órgano integrado en el Consejo de Europa)²⁷ que es el encargado de la tutela de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos²⁸. Este Convenio fue ratificado por España en 1979.

El CEDH ha conferido a quienes se consideran víctimas de una vulneración de los derechos fundamentales, que el Convenio reconoce, atribuible a resoluciones o actos firmes de autoridades españolas, el recurso a acudir al TEDH para la protección de ese derecho. Es una forma singular de amparo de los derechos y libertades individuales que se ejercita ante una autoridad internacional y que forma parte del sistema procesal español por la ratificación de un Tratado internacional en materia de derechos humanos.

Según los artículos 33 y 34 del Convenio, al Tribunal pueden dirigirse (1) las personas físicas, las organizaciones no gubernamentales o los grupos de particulares que se consideren víctimas de una vulneración del Convenio o sus protocolos, cometida por un Estado parte, en el caso de las demandas individuales, y (2) un Estado parte (o más de uno) en el caso de las demandas interestatales.

26 STEDH 30 de enero de 1998, caso Partido Comunista Unificado de Turquía contra Turquía.

27 GENEROSO HERMOSO, F. y otros: *Práctica del recurso de amparo constitucional*, op. cit., pp. 141-142.

28 Instrumento de ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. «Boe» núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

El texto originario está modificado por 14 Protocolos. La jurisprudencia del TEDH constituye otra fuente normativa porque es el competente en la interpretación del Convenio (art. 32.1 CEDH) y el art. 10.1 CE declara fuerza vinculante a los Tratados sobre Derechos Humanos que suscriba el Reino de España.

Por tanto, tiene como características que es un proceso de amparo internacional de derechos fundamentales, solamente puede ser demandado el Estado Parte concernido, ámbito material delimitado (los derechos y libertades del CEDH y sus protocolos ratificados por España), carácter subsidiario ya que se necesita agotar los recursos internos, es una garantía para el individuo que se considera víctima por una vulneración de sus derechos, la pretensión reparatoria únicamente se dirige contra el Estado como único obligado, está inspirado por el principio dispositivo y tiene una eficacia limitada pues depende de lo previsto en el ordenamiento jurídico del Estado demandado.

De entre los derechos que se contemplan para poder recurrir, “Fuerza y Acción” podría defender que se han vulnerado sus derechos de libertad de pensamiento (art.8), libertad de expresión (art. 9) y libertad de asociación (art. 11) del CEDH tal y como se defendió en el recurso de amparo ante el TC.

El TEDH ha venido valorando en sus sentencias la necesidad y proporcionalidad de la restricción impuesta, teniendo en cuenta cierto margen de apreciación reconocido a las autoridades nacionales y partiendo de la base de que el Convenio se propone garantizar derechos prácticos y eficaces, no derechos teóricos.²⁹

2.2.2 Diferencias con el caso Batasuna y Herri Batasuna

El TEDH ya ha resuelto un caso de ilegalización de partidos políticos españoles tras sus recursos³⁰. En esta sentencia el TEDH ha confirmado la decisión del TS y TC al entender que la ilegalización fue una medida que correspondía a una “necesidad social imperiosa” y que “era proporcionada al fin propuesto” y por eso puede ser considerada como “necesaria en una sociedad democrática”.

Una de las causas de inadmisión del recurso ante el TEDH de “Fuerza y Acción” sería la de cosa juzgada al haberse ya decidido sobre la ilegalización de un partido político de España. Sin embargo, no estamos ante el mismo caso ya que mientras en el caso de los partidos independentistas vascos fueron ilegalizados por ser considerados la actividad política de una organización terrorista como ETA, en el caso de “Fuerza y Acción” no hay ninguna relación con el terrorismo ni con organización criminal. “Fuerza y Acción” al ser ilegalizado fue así declarado ilegal sin que ninguno de sus miembros, ni cargos públicos ni militantes, tuviesen alguna condena penal desde que se fundó el partido.

Por tanto, no se da en el mismo contexto los dos casos: mientras en el caso de “Batasuna” existía un terrorismo habitual y sangriento en el País Vasco, en el caso de “Fuerza y Acción” estamos hablando del ejercicio de la libertad de expresión y de manifestación que no ha sumido al país en un estado de terror que justifique su ilegalización, ya que unas manifestaciones que acaban en disturbios no pueden servir de base para acabar con el pluralismo político que representa “Fuerza y Acción”, debido a que no son las únicas ni serán las últimas en las que estos disturbios sucedan cuando una cantidad considerable de ciudadanos protestan por algún motivo.

29 GIMENO SANDRA, V. y MORENILLA ALLARD, P.: *Los procesos de amparo*, op. cit., pp. 201-210.

30 Sentencia TEDH Asunto Herri Batasuna y Batasuna c. España, de 30 de junio de 2009.

2.2.3 La jurisprudencia del TEDH

A pesar de la anterior fundamentación posible del recurso, junto con el objetivo de la LOPP de únicamente ilegalizar partidos políticos por sus actividades y no por sus ideas, la jurisprudencia del TEDH hace que no sea muy probable la estimación del recurso.

En cuanto a la libertad de expresión del art. 10 CEDH, el TEDH considera que los partidos políticos pueden defender sus ideas, opiniones y programas con dos condiciones: 1) *que los medios utilizados para ello sean desde todos los puntos de vista legales y democráticos*; 2) *que el cambio propuesto sea compatible con los principios democráticos fundamentales*³¹. Esto supone que no entra dentro del ámbito de protección de derecho el recurso a la violencia, la incitación a la misma o su justificación para defender un proyecto político; o defender un proyecto político que no respete las reglas democráticas. El razonamiento del Tribunal es, pues, que no son merecedores de protección por los derechos reconocidos en el Convenio quienes se proponen erradicar los mismos derechos.

Sobre el derecho de asociación de partidos políticos del art. 11 CEDH, las condiciones que el art. 11.2 CEDH establece para que la limitación del derecho sea legítima son: *a) El límite al ejercicio del derecho ha de estar contenido en una previsión legal. b) La finalidad de la restricción ha de ser considerada legítima y se presumirá como legítima cuando la finalidad consista en la preservación de la seguridad pública, protección de la integridad territorial o de derechos y libertades de terceros, defensa del orden y prevención del delito y la protección de la salud o de la moral.*

c) La medida restrictiva ha de ser necesaria en el seno de una sociedad democrática. Esta última es la condición que más suele estudiar el Tribunal. Para el TEDH existe una “necesidad social imperiosa” cuando hay indicios de riesgo inmediato para la democracia, que la medida adoptada es proporcional y que los actos y discursos de los partidos, o de los dirigentes de los partidos, reflejan la imagen de una sociedad no democrática. La actividad de los dirigentes ha de ser atribuible al partido para que éste sufra las consecuencias (la disolución) de esos actos. Este reflejo de una sociedad no democrática puede ser la defensa de una sociedad basada en principios estrictamente religiosos que impongan una discriminación entre las personas basada en esa motivación religiosa, o en la justificación de la violencia para defender cualquier idea política.

Es necesaria una mínima actividad probatoria ante la Corte sobre las actuaciones del partido político que suponen ser contrarias a la democracia. En la valoración se tienen en cuenta el conjunto de elementos y, prioritariamente, manifestaciones de miembros del partido y del partido como persona jurídica, a los que se podría añadir elementos como consideraciones sobre la denominación y contenido de los programas o estatutos de los partidos³².

En conclusión, esta jurisprudencia del TEDH detallada sobre la ilegalización de partidos políticos puede significar que no se estime el recurso, salvo cambio en su jurisprudencia o matizaciones.

31 Sentencia “DEP” c. Turquía, de 10 de diciembre de 2002.

32 REVENGA SÁNCHEZ, M. y VIANA GARCÉS, A. (eds.): *Tendencias jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 276-292.

BLOQUE II: LIBERTAD DE EXPRESIÓN

El art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH en adelante) consagra este derecho a la libertad de expresión: *Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.* Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³³ (PIDCP en adelante) en su art. 19.2³⁴ lo recoge con el mismo contenido que la DUDH.

También se encuentra recogido en el art. 10 CEDH, incluso sus limitaciones³⁵, pero no incluye (como sí hacen los tratados anteriores) el “derecho a buscar” para evitar configurar la información como una obligación a cargo del Estado ya que este Convenio buscaba más la efectividad de las garantías. La CE lo establece como un derecho fundamental en su art. 20³⁶.

El TEDH tiene como referente al Tribunal Supremo norteamericano que estableció que la libertad de expresión ocupa en una sociedad democrática una posición privilegiada que, en principio, basta para socavar la legitimidad de lo que vaya en contra de ella.

El TEDH a través del art. 17 del CEDH, relativo a la prohibición del abuso de derecho, ha definido lo que el Convenio no ampara. Se han reforzado las restricciones al ejercicio de determinados derechos como los casos de discursos susceptibles de alentar sentimientos de carácter racista (y especialmente anti-semita con la negación del holocausto) y actitudes de complicidad o complacencia con la violencia terrorista. La jurisprudencia³⁷ del TEDH respecto a la libertad de expresión sobre pronunciamientos de opiniones de índole político ha establecido que:

- ◆ Al ser la libertad de expresión uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática se tiene que tratar de forma restrictiva sus limitaciones.

33 Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, «BOE» núm. 103, de 30 de abril de 1977, páginas 9337 a 9343.

34 **Art. 19.2. PIDCP:** *Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.*

35 **Art 10 CEDH:** *1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.*

36 **Art. 20 CE:** *1. Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica. c) A la libertad de cátedra. d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades. 2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa. 3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España. 4. Estas libertades tienen su límite 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. 5. Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial.*

37 STEDH asunto *Piermont c. Francia*, 27 de abril de 1995

- ◆ El art. 10.2 CEDH protege opiniones inofensivas pero también aquellas que inquietan o chocan de modo que ayude con ello a mejorar el pluralismo y la tolerancia.
- ◆ Los límites legales o jurisdiccionales tienen que respetar el principio de legalidad, responder a un fin legítimo, ser proporcionales y ser necesarios en una sociedad democrática (“necesidad social imperiosa”)³⁸.

El TC ha afirmado en una sentencia que “el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental que es la opinión pública libre indisociablemente ligada con el pluralismo político que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático”³⁹

Entre los fines legítimos para limitar la libertad de expresión se pueden distinguir:

- Intereses generales: la seguridad nacional, la integridad territorial, la defensa del orden y la prevención del delito, la autoridad del Poder Judicial, la moral y la difusión de ideologías o proyectos antidemocráticos (tales como el nacionalsocialismo, el racismo, la violencia como método político y el integrismo).
- Los derechos ajenos: la vida privada, el honor, el derecho a la propia imagen, el derecho a un proceso justo, el derecho a vivir en democracia y el derecho a unas elecciones libres.

El límite a la libertad de expresión de ideologías o proyectos antidemocráticos

La defensa de la democracia, con la tolerancia y el pluralismo, son los objetivos del CEDH. De ahí surge la interpretación del TEDH que merecen ser amparados los proyectos políticos e ideologías respetuosos con los valores democráticos. Cualquier ideología o proyecto que traspase esto no es merecedor de amparo del CEDH. Así, el TEDH ha venido rechazando las demandas de quienes habían sido sancionados por difundir mensajes intolerantes, en especial, los del nacionalsocialismo.

El TC entendió que es legítimo la mera propagación de estas ideas siempre y cuando no se acompañen de un mensaje expreso que incite a la violencia o al racismo (quedando así fuera de la protección del art. 20 CE). Así lo estableció en una sentencia⁴⁰ reconociendo la libertad de expresión hasta a ideologías que no comparten los valores de la Constitución. Así, la jurisprudencia del TC se opone a la del TEDH ya que no percibe la propagación de dichas ideologías negadoras de los derechos humanos, salvo que conlleven un mensaje racista o violento.

En esto último es en lo que coinciden ambos tribunales al no amparar manifestaciones que supongan apología de la violencia o del racismo. El TC en otra sentencia⁴¹ ampararía las opiniones que ponían en duda la realidad del Holocausto judío por considerarlas opiniones subjetivas sobre un hecho histórico.

El TC en un caso sobre un cómic con dibujos y textos insultantes contra el pueblo judío dictó sentencia⁴² teniendo en cuenta el público al que iba dirigido, a niños y adolescentes, que por su edad son más vulnerables y fáciles de corromper. Aunque la libertad de opinión protege incluso las que atacan al propio sistema democrático, considera que la libertad de expresión no puede servir de excusa para amparar el lenguaje del odio. Denegó el amparo por insultante con el derecho al honor

38 REVENGA SÁNCHEZ, M. y VIANA GARCÉS, A. (eds.): *Tendencias jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, op. cit., pp. 304-308.

39 STC 12/1982, de 31 de marzo (FJ 3)

40 STC 20/1990, de 1 de marzo.

41 STC 214/1991, de 11 de noviembre.

42 STC 176/1995, de 11 de diciembre.

de un colectivo y porque su mensaje xenófobo y racista es incompatible con los principios del sistema democrático: “está en contradicción abierta con los principios de un sistema democrático de convivencia pacífica y reflejar un menosprecio de los derechos fundamentales, directrices de la educación que han de recibir la infancia y la juventud por deseo constitucionalmente proclamado (art. 27.2 CE).”

En cuanto a la libertad religiosa, aparece consagrada en los arts. 15 CE y 9 CEDH y supone (según TC y TEDH) que cada ciudadano es libre de profesar la creencia que considere oportuna no pudiendo ser discriminado por razón de la misma. El integrismo, sea del signo que sea, llámese Cruzada o Guerra Santa, es incompatible con la sociedad democrática basada en la tolerancia.

En una sentencia⁴³, el TEDH dictamina que la instauración de la *Yihad* o guerra santa y la lucha para lograr el dominio total de la religión musulmana en la sociedad, defendiendo sus dirigentes el recurso a la fuerza para conseguirlo, supone un odio profundo hacia los que se oponen al régimen islámico, lo que las hace incompatibles con el CEDH: “el comportamiento incriminado alcanza un alto nivel de insulto y se aproxima a la negación de la libertad religiosa ajena, pierde por si mismo el derecho a ser tolerado por la sociedad”.

El art. 20 del PIDCP establece que “toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”. Así lo recoge el Código Penal en su art. 510⁴⁴.

Discurso del odio (*hate speech*)

El discurso del odio se ha definido como la expresión del odio hacia algún colectivo, como raza particular, especialmente en circunstancias tales en las que la comunicación presumiblemente provoque violencia.

La influencia de EEUU en Europa y España es muy relevante, por eso conviene tener en cuenta su libertad de expresión. En un primer momento se podría considerar la libertad de expresión en EEUU como un derecho absoluto. Por una parte, en el siglo XIX predominó la doctrina del *laissez faire, laissez passer*, pero en el siglo XX comenzó a limitarse para evitar que se produjesen determinados resultados extremos.

43 STEDH Partido de la Prosperidad c. Turquía, de 31 de julio de 2001.

44 Art. 510.1 CP: *1. Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses: a) Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten 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. 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. c) Públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o 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, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos.*

El juez Holmes (fundador de la teoría del *clear and present danger*) creía que el remedio para las expresiones hirientes, que buscaban desestabilizar, debía ser más libertad de comunicación, pues a través del discurso libre se pueden romper las falsedades que se quieren prohibir. Sólo podría ser restringida cuando exista un peligro claro, real y actual de que un daño que el Estado tiene potestad de evitar, se producirá como consecuencia directa del uso de esta libertad. Así, las posiciones doctrinales sobre la libertad de expresión se pueden resumir en:

- La doctrina ilimitada que defiende que el Estado no puede regular la libertad de comunicación en su contenido, porque prima sobre cualquier otro valor constitucional, sin tener en cuenta las preocupaciones sociales.
- La doctrina proporcional que entiende que sí se puede restringir para defender bienes jurídicos relevantes. Los tribunales tienen que realizar un juicio de proporcionalidad entre el perjuicio que sufre el titular del derecho restringido y los beneficios para el conjunto de la sociedad por esa limitación.
- La doctrina de las categorías que optan por la prohibición de ciertas expresiones por su contenido. Se basan en que ciertas conductas expresivas no entrarían dentro de la protección de la Primera Enmienda. Se han realizado listas tasadas de discursos prohibidos como la obscenidad, lo profano, lo infamante y lo insultante⁴⁵.

Para la mayoría de la doctrina norteamericana la libertad de expresión es concebida, casi sin excepciones, como algo absoluto. En Europa se ha reconocido a la libertad de expresión como un derecho de todos los ciudadanos, pero sin que implique una visión absolutista de la posición del orador, primando la protección de la víctima destinataria del discurso del odio y el principio de no discriminación.

En España, la libertad de expresión no da cobertura a manifestaciones que atenten intensamente contra el honor y dignidad de las personas, la libertad o que no se limiten a cuestionar el sistema democrático, sino que lo pongan materialmente en peligro. Existen delitos antidiscriminatorios, como los delitos de incitación al odio racial (art. 510.1 CP), discriminación grave en el trabajo (art. 314 CP), o denegación del servicio por motivos discriminatorios en el marco de actividad profesional (art. 512 CP). En estos tipos penales el bien jurídico protegido sería el derecho fundamental a la igualdad y la no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, opinión y cualquier otra circunstancia personal o social, recogido en el art. 14.1 CE. Además, el art. 18 CP define la apología delictiva como la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será punible cuando sea una incitación directa a cometer un delito por cualquier medio de comunicación que facilite la publicidad o ante concurrencia de personas y cuando la Ley penal así lo prevea expresamente. En concreto, el art. 579 CP castiga la apología del terrorismo y el art. 615 CP la provocación, conspiración y proposición de delitos contra la comunidad internacional. El art. 525 CP castiga las ofensas a los sentimientos de miembros de una confesión religiosa realizadas de palabra o por escrito que se hagan públicamente.

El TC se ha pronunciado al respecto afirmando: “la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado “discurso del odio”, esto es, aquél desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular”⁴⁶ y en el FJ 8 que “resulta constitucionalmente legítimo castigar penalmente

45 PÉREZ-MONEO AGAPITO, M.P.: *La disolución de partidos políticos por actividades antidemocráticas*, op. cit., pp. 99-110

46 STC (Pleno) 235/2007 de 7 de noviembre (FJ 5)

conductas que, aun cuando no resulten claramente idóneas para incitar directamente a la comisión de delitos contra el derecho de gentes como el genocidio, sí suponen una incitación indirecta a la misma o provocan de modo mediato a la discriminación, al odio o a la violencia”.

En conclusión, la incitación a la discriminación, odio o violencia racial, homófoba o xenófoba no queda amparado por la libertad de expresión, pero desde la perspectiva liberal del Derecho penal del hecho, no es legítimo intervenir penalmente para sancionar personalidades moralmente censurables, como, la personalidad racista, homófoba, etc. El Estado interviene penalmente si dicha personalidad discriminatoria se traduce en la realización de actos del mundo exterior que menoscaban derechos fundamentales del individuo.

El TEDH manifestó que la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a un acto de violencia, ni a otro acto delictivo, siendo suficiente injuriar, ridiculizar o difamar a ciertas partes de la población o a sus grupos⁴⁷.

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

Ya la Audiencia Nacional (AN en adelante) ha condenado por justificación y enaltecimiento del terrorismo (art. 588 CP) a un rapero por considerar que sus canciones sobrepasaban los límites protectores del derecho a la libertad de expresión e ideológica al ser discurso del odio sus letras: “la finalidad de la tipificación de tales conductas es combatir la actuación dirigida a la promoción pública de quienes ocasionan un grave quebranto en el régimen de libertades y en la paz de la comunidad con sus actos criminales, abortando toda clase de justificación y apoyo para lo que no son sino cumplidos atentados contra la significación más profunda del propio sistema democrático.”⁴⁸ Y sentenció que se realizaron por medios de difusión que otorgaron cierta publicidad (tenían entre 1000-10000 reproducciones las canciones). “La apología del art. 18 exige una invitación directa a cometer un delito concreto, y sólo entonces resultará punible. Lo mismo que puede predicarse del art. 579 CP, que se refiere a la provocación, conspiración y proposición para la comisión de acciones terroristas específicas. Por el contrario, el enaltecimiento/justificación del art. 578 constituye una forma autónoma de apología caracterizada por su naturaleza genérica, sin integrar una provocación ni directa ni indirecta a la comisión de un delito concreto. La barrera de protección se adelanta por tanto, exigiéndose solamente la mera alabanza/justificación genérica, bien de los actos terroristas o de quienes los ejecutaron.”

En nuestro caso, se trataría de una provocación para la discriminación (art. 510 CP), ya que el contenido de las canciones de “MC Fuerza” y “MC Acción” se refiere matar a todos los musulmanes, es decir, acabar con todo un colectivo por razón de su raza o religión, por lo que no operaría el enaltecimiento del terrorismo del 578 CP. También podría ser de aplicación el art. 615 CP que se refiere a la provocación de delitos de genocidio específicos operando el requisito de incitación directa a un delito concreto del art. 18 CP como ocurre con el 579 CP, mientras que el art. 510.1.c) CP castiga la provocación al odio y no a delitos requiriendo también la incitación directa y requisitos del art. 18 CP.

El TS confirmó la sentencia de la AN afirmando: “el discurso del odio, es decir la alabanza o justificación de acciones terroristas que no cabe incluirlo dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de exposición o ideológica en la medida que el terrorismo constituye la más grave vulneración de los Derechos Humanos de aquella Comunidad que lo sufre, porque el discurso del terrorismo se basa en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y en definitiva en la aterrorización colectiva como medio de conseguir esas

47 STEDH Daniel Feret c. Reino de Bélgica, de 16 de julio de 2009.

48 Sentencia Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, 3ª Sección) 8/2014 de 31 de marzo.

finalidades (...) la música es el envoltorio, la cáscara, lo relevante penalmente es la letra de tales canciones donde está el mensaje (...) El presente caso es un ejemplo de la capacidad de difusión de mensajes inaceptables penalmente y frente a los que la política de prevención del crimen debe ir por delante del uso delictivo de las mismas.”⁴⁹

En otro caso, el TS desestimó que se produjese el delito del art. 578 CP por un grupo musical, ya que sus letras no alababan acciones terroristas o a sus autores y manifestaron no apoyar a ETA⁵⁰.

El TC en la STC 235/2007 declaró inconstitucional parte del art. 607.2 del CP anterior a la reforma de 2015, en concreto, la negación de genocidios no sería punible, pero manteniendo que sí lo sería la justificación de estos. Con la reforma de 2015, se ha trasladado lo que penaba el art. 607.2 al amplio abanico de conductas típicas del art. 510 CP. En un caso de una librería que vendía una gran cantidad de libros que “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”⁵¹, fueron condenados por la AP y por el Juzgado de lo Penal en aplicación del art. 607.2 y 510.1 CP los responsables de la librería.

Sin embargo, el TS los absolvió, destacando: “El artículo 510 sanciona a quienes provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones por distintos motivos recogidos en el precepto. La utilización del término provocación ha conducido a sostener que es preciso que se cumplan los requisitos del artículo 18, salvo el relativo a que el hecho al que se provoca sea constitutivo de delito, ya que al incluir la provocación al odio se hace referencia a un sentimiento o emoción cuya mera existencia no es delictiva. En cualquier caso, es preciso que se trate de una incitación directa a la comisión de hechos mínimamente concretados de los que pueda predicarse la discriminación, el odio o la violencia contra los referidos grupos o asociaciones y por las razones que se especifican en el artículo” Así, considera la indebida aplicación del art. 510 porque “en el relato fáctico no se contienen actos ejecutados por aquellos que puedan considerarse como incitaciones directas a la comisión de actos mínimamente concretados, de los que pudiera afirmarse que se caracterizan por su contenido discriminatorio, presididos por el odio o violentos contra los integrantes de los grupos protegidos.”⁵²

El voto particular de un magistrado disintió: “Los dos tipos penales requieren para su aplicación la constatación de la realización de unas ofensas que puedan ser incluidas en el discurso del odio, pues esa inclusión supone la realización de una conducta que provoca, directa o indirectamente, sentimientos de odio, violencia y de discriminación (...) porque la exigencia de la provocación directa o indirecta, a la que alude el Tribunal Constitucional como criterio para medir el daño y excluirlo de la libertad de expresión, no es una provocación a la acción, que sería típica del delito de proposición y provocación al genocidio (art. 615 CP), sino una provocación al odio, es decir, a un sentimiento.”

En un caso similar, se condenó por el art. 510 CP por la publicación de un poema que alentaba a disparar a inmigrantes: “Con independencia del calado potencial de la composición para generar por sí sola un clima de angustia, rechazo y enfrentamiento en la sociedad canaria dentro del contexto de los movimientos migratorios característicos de esta época, no cabe duda de las intenciones del autor de los versos de dirigirse a través de un medio de comunicación de gran difusión en la provincia a sus conciudadanos para hacerles partícipes de la necesidad de reaccionar ante dicha supuesta situación de emergencia, por lo que va más allá de la mera expresión de opiniones despectivas o

49 STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 106/2015 de 19 de febrero.

50 STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 656/2007 de 17 de julio.

51 Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 10ª) 892/2009 de 7 de octubre de 2009.

52 STS (Sala de lo penal, Sección 1ª) 259/2011 de 12 de abril.

humillantes respecto de un grupo social”⁵³.

Pese al principio de intervención mínima y *última ratio* del Derecho Penal, el legislador ha optado por penalizar expresiones o manifestaciones que puedan provocar discriminación, siendo así punible el discurso del odio. Por ello, en virtud del principio de legalidad y de la doctrina jurisprudencial (STC 235/2007 entre otras), resulta obligado legalmente penar dichas canciones de estos raperos en aplicación del art. 510.1 CP. Ciertamente es que tras las canciones de estos cantantes no se han producido actos violentos, pero tal y como afirma la jurisprudencia, la conducta típica del art. 510 no requiere un acto violento contra el grupo discriminado, pues la afrenta la constituye la difusión de expresiones que inciten al odio, a la discriminación o a la violencia respecto de quienes se menciona en el artículo. No cabe duda que los mensajes de las canciones *En su santo nombre y Cruzada* incitando al asesinato de todos los musulmanes entra dentro de este tipo penal por despreciar la vida de personas de un determinado colectivo generando odio hacia ellas, a modo de ejemplo: *no quedarán en estas tierras ni un solo musulmán. Nuestros puñales irán directos al corazón de tu Imán.*

La pena que le corresponde a los dos raperos en concepto de coautores, según el precepto penal aplicable (510.1 CP), será de entre 1 a 4 años de prisión y multa de 6-12 meses. Será aplicable la aplicación del delito continuado (art. 74.1 CP) por tratarse de hechos que se contemplan jurídicamente como una unidad, es decir, como un delito. La difusión pública es evidente por ser canciones colgadas en una red social y alcanzar más de un millón de visitas, por lo que resulta de aplicación la agravación del art. 510.3 imponiendo la pena del 510.1 en su mitad superior, es decir, pena de prisión de 2 años 6 meses y 1 día a 4 años y multa de 9 meses 1 día a 12 meses.

El art. 510.5 CP determina que “se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y diez años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia” y el art. 510.6 CP “el juez o tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito a que se refieren los apartados anteriores o por medio de los cuales se hubiera cometido. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación, se acordará la retirada de los contenidos. En los casos en los que, a través de un portal de acceso a internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a que se refiere el apartado anterior, se ordenará el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo.”

También corresponde imponer pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena (art. 56 CP) y responsabilidad personal subsidiaria para caso de impago (art. 53 CP).

53 Sentencia AP Santa Cruz de Tenerife (Sección 2ª) 107/2014 de 7 de marzo.

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

4.1 Las prerrogativas parlamentarias

Los parlamentarios gozan de unas prerrogativas parlamentarias que están compuestas por la inviolabilidad, la inmunidad y el fuero de los parlamentarios. En el caso español, quedan recogidas en el art. 71 CE⁵⁴.

El TC ha señalado en referencia a la inviolabilidad e inmunidad: “estas dos prerrogativas, aunque tienen distinto contenido y finalidad específica (...) encuentran su fundamento en el objetivo común de garantizar la libertad e independencia de la institución parlamentaria, y en tal sentido son complementarios”⁵⁵. Pero también remarcó sus diferencias: “La inviolabilidad es un privilegio de naturaleza sustantiva que garantiza la irresponsabilidad jurídica de los parlamentarios por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones, entendiendo por tales aquellas que realicen en actos parlamentarios y en el seno de cualquiera de las actuaciones de las Cortes Generales o, por excepción, en actos parlamentarios exteriores a la vida de las Cámaras, siendo finalidad específica del privilegio asegurar a través de la libertad de expresión de los parlamentarios, la libre formación de la voluntad del órgano legislativo al que pertenezcan. La inmunidad, en cambio, es una prerrogativa de naturaleza formal que protege la libertad personal de los representantes populares contra detenciones y procesos judiciales que puedan desembocar en privación de libertad, evitando que, por manipulaciones políticas, se impida asistir a las reuniones de las Cámaras y, a consecuencia de ello, se altere indebidamente su composición y funcionamiento”⁵⁶.

El art. 10 del Reglamento del Congreso de los Diputados establece: “Los Diputados gozarán de inviolabilidad, aun después de haber cesado en su mandato, por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones.” Por su parte, el Reglamento del Senado en su art. 21 lo precisa aún más: “Los Senadores gozarán, aun después de haber cesado en su mandato, de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en actos parlamentarios y por los votos emitidos en el ejercicio de su cargo.”

Una parte minoritaria de la doctrina opina que como opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones protegidas por la inviolabilidad, se encuentran no solo las del ámbito estricto de las Cámaras, sino también aquellas realizadas fuera de las Cámaras debido al papel intermediario entre el Parlamento y los partidos políticos ejercido por los grupos parlamentarios. Según José Manuel Gómez Benítez, el acto parlamentario comprende todo acto vinculado al ejercicio de la función como representante de una determinada corriente de opinión que tenga relación con el mandato legislativo o con la actuación constitucional de los parlamentarios, dentro o fuera de la Cámara, reglamentariamente contemplado el acto o no. Por el contrario, la mayoría de la doctrina atendiendo a la STC 51/1985 opina que existen delimitaciones a la inviolabilidad. Según estos, la inviolabilidad protege sustancialmente los actos realizados en sede parlamentaria, pero no todos los actos del parlamentario, es decir, cubre opiniones manifestadas en el ejercicio de los instrumentos previstos por los Reglamentos de las Cámaras para dar cauce al ejercicio de actos propios de los parlamentarios.

54 Art. 71 CE: *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. 4. Los Diputados y Senadores percibirán una asignación que será fijada por las respectivas Cámaras.*

55 STC 243/1988, de 19 de diciembre.

56 STC 9/1990, de 18 de enero.

Otra diferencia entre inviolabilidad e inmunidad es el ámbito temporal ya que la inviolabilidad es perpetua e intemporal, no tiene límites ni restricciones y la inmunidad se limita al período de su mandato. Esto se debe a que la inviolabilidad se caracteriza por producir la ausencia de delito en una actuación que podría tener tal carácter en caso de no existir aquella, ya sea por entenderse que no hay antijuricidad, o porque existe una causa de exclusión de la pena o por una exención de responsabilidad. Lo unánimemente admitido es que en el ámbito de la inviolabilidad no hay delito. Esto no significa que no existan mecanismos correctores respecto de actuaciones que se consideren incorrectas, ya que la potestad disciplinaria no se encuentra en este caso en el poder judicial sino en el ámbito de las atribuciones de la Presidencia de la Cámara (art. 72.3 CE). En adición, la inviolabilidad no puede ser protegida por mecanismos de carácter formal, como el suplicatorio, debido a su naturaleza material por lo que no se puede proceder con los arts. 13 y 14 del Reglamento del Congreso para su protección⁵⁷.

4.2 Jurisprudencia relativa al caso

El TEDH en una sentencia exige una especial responsabilidad a los políticos frente a las expresiones discriminatorias, sobre todo en discursos electorales. A pesar de que gocen un elevado nivel de protección, por esta misma razón, no se han de permitir expresiones discriminatorias debido al mayor impacto que puedan tener en la difusión del racismo y xenofobia. En todo caso, la calidad de parlamentario no sólo no puede constituir una atenuante, sino que el TEDH recuerda la importancia de que los políticos moderen en sus discursos públicos sus palabras para no fomentar la intolerancia⁵⁸.

El TC en un caso de un representante de Herri Batasuna que llamó torturador al Presidente del Gobierno dictó sentencia⁵⁹ en la cual afirmaba que si bien la crítica política admite márgenes muy amplios, no supone que las personas objeto de las críticas no sean titulares del derecho al honor (por lo que acabó denegando el amparo). El TC no hizo referencia expresa a la jurisprudencia del TEDH, la cual considera que dichas críticas han de sujetarse a límites severos y que hay que recurrir a la vía penal como última *ratio*, en defecto de otras medidas menos gravosas⁶⁰.

El TC viene a afirmar la irresponsabilidad jurídica de las declaraciones de los parlamentarios realizadas en el ejercicio de sus funciones: “Como señala la doctrina, las opiniones parlamentarias, expresadas tanto por escrito como de palabra gozan de una protección de plena inviolabilidad, cualquiera que sea su contenido y proyección, cuando surgen en el seno del debate parlamentario. El único contrapeso posible radica en la potestad de la Presidencia de la Cámara, para dirigir los debates y mantener la disciplina parlamentaria. Los diputados pueden, conforme al artículo 103 del reglamento del congreso, ser llamados al orden cuando profieran palabras o viertan conceptos ofensivos al decoro de la cámara o a sus miembros, de las instituciones del estado o de cualquier otra persona o entidad y cuando con interrupciones o de cualquier otra forma, alteraren el orden de las sesiones. El diputado llamado al orden de forma sucesiva puede ser privado de la palabra e incluso ser expulsado de la sesión por la Presidencia que puede requerir, además que se retiren las ofensas proferidas y ordenar que no consten en el diario de sesiones (artículo 104)”⁶¹.

Sobre la delimitación espacial de las actividades propias de los parlamentarios amparadas por la inviolabilidad, la STC 9/1990 dice que la inviolabilidad “garantiza la irresponsabilidad jurídica de

57 ALBA NAVARRO, M.: *Prerrogativas parlamentarias y jurisprudencia constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, pp. 5-14.

58 STEDH *Erbakan c. Turquía*, 6 de julio de 2006.

59 STC 190/1992, de 16 de noviembre.

60 CATALÁ I BAS, A. H.: *Libertad de expresión e información*, Revista General de Derecho, Valencia, 2001, pp. 234-239.

61 Auto TS (Sala de lo Penal) de 29 de abril de 2003.

los parlamentarios por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones, entendiéndose por tales aquellas que realicen en actos parlamentarios y en el seno de cualquiera de las actuaciones de las Cortes Generales o, por excepción, en actos parlamentarios exteriores a la vida de las Cámaras siendo finalidad específica del privilegio asegurar a través de la libertad de expresión de los parlamentarios, la libre formación de la voluntad del órgano legislativo al que pertenezcan” y el TS, con un criterio más amplio “la función parlamentaria es inseparable de la condición de Senador y no queda reducida a la utilización de la palabra en la tribuna de oradores o desde el escaño que ocupa en el hemiciclo. La inviolabilidad se extiende también a las manifestaciones vertidas en los pasillos o dependencias de la Cámara Legislativa y no desaparece bruscamente por el hecho de traspasar el umbral del recinto parlamentario. La representación popular de la que está investido el parlamentario tiene carácter ambulatorio y acompaña a estos donde quiera que se encuentren y ejerzan sus funciones representativas sin cortes ni intermitencias temporales”⁶².

El TS eleva a derecho absoluto la inviolabilidad al absolver a un parlamentario acusado de enaltecimiento del terrorismo: “el diputado, nacional o autonómico, o senador, tienen la certeza de que sus intervenciones no van a ser juzgadas y esa irresponsabilidad, entendida como no sujeción a responsabilidad exigible externamente, asegura la libertad de expresión, reforzada por el privilegio de un plus de tolerancia justificado. Las desviaciones antijurídicas por las opiniones vertidas no pueden ser contrapesadas ni administradas por alguien desde el exterior de las Cámaras, debiendo quedar sujetas exclusivamente a la disciplina de los Reglamentos que las rigen.”⁶³

El TSJ de La Rioja ha declarado que entran dentro de la inviolabilidad (en el sentido amplio de ésta) las declaraciones en rueda de prensa de un diputado al ser también un acto parlamentario⁶⁴.

Precisando más, el TSJ de Extremadura ratifica la opinión doctrinal mayoritaria: “La inviolabilidad no ampara cualesquiera actuaciones de los parlamentarios, sino únicamente alcanza a sus declaraciones de juicio o voluntad, es decir, a sus opiniones (...) que dicha inviolabilidad se extenderá no sólo a los delitos de opinión sino también a aquellos otros directamente relacionados con los primeros en razón a su carácter instrumental, en suma, a las falsedades y muy especialmente a la revelación de secretos.”⁶⁵

Por último, la inviolabilidad parlamentaria también llega a las declaraciones hechas en campañas electorales: “las manifestaciones del querellado que han dado lugar a la interposición de la presente querrela tuvieron lugar en relación con los incidentes ocurridos en las últimas elecciones autonómicas en la Comunidad de Madrid, pueden ser producto lógico del apasionamiento y efectuadas con el único objeto de enervar las estrategias del contrario con el fin de neutralizar al adversario político. Tal derecho a la libertad de manifestar la propia opinión tiene su mayor alcance precisamente en el ámbito de la vida política.”⁶⁶

4.3 Solución al caso. En atención a todo lo dispuesto, el caso concreto que nos atañe de Theo y Alexis hay que destacar:

- Respecto a las declaraciones acusando a Susana Sánchez de “estar en connivencia con los que quieren destruir España” y que “los atentados islámicos están fomentados por el Partido Socialdemócrata”, cabe destacar que se trata de declaraciones en un contexto de campaña electoral y dirigidas a otros políticos de relevancia, es decir, personajes de relevancia

62 Auto TS (Sala Segunda) de 6 de abril de 1995.

63 STS (Sala de lo Penal) 1533/2004 de 21 de diciembre.

64 Auto TSJ La Rioja (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) 1/2006 de 10 de enero.

65 Auto TSJ Extremadura (Sala de lo Civil y Penal) 15/2002 de 11 de diciembre.

66 Auto TS (Sala de lo Penal) de 2 de octubre de 2003.

pública. En este sentido, la jurisdicción ordinaria viene desestimando posibles delitos de injurias y calumnias cuando se dan esas características: “Del conjunto de sentencias del Tribunal Supremo, ya como doctrina jurisprudencial consolidada, se deduce que cuando el sujeto pasivo -persona presuntamente atacada- tiene una proyección pública -política, social o económica- su protección al derecho al honor disminuye, su derecho a la intimidad se diluye y su derecho a la imagen se excluye”⁶⁷. Por tanto, aún sin inviolabilidad parlamentaria esas declaraciones no serían delictivas.

- En cuanto a otras manifestaciones, tal y como se dice en la pregunta 3 podrían ser constitutivas del delito del art. 510.1 CP: “este país necesita reaccionar frente a la nueva invasión musulmana”, “la Historia absolverá a Franco (...) es tiempo de una cruzada cristiana frente a todos sus enemigos”, “quien no esté a favor de la regeneración cristiana se arriesga a que el pueblo lo lleve a la horca”, y las manifestaciones referidas a que los españoles quieren a los extranjeros “o fuera de nuestra tierra o debajo de ella”. Todas estas afirmaciones entrarían dentro del tipo penal mencionado, ya que son manifestaciones que incitan al odio, discriminación y violencia de extranjeros y, en concreto, de musulmanes.
- En último lugar, las manifestaciones: “anunciarles que pronto verán el Parlamento arder”, “sólo hablaremos en el campo de batalla”, “vais a salir todos de aquí con los pies de delante y le vamos a prender fuego a este edificio” y “¡que todos los que nos apoyan salgan a la calle y tomen lo que es suyo!” podrían ser constitutivas de inducir o promover una rebelión (art. 472 CP) en caso de producirse ésta tras las declaraciones de Theo y Alexis o delito de inducción y promoción de sedición (art. 545.1 CP) en caso de que los actos violentos contra el orden público establecido no lleguen a la gravedad de rebelión.

Sin embargo, todos estos posibles delitos no resultarán imputables a Theo y Alexis por su condición de diputado y gozar de la inviolabilidad parlamentaria:

En primer lugar, se cumple el lugar y tiempo, ya que todas sus declaraciones se producen en un contexto de disputa política al ser realizadas en sede parlamentaria (STC 9/1990 de 18 de enero), en ruedas de prensa (Auto TSJ La Rioja, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 1/2006 de 10 de enero), en pasillos del Congreso de los Diputados (Auto TS, Sala Segunda, de 6 de abril de 1995) o en campaña electoral (Auto TS, Sala de lo Penal, de 2 de octubre de 2003), todas estas situaciones cubiertas por la prerrogativa parlamentaria.

En segundo lugar, en cuanto al contenido de las declaraciones: la inviolabilidad parlamentaria protege las declaraciones de juicio o voluntad, es decir, las opiniones de los parlamentarios y que se extenderá su protección no solo a delitos de opinión sino también a aquellos otros directamente relacionados con los primeros en razón a su carácter instrumental (Auto TSJ Extremadura, Sala de lo Civil y Penal, 15/2002 de 11 de diciembre). Por tanto, depende de que sean consideradas opiniones las declaraciones para que las proteja la inviolabilidad parlamentaria.

Las declaraciones referidas a Susana Sánchez y al Partido Socialdemócrata no cabe duda de que están amparadas por la prerrogativa ya que son múltiples las sentencias en las que reconocen que se trata de un derecho absoluto que cubre la posible comisión de delitos de injurias y calumnias. Las declaraciones que podrían ser consideradas como delito de odio, también representan una opinión política (existente en muchos países y residual en su mayoría, afortunadamente), que por esa función de representación, están legitimados los diputados para defender esas ideas cuyos ciudadanos que les votan piensan que son las mejores para el país. Las declaraciones que podrían suponer delito de rebelión o secesión, también no dejan de ser opiniones políticas amparadas por la

⁶⁷ Auto AP Cádiz (Sección 7ª) 96/2003, de 4 de julio.

inviolabilidad parlamentaria, ya que suponen la manifestación de una opinión que considera que la acción violenta es la vía para empezar a solucionar los problemas del sistema vigente como así mismo opinan otras tendencias políticas como anarquistas, marxistas leninistas o, en este caso, estos diputados con su integrismo. Distinto es el caso del partido político, que si su ideario es defender la lucha armada o violencia sí podría ser ilegalizado, pero sus parlamentarios al estar amparados por la inviolabilidad no se les podría imputar delitos por sus opiniones manifestadas, por muy desafortunadas o violentas que se considere (como así aconteció en un caso con posibles delitos de enaltecimiento de terrorismo, desestimándose por la garantía de la inviolabilidad), y así lo prueba el carácter absoluto de la inviolabilidad parlamentaria cuando se trata de opiniones políticas.

BLOQUE III: RESPONSABILIDADES PENALES

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

5.1 Al producirse una reyerta que acabó con 40 heridos, podría imputársele un delito de **lesiones** por las personas a las que haya herido. El bien jurídico protegido por los delitos de lesiones es la salud de las personas, en sus vertientes física y psíquica. Este bien jurídico tiene un reconocimiento constitucional en el derecho fundamental a la integridad física y moral recogido en el art. 15 CE.

El TS define la lesión como todo “daño en la sustancia corporal, perturbación en las funciones del cuerpo o modificación de la forma de alguna parte del cuerpo. También cuando se producen malestares físicos, como el terror o el asco, quedando afectado el sistema nervioso central; cuando se somete a otro a fuertes ruidos o se le aterroriza con un arma”⁶⁸. Los delitos de lesiones son delitos de resultado y el sujeto pasivo y objeto material es todo ser humano con vida independiente.

Por ello, en virtud de la gravedad de las lesiones, que se hubiesen producido en este caso, existen distintos tipos penales: el tipo básico (art. 147.1 CP), tipos atenuados (art. 147.2 y 147.3 CP), tipos agravados (arts. 148-150 CP), los actos preparatorios (art. 151 CP) y tipo imprudente (art. 152 CP)⁶⁹. Nada se nos dice sobre la gravedad de las lesiones de los heridos ni de la forma de comisión de los posibles agresores, así que no se puede precisar cual de los tipos penales podría ser aplicado.

No obstante, Alexis no podrá ser condenado por ningún delito de lesiones si se concluye lo que establece el enunciado: “sin que sea posible determinar si Alexis, quien resultó también herido, lesionó a alguna de las personas allí presentes”. Esta imposibilidad de probar que Alexis lesionase a alguien, hace que opere el principio de presunción de inocencia que rige el Derecho Penal. Este principio se encuentra recogido en el art. 24.2 CE y el TC resumió su contenido en una sentencia⁷⁰: “es un límite a la potestad legislativa y es un criterio interpretativo de la norma penal, de modo que, en igualdad de condiciones, ha de preferirse la interpretación más favorable al reo.” Por último, es

⁶⁸ STS 785/1998 de 9 de junio.

⁶⁹ **Artículo 147.** 1. *El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.* 2. *El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no incluida en el apartado anterior, será castigado con la pena de multa de uno a tres meses.* 3. *El que golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, será castigado con la pena de multa de uno a dos meses.* **Artículo 148.** *Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido: 1.º Si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado. 2.º Si hubiere mediado ensañamiento o alevosía.* **Artículo 149.** 1. *El que causara a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años.* 2. *El que causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años.* **Artículo 150.** *El que causare a otro la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años.* **Artículo 151.** *La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los artículos precedentes de este Título, será castigada con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente.* **Artículo 152.** 1. *El que por imprudencia grave causare alguna de las lesiones previstas en los artículos anteriores será castigado, en atención al riesgo creado y el resultado producido: 1.º Con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a dieciocho meses, si se tratare de las lesiones del apartado 1 del artículo 147. 2.º Con la pena de prisión de uno a tres años, si se tratare de las lesiones del artículo 149. 3.º Con la pena de prisión de seis meses a dos años, si se tratare de las lesiones del artículo 150.*

⁷⁰ STC 109/1986 de 24 de septiembre.

un derecho subjetivo que posee una eficacia doble: en las situaciones extraprocesales, supone el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o partícipe; en el campo procesal, determina la presunción de que el sujeto es inocente, con lo cual la condena debe fundarse en pruebas de cargo y las dudas en el enjuiciamiento deben resolverse a favor del reo (“in dubio pro reo”). En definitiva, al no existir pruebas de cargo contra Alexis que determinen que lesionó a alguna de las personas en esa mezquita, no puede ser condenado por un delito de lesiones prevaleciendo su presunción de inocencia.

5.2 Otro posible delito de estos hechos sería la **riña tumultuaria**, penada en el art. 154 CP⁷¹. Según el TS, es un delito de peligro y de mera actividad y la agresión debe ser bilateral, es decir, no se aprecia este delito si es sólo un grupo el que acomete. Por consiguiente, no se castiga el mero hecho de pelearse en grupo, sino que se requieren 3 elementos: participación en la riña, acometimiento recíproco y utilizar medios que creen grave peligro para la integridad física o la vida⁷². Por eso, es posible que sólo sea autor de este delito alguno de los participantes en la riña, y no todos. La jurisprudencia y la doctrina consideran que la riña es tumultuaria cuando es confusa, esto es, cuando se crea una situación en la que una pluralidad de personas se acometen mutuamente, de modo indiscriminado, y crean con ello una situación de confusión en que todos pueden ser víctimas de todos y cada uno puede ser agresor de todos los demás⁷³.

El primer elemento parece que se cumple al afirmar el enunciado que se produjo una reyerta, es de entender que hubo una riña y que Alexis, que estaba presente y que también irrumpió en la mezquita, participaría en la riña. En cuanto al segundo elemento, se afirma que se produjo una reyerta y ello significa que hubo una pelea o batalla, lo que supone actos violentos por ambas partes y por ello se cumpliría el requisito de acometimiento mutuo. Por último, nada se afirma sobre la existencia de medios o instrumentos que creen grave peligro para la integridad física o la vida, puesto que el único objeto que se menciona son las garrafas, que fueron utilizadas para rociar con la sangre de cerdo a los creyentes, aunque bien es cierto que podrían usarse para agredir físicamente con ellas, no se dice nada si fueron usadas para golpear y, además, se puede considerar que no son un instrumento que creen un grave peligro para la integridad física o vida de otras personas al ser un material plástico como, en cambio, sí serían peligrosas navajas, cuchillos, palos, piedras, hachas, etc.

En conclusión, no queda acreditado que ni Alexis ni otras personas usasen dichos medios o instrumentos peligrosos para la integridad física o la vida. Además, no parece que se pueda haber producido la confusión de contendientes durante la riña para así tratarse de una riña tumultuaria, debido a las grandes diferencias que se pueden establecer con rasgos generales (pudiendo haber excepciones), puesto que las vestimentas y el color de la tez mayoritarias de cada grupo y radicalmente distintas entre los grupos hace que parezca difícil que no se pudiesen distinguir entre ellos durante la reyerta. No obstante, parte de la jurisprudencia ha interpretado y concretado la confusión de la riña tumultuaria como la imposibilidad de individualizar las acciones concretas de cada interviniente⁷⁴, pero seguiría sin cumplirse el requisito de utilización de medios peligrosos por lo que aún así procedería la absolución de este delito.

71 **Art. 154 CP:** *Quienes riñeren entre sí, acometiéndose tumultuariamente, y utilizando medios o instrumentos que pongan en peligro la vida o integridad de las personas, serán castigados por su participación en la riña con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses.*

72 STS (Sala de lo Penal) 513/2005, de 22 de abril.

73 ROMEO CASABONA, C. M., SOLA RECHE, E. y BOLDIVA PASAMAR, M. A.: *Derecho Penal, parte especial*, Editorial Comares, Granada, 2016, pp. 94-96.

74 Sentencia AP Islas Baleares (Sección 1ª) 31/2000 de 28 de febrero.

5.3 Finalmente, la entrada en la mezquita y rociar con sangre de cerdo a los fieles allí congregados pueden suponer delitos castigados en el Capítulo IV contra la libertad de conciencia, **los sentimientos religiosos** y el respeto a los difuntos del título XXI del CP (que castiga delitos contra la Constitución). En concreto, pueden ser de aplicación los arts. 523 y 524 CP⁷⁵.

La jurisdicción ordinaria ha establecido respecto a estos artículos que “tanto la Doctrina como la Jurisprudencia tienden a coincidir en la idea de que tales tipos penales, aunque más marcadamente el tipo específico de la profanación, han de ir presididos por un elemento objetivo del injusto, un ánimo tendencial específico que ha de presidir la acción tendente en el supuesto del art. 523 a importunar o perturbar una concreta manifestación religiosa, y en el del 524 a actuar en ofensa de la religión que se reputa profanada. Quedan por tanto extramuros de estos tipos penales específicos, aunque puedan ser constitutivos de otras infracciones criminales, aquellas acciones que no vayan presididas por una voluntad de imponer de forma antijurídica una limitación a una concreta manifestación religiosa o a faltar de forma evidente, grotesca, al respeto al que son acreedoras todas las creencias religiosas” y respecto a una de las manifestaciones esenciales de la libertad religiosa “es la determinación de lugares de culto como expresión propia de la libertad religiosa; frente la consideración de la libertad religiosa desde una dimensión positiva, el libre ejercicio de la opción por aceptar y profesar una religión, se encuentra el respeto de las demás religiones y por ende de sus lugares de culto, como dimensión negativa.”⁷⁶

En este caso, tenemos que la irrupción en el templo de un numeroso grupo de hombres, entre ellos Alexis, supone la interrupción y perturbación de actos, ceremonias y manifestaciones, como es el rezo del Magrib, de una confesión religiosa, como es el Islam, inscrita como es notorio en el registro público del Ministerio de Justicia e Interior. La interrupción se produjo por la vía de hecho y tumulto durante bastante tiempo al producirse después una reyerta como consecuencia de la entrada de tanta cantidad de personas al mismo tiempo y provistos de garrafas con sangre de cerdo rociándolas contra los fieles. Es claro que la actuación de este grupo de afiliados de *Acción inmediata* tenía un ánimo de ofender a los sentimientos religiosos de los musulmanes, al interrumpir sus ceremonias religiosas y, además, rociarles con sangre de cerdo, animal que tienen prohibido comer tanto al propio cerdo como sus derivados y beber su sangre (Corán 2:173), supone un claro atentado a su derecho a la libertad religiosa incumpliendo los afiliados de *Acción inmediata* la dimensión negativa del derecho a la libertad religiosa de respetar a las demás religiones. Por todo lo dicho, los afiliados de *Acción inmediata* que irrumpieron en la mezquita, entre ellos Alexis, cometieron un delito tipificado en el art. 523 CP doloso y en grado de coautoría y, por haber sido en lugar destinado al culto, se aplicará la pena de 6 meses a 6 años de prisión.

Respecto al art. 524 CP, sus requisitos son: “a) Debe ejecutarse un acto de profanación, b) dicho acto debe ser ejecutado en templo o lugar destinado a culto o en ceremonias religiosas, y c) dicho acto debe llevarse a cabo con intención de ofender y debe además ofender los sentimientos religiosos.”⁷⁷ No cabe duda sobre el segundo requisito que se cumple, al haberse producido en una mezquita, lugar de culto de la religión musulmana. El ánimo de ofender, como se ha dicho, es claro por rociarles a los fieles algo que tienen prohibido consumir por su libro sagrado, el Corán. El

⁷⁵ **Artículo 523.** *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. Artículo 524.* *El que en templo, lugar destinado al culto o en ceremonias religiosas ejecutare actos de profanación en ofensa de los sentimientos religiosos legalmente tutelados será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses.*

⁷⁶ Auto Juzgado Instrucción número 4 Córdoba de 15 de setiembre de 2010

⁷⁷ Sentencia AP Madrid (Sección 16ª) de 16 de diciembre de 2016.(JUR 2016/270986)

primer requisito sería el más discutible. La citada sentencia de la AP Madrid rechazó que se hubiera cometido este delito cuando unas jóvenes se desnudaron y besaron en una iglesia ya que no era lo suficientemente grave para entender que se cumpliera la profanación: “al acto nuclear que se califica como profanación tenía un claro componente ofensivo mucho más intenso, que no se aprecia en el que nos ocupa, y además con desarrollo de actos físicos sobre objetos inequívocamente susceptibles de esa profanación” detallando que sería punible bajo este precepto “situaciones o actos físicos de claro contenido profanador en la medida en que implican un trato directo vejatorio, físicamente violento, contra algún elemento básico de la liturgia católica o de las representaciones propias de esta religión.”

En nuestro caso, la profanación es muy grave y ofensiva y se da este trato directo vejatorio y físicamente violento, no contra un elemento o figura simbólica de la religión musulmana, sino directamente contra sus propios fieles, que es, si cabe, todavía más grave. Así, el rociarles sangre (que tienen prohibido tomar) de un animal (que también tienen prohibido tomar) contra los propios fieles es un acto que supone un enorme impacto en su derecho a la libertad religiosa, sobre todo en los propios fieles a los que se les rociaron y también a toda su comunidad religiosa. Existe un precedente similar de condena por este delito de un hombre que escupió a un sacerdote, a una imagen de la Virgen del Pilar y a fieles⁷⁸. Y en este caso no solo es que se arrojara cualquier tipo de líquido sobre fieles, sino un líquido que tienen prohibido consumir por su religión, por lo que la ofensa a los sentimientos religiosos aún es mucho mayor que en ese caso. Aunque la profanación se refiera más a símbolos u objetos sagrados, los fieles representan la aplicación de esa religión y por ello la simbolizan ellos mismos al llevarla a la práctica, por los que se les debe proteger más que a los meros objetos. Por todo ello cabe sentenciar a Alexis y a los demás afiliados de *Acción inmediata* como coautores de este delito doloso con pena de prisión de 6 meses a 1 año o multa de 12 a 24 meses.

Al ser Alexis responsable penalmente de los delitos de los arts. 523 y 524 CP, podrían operar las reglas del concurso del delito continuado (art. 74.1 CP) porque: existen una pluralidad de acciones (la interrupción del rito y rociar la sangre a los fieles), se ejecutan con idéntica ocasión e infringen preceptos de semejante naturaleza atendiendo al bien jurídico protegido (libertad religiosa). Alexis será entonces castigado como autor de un delito continuado con la pena señalada para la infracción más grave (la del art. 523 CP), que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado. La pena de prisión podrá ser de 3 años 3 meses y 1 día de prisión a 6 años o, si se aplicase la mitad inferior de la superior en grado, de 6 años y 1 día a 7 años y 6 meses de prisión. Un aporte más es que la pena debería ser de entre las expuestas, probablemente de las más bajas posibles ya que una comisión más grave del delito del art. 523 sería la violencia o la amenaza, y no el supuesto de hecho o tumulto como ocurre en el presente caso.

No opera la exclusión del art. 74.3 del delito continuado ya que no se trata de una ofensa eminentemente personal porque como establecieron los tribunales: “lo que se protege no es el sentimiento religioso personal sino el ejercicio de la libertad religiosa que se ve perjudicada cuando se utiliza violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho para impedir sus manifestaciones. Se protege pues la dimensión comunitaria del derecho a la libertad religiosa.”⁷⁹

No concurre el concurso aparente ya que, si bien es cierto que los delitos son similares y pudiesen los hechos castigarse solo en torno a uno de ellos, con cada precepto penal se castiga distintos hechos: el art. 523 CP castiga la interrupción grave del rito religioso y el 524 CP las ofensas al sentimiento religioso. Ni opera el concurso medial ya que la interrupción como medio para luego lograr ofender los sentimientos religiosos no es un medio necesario para cometer estos últimos,

78 Sentencia AP Zaragoza (Sección 3ª) 191/2014 de 6 de noviembre.

79 Sentencia AP Islas Baleares (Sección 2ª) 102/2016, de 13 de octubre.

pudiendo ser ofendidos después del rezo del Magrib.

También corresponde imponer pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena (art. 56 CP) y responsabilidad personal subsidiaria para caso de impago (art. 53 CP).

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

6.1 La mera **tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones y explosivos** se encuentra penado en los arts. 563-570 CP que protegen la seguridad colectiva. Para determinar si una antorcha entra dentro de los objetos penados, hay que tener en cuenta el Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas y el Real Decreto 230/1998, de 16 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Explosivos. En ambos Reglamentos se regula el uso de armas de fuego o explosivos principalmente, pero las antorchas no son objeto de restricciones para la ciudadanía al no pertenecer a esos tipos de objetos y ser su función alumbrar, por lo que su mera tenencia no es delictiva y prueba de ello es su escaso riesgo para la seguridad ciudadana, su habitual uso en actividades en el campo o su facilidad para la fabricación casera.

6.2 El lanzamiento de una antorcha apagada a la cara del Jefe del Estado constituye un delito de **lesiones**. Dicha teoría sobre este delito ya se encuentra recogida en la pregunta 5, únicamente recordar que se encuentra penado por los arts. 147-151 CP delitos de lesiones que podrían entrar dentro de este caso. Se descarta el art. 152 CP porque no existe imprudencia grave ya que Vigaray lanzó la antorcha con la intención de causar daños en la integridad física de la víctima.

La diferencia con el anterior caso, es que no estaba determinado que Alexis cometiese algún delito de lesiones determinado, mientras que en este caso de Vigaray, es claro que fue el propio Vigaray el que lanzó la antorcha y, con ello, es el responsable de un delito de lesiones. Respecto al tipo de delito de lesiones, no se informa sobre la gravedad de la lesión si requirió objetivamente asistencia facultativa, ni la pérdida o inutilidad de algún órgano, etc. Por tanto, quedando solo corroborado que hubo el lanzamiento de la antorcha por parte de Vigaray y que ella impactó en la cara del Jefe del Estado, existirá, cuanto menos, un delito de lesiones del art. 147.2 si se produjo una lesión que no necesitó de asistencia facultativa o del art. 147.3 CP si no le causó lesión. Para estos dos preceptos exige el art. 147.4 CP la denuncia de la persona agravada, es decir, del Jefe del Estado. Lo más probable es que se tratase de un delito del art. 147.2 o del 147.1 CP ya que al lanzarle la antorcha desde cerca y con fuerza a la cara (una parte del cuerpo susceptible de sufrir daños graves) no sería de extrañar que le produjese un moratón o herida al menos.

No obstante, la víctima es el Jefe del Estado, actualmente el Rey, que goza de una especial protección en Derecho Penal regulada en los arts. 485-491 CP sobre delitos contra la corona. En concreto, las lesiones al Rey se encuentran penadas en el art. 486 CP⁸⁰. Estos hechos entrarían dentro del art. 486.2 CP ya que aparentemente no se corresponden a delitos de lesiones de los arts. 149-150 CP, por lo que le correspondería una pena de prisión de 4 a 8 años como autor del delito.

6.3 La frase “¡La próxima vez encendida!” de Vigaray tras arrojar la antorcha contra el Jefe del Estado puede constituir un delito de **amenazas**. Este delito se encuentra recogido en los arts. 169-171 CP. Por amenaza se entiende el anuncio de causar a otro o a su familia u a otras personas vinculadas a él un mal en su persona, honor o propiedad.

La jurisprudencia estableció que las características de este delito son: “1) El bien jurídico protegido es la libertad y el derecho que todos tienen al sosiego y a la tranquilidad 2) El delito de amenazas es

⁸⁰ **Art. 486 CP:** 1. *El que causare al Rey, a la Reina o a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, a la Reina consorte o al consorte de la Reina, al Regente o a algún miembro de la Regencia, o al Príncipe o a la Princesa de Asturias, lesiones de las previstas en el artículo 149, será castigado con la pena de prisión de quince a veinte años. Si se tratara de alguna de las lesiones previstas en el artículo 150, se castigará con la pena de prisión de ocho a quince años.* 2. *El que les causare cualquier otra lesión, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años.*

un delito de simple actividad, de expresión o de peligro. 3) El anuncio del mal tendrá que ser serio, real y perseverante. 4) El mal que se anuncia habrá de ser futuro, injusto, determinado, posible, dependiente de la voluntad del sujeto activo y originador de una natural intimidación. 5) Se trata de un delito enteramente circunstancial, en relación al cual deben valorarse la ocasión en que se profieren las palabras amenazadoras, las personas intervinientes, los actos anteriores, simultáneos y posteriores. 6) Debe concurrir un dolo consistente en el propósito de ejercer presión sobre la víctima, atemorizándola y privándola de su tranquilidad y sosiego.”⁸¹ El delito se consuma cuando llegan las amenazas al conocimiento del amenazado, como en este caso que la amenaza se la dice directamente al amenazado. La diferencia con el delito de coacciones radica en que las amenazas suponen un aplazamiento en el mal augurado y en las coacciones el mal es inminente.

En este caso estamos ante un delito de amenazas incondicionales del art. 169.2 CP⁸² porque Vigaray amenazó al Jefe del Estado con lanzarle una antorcha encendida lo que supone una amenaza de causarle un mal constitutivo de un delito de homicidio o lesiones al poder provocar graves quemaduras. No es condicional ya que no le impuso ninguna condición para no provocarle el mal. Como en el caso del delito de lesiones, hay que prestar atención a la condición de la víctima, que al ser el Jefe del Estado se encuentra especialmente protegido en el CP y, específicamente, sobre las amenazas que reciba en el art. 490.2 CP⁸³.

El delito de amenazas existe porque se cumplen las condiciones de la jurisprudencia para este delito. Amenazar con lanzar una antorcha encendida tras haberle lanzado una apagada es un anuncio del mal serio, real, futuro, injusto, determinado y posible. El hecho de que ya haya conseguido arrojarle una antorcha apagada significa que también podría haber llegado a lanzársela encendida y que otro día, por tanto, podría volver a conseguirlo al saltarse de nuevo los controles policiales.

En cuanto a la gravedad de la amenaza, se trata de una amenaza grave atendiendo a la gravedad del mal anunciado, la seriedad y credibilidad del anuncio al ser una persona radicalmente en contra del Jefe del Estado como lo prueba el hecho de ya haberle lanzado una antorcha apagada y la intención del amenazador de causarle el mal. La amenaza se produce en una situación después de provocarle una lesión, por lo que la víctima seguramente sufriese una gran preocupación y miedo al darse cuenta de su vulnerabilidad frente al agresor, a pesar de las medidas de seguridad que disponía, lo cual hace hincapié en la capacidad del agresor en poder producirle el mal anunciado. La pena al ser delito de amenazas graves al Rey sería de 3 a 6 años de prisión.

Este delito de amenazas no es absorbida por el delito de lesiones anterior, puesto que para ser absorbida por ese delito precisamente la amenaza tendría que haber sido anterior y no posterior. Además, el mal con el que se amenaza después es bastante distinto al mal que le produjo, ya que la lesión que le produce es con una antorcha apagada y la amenaza del mal consiste en que la próxima vez sería con la antorcha encendida, lo cual la hace mucho más peligrosa para la integridad física

81 STS (Sala de lo Penal) 110/2000 de 12 de junio

82 **Art. 169 CP:** *El que amenazare 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: 1.º Con la pena de prisión de uno a cinco años, si se hubiere hecho la amenaza exigiendo una cantidad o imponiendo cualquier otra condición, aunque no sea ilícita, y el culpable hubiere conseguido su propósito. De no conseguirlo, se impondrá la pena de prisión de seis meses a tres años. Las penas señaladas en el párrafo anterior se impondrán en su mitad superior si las amenazas se hicieren por escrito, por teléfono o por cualquier medio de comunicación o de reproducción, o en nombre de entidades o grupos reales o supuestos. 2.º Con la pena de prisión de seis meses a dos años, cuando la amenaza no haya sido condicional.*

83 **Art. 490.2 CP:** *Con la pena de prisión de tres a seis años será castigado el que amenazare gravemente a cualquiera de las personas mencionadas en el apartado anterior; y con la pena de prisión de uno a tres años si la amenaza fuera leve.*

del amenazado e, incluso, para su vida. Al no haber inmediatez entre amenaza y conducta lesiva no se produce la absorción por el delito de lesiones.

6.4 El CP castiga en los arts. 513 y 514 las **reuniones o manifestaciones ilícitas**⁸⁴. El delito de reunión o manifestación ilícita supone una extralimitación en el ejercicio de los derechos fundamentales que son reconocidos en el artículo 21 de la CE⁸⁵.

No se trata del tipo del art. 513.1 CP puesto que la manifestación no tenía como objetivo realizar un delito concreto ya que fue convocada por unos diputados de un partido político y una organización juvenil vinculada a ese partido con el objetivo de protestar contra el sistema vigente establecido y, además, Vigaray no tenía la antorcha encendida como así querría lanzarla la próxima vez al Jefe del Estado por lo que no se puede apreciar que tuviese este delito planeado. Algunos autores consideran que el desvalor del delito de reunión ilícita debe quedar absorbido por el desvalor del delito principal al constituir aquel un acto preparatorio. Además, requeriría que al menos la mayoría de manifestantes conociesen que se iba a cometer el delito, y no que simplemente una persona se vaya a aprovechar de una manifestación para cometer un delito. Tampoco entraría dentro del art. 513.2 CP porque el único objeto que se acredita que había era una antorcha, y para que se aplicase este tipo penal debería haber armas, explosivos u objetos contundentes, mientras que una antorcha apagada no es un objeto tan peligroso como los que viene a penar el art. 513.2 CP, siendo similar a una bengala, objeto más habitual en manifestaciones.

Tampoco procede el art. 514.3 CP para agravar la pena del delito de lesiones y amenazas puesto que como estableció la jurisprudencia: “lo previsto en art. 514.3 CP se refiere que dado que el delito de desórdenes públicos, por su propia naturaleza, lleva implícito el elemento de actuación en grupo, de reunión o manifestación, por lo que nada justificaría atender doblemente la única circunstancia que justifica un agravamiento de la respuesta penal, lo que resultaría clara infracción de aplicación de “non bis in idem”.”⁸⁶ En este caso, se comete desobediencia grave a la autoridad (como se verá en en el siguiente apartado) en un contexto de actuación en grupo al estar en una manifestación.

6.5 El hecho de saltarse el cordón policial constituiría un delito de **desobediencia grave a la autoridad** del art. 556 CP.⁸⁷ Cabe resumir este delito con esta sentencia: “El delito de desobediencia es un delito especial propio de peligro abstracto o potencial que consiste en no dar cumplimiento, en omitir la ejecución de una decisión que tiene carácter jurídico vinculante hacia el que se dirige, o bien de una forma expresa o con una negativa abierta: la pasividad reiterada y continuada o la presentación de dificultades y trabas que en el fondo muestren una voluntad rebelde. En realidad, la desobediencia se configura, por tanto, como una oposición clara a un mandato, directo o deducible de la repetida no ejecución con el propósito deliberado y decidido de que la orden no se cumpla por lo que sólo cabe la comisión dolosa.”⁸⁸ En esta sentencia se condenara por saltarse el cordón policial y desoír el

84 **Artículo 513.** *Son punibles las reuniones o manifestaciones ilícitas, y tienen tal consideración: 1.º Las que se celebren con el fin de cometer algún delito. 2.º Aquéllas a las que concurran personas con armas, artefactos explosivos u objetos contundentes o de cualquier otro modo peligroso. Artículo 514.3.* *Las personas que, con ocasión de la celebración de una reunión o manifestación, realicen actos de violencia contra la autoridad, sus agentes, personas o propiedades públicas o privadas, serán castigadas con la pena que a su delito corresponda, en su mitad superior.*

85 Sentencia AP Zaragoza (Sección 3ª) 75/2003 de 17 de noviembre.

86 Sentencia Juzgado de lo Penal nº2 de Huelva 131/2008 de 14 de abril.

87 **Art. 556 CP:** *1. Serán castigados con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a dieciocho meses, los que, sin estar comprendidos en el artículo 550, resistieren o desobedecieren gravemente a la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, o al personal de seguridad privada, debidamente identificado, que desarrolle actividades de seguridad privada en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.*

88 Sentencia AP Barcelona (Sección 10ª) 25/2014 de 20 de diciembre.

mandato policial, es decir, un caso muy similar al enjuiciado aquí.

El cordón policial tenía como objetivo proteger tanto a un edificio de gran importancia como el Congreso de los Diputados como a una persona pública muy relevante para el Estado, hasta el punto de ser su máximo representante, el Jefe del Estado. Es por ello que el desobedecer la orden de la policía y saltarse el cordón policial es, en este caso y atendiendo a las circunstancias, una desobediencia grave penada en el art. 556 CP cometida como autor por parte de Vigaray.

Este delito tiene que absorber el posible delito de desórdenes públicos que se le podría imputar a Vigaray. Este delito, establecido en el art. 557 CP⁸⁹, si bien podría existir porque Vigaray al saltarse el cordón policial y lanzarle una antorcha a una persona, alteraría la paz pública provocando que el resto de manifestantes también actuasen con violencia contra la policía y, como así ocurrió, producir unos disturbios y cargas policiales que acabaron con un gran número de detenidos (120) y de heridos (300), dicha alteración de la paz pública no era la pretendida por Vigaray. Así pues, el objetivo personal de Vigaray era saltarse el cordón policial para agredir al Jefe del Estado, ya que este cordón policial es sobrepasado en el momento en el que avista al Jefe del Estado. Por ello lo que comete directamente Vigaray es desobedecer una orden de la autoridad policial y no alterar la paz pública, aunque indirectamente eso también lo consiga. En virtud del principio “non bis in idem” cabe aplicar sólo un delito y al ser un caso de concurso aparente (situación en la que un mismo hecho es, aparentemente, incluíble en varios preceptos penales aunque solo uno resulta aplicable), rige el principio de especialidad, que en este caso hace decantar que se aplique el delito de desobediencia a la autoridad (art. 556 CP) por ser el precepto que recoge de forma más específica y precisa el hecho cometido.

Al cometer el delito del art. 556 CP como medio para cometer el delito de lesiones del art. 486.2 CP, existiría el concurso medial regulado en los arts 77.1 y 77.3 CP⁹⁰. Es decir, no puede superar la pena de 9 años de prisión (8 de máximo del delito de lesiones y 1 del delito de desobediencia a la autoridad) y un mínimo de 4 años. Aparte de esto, también sería condenado como autor del delito de amenazas del art. 490.2 CP con pena de 3 a 6 años de prisión.

También correspondería imponer pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena (art. 56 CP), responsabilidad personal subsidiaria para caso de impago (art. 53 CP), las responsabilidades civiles para reparar los daños y perjuicios causados (arts. 109-113 CP) y posible imposición del pago de costas (arts. 123-124 CP).

89 **Art. 557 CP:** *1. 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.*

90 **Art. 77 CP:** *1. Lo dispuesto en los dos artículos anteriores no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro. 2. En el primer caso, se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado. 3. En el segundo, se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior.*

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

7.1 La libertad de información

La libertad de información se encuentra vinculada a la libertad de expresión. Cabe distinguir entre la libertad de expresión y la libertad de información a partir de aquello que se transmite: ideas o hechos. El TEDH en una sentencia establece que la libertad de expresión hace referencia a la transmisión de ideas o juicios de valor mientras que la libertad de información lo que transmiten son relatos de hechos: “se deben distinguir cuidadosamente entre hechos y juicios de valor”⁹¹.

El TEDH en esa misma sentencia sobre la condena de un periodista por difamación y la libertad de palabra y la relación de ésta con el autogobierno: “La libertad de expresión (...) representa uno de los fundamentos esenciales de la sociedad democrática (...). Estos principios tienen particular importancia en lo que se refiere a la prensa. Aunque ésta no debe sobrepasar los límites establecidos (...) es función suya difundir informaciones e ideas sobre los asuntos políticos y sobre las demás cuestiones de interés público. No sólo es todo ello tarea de la prensa, sino que el público tiene derecho a recibir tales informaciones e ideas (...). La libertad del debate político pertenece a la esencia del concepto de sociedad democrática que se refleja a lo largo y ancho del Convenio”.

STEDH al examinar la condena a un periodista cómplice de un delito de difusión de discurso racista o degradante, en que habría incurrido al entrevistar a un grupo de jóvenes de ideología extremista. El llamado “reportaje neutral” es defendido por el TEDH: “La transmisión de noticias basadas en entrevistas es uno de los más importantes medios a través de los cuales la prensa puede desempeñar su cometido de perro guardián público. Imponer una pena al periodista que se limite a difundir afirmaciones realizadas por otros en el contexto de una entrevista, haría difícil la contribución de la prensa al debate de los asuntos de general interés, por lo que la posibilidad de actuar así no debe ser considerada, a menos que concurran razones particularmente poderosas.”⁹²

7.2 Veracidad

El TEDH en la sentencia Lingens de 8 de julio de 1986 entiende que la libertad de información con su derecho a investigar conecta con el principio de veracidad que exige una diligente labor de investigación. Sin embargo, no se exige esto a la libertad de expresión ya que las opiniones no pueden ser sometidas a un juicio de veracidad, mientras que los hechos pueden ser objeto de investigación y verificabilidad. En este sentido se pronuncia también el TC⁹³.

En otra sentencia⁹⁴ el TEDH señala que entre los deberes y responsabilidades del periodista se encuentra la comprobación de los hechos que pretende comunicar. Esta comprobación comporta un juicio de razonabilidad por el cual se ha de concluir que los hechos son ciertos.

La jurisprudencia del TEDH sobre el principio de veracidad exige que lo relatado sea en esencia ciertos, pero no necesariamente una certeza absoluta. No se requiere la plena exactitud en el relato de los hechos sino que esencialmente coincida lo relatado con lo acaecido en la realidad⁹⁵. El TC ya se pronunciara en igual sentido al admitir errores circunstanciales⁹⁶. Además, no se amparan las distorsiones graves de la realidad que teniendo como base un hecho real creen en el público una

91 STEDH Lingens contra Austria, de 8 de julio de 1986.

92 STEDH *Jersild contra Dinamarca* de 23 de septiembre de 1994.

93 STC 107/1988 de 8 de junio (FJ 1)

94 STEDH Bladet Tromps contra Noruega de 20 de mayo de 1999.

95 STEDH Schwabe c. Austria de 28 de agosto de 1992.

96 STC 171/1990 de 12 de noviembre (FJ 8).

impresión contraria a lo realmente acaecido

Este principio exige que el asunto sea de interés público y despliega todos sus efectos cuando la libertad de información colisiona con el honor. En cambio, no se aplica cuando la colisión se produce con el derecho a la vida privada⁹⁷. El TC también lo interpretaría de esta manera al negar los efectos del principio de veracidad cuando entra en conflicto con el derecho a la intimidad⁹⁸. En definitiva, cuando existe conflicto entre los derechos constitucionales de la personalidad y el derecho a la libertad de información o expresión, es ésta última la que prevalece cuando “la información (se difunde) sobre hechos noticiosos o noticiables de interés público y la información sobre estos hechos sea veraz... (y no contenga) frases y expresiones ultrajantes u ofensivas”⁹⁹.

Las informaciones sobre financiación ilegal de Unión Demócrata Cristiana y del Partido Socialdemócrata son de interés público al tratarse de la materia sobre la que versan (financiación) y de personas jurídicas relevantes públicamente (partidos políticos). Así, se catalogó de interés público por parte del TC en una sentencia relativa a irregularidades de cargos públicos: “El interés público de las noticias difundidas, por otra parte, es patente en el caso de autos. No puede olvidarse que nos encontramos en el seno de una controversia política”¹⁰⁰.

Sobre la información de torturas por la policía a miembros de *Acción Inmediata* publicada por *Nuestra Fuerza* es evidente que se trata de un caso de interés público como el TEDH estableció en un caso similar relativo a la brutalidad policial destacando que la libertad para discutir sobre este tema es similar a la que existe para discutir en el ámbito político¹⁰¹. Además, en esta STEDH declara no ajustado al criterio de lo necesario en una sociedad democrática la condena por difamación de un periodista islandés, que publicó un par de artículos refiriéndose imprecisamente a los métodos brutales empleados por la policía de Reikiavik: “El demandante se limitó a reproducir lo que habían dicho otros sobre la brutalidad de la policía (...), por lo que no es razonable la exigencia, por parte de las autoridades nacionales, de que pruebe la veracidad de sus afirmaciones (...). Las circunstancias del caso confirma que el objetivo buscado por el demandante fue presionar al ministro de Justicia para que creara un órgano independiente e imparcial, encargado de investigar las alegaciones contra la policía (...). Se trata de un asunto de interés público (...), cuyo propósito y finalidad hacen que no pueda considerarse como excesivo el lenguaje empleado. Finalmente, el Tribunal no ha dejado de tener bien presente que la acusación y la condena pueden tener el efecto de obstruir la discusión abierta de los asuntos de interés público.”

En los asuntos de interés público puede haber personajes públicos (representantes políticos o policías por ejemplo) en cuyo caso los límites serán más amplios si el ataque se centra en la dimensión pública del personaje, es decir, con ocasión del ejercicio de su cargo o función. Aunque también establecen el TC y el TEDH distintos grados, teniendo que soportarlo más los representantes políticos que los funcionarios¹⁰².

Los arts. 10 CEDH y 20 CE no solo protegen el contenido sino también la forma del mensaje de ahí que pueden ser objeto de amparo expresiones exageradas o provocadoras¹⁰³. No son protegidas las críticas totalmente infundadas, carentes de cualquier base fáctica¹⁰⁴. Lo que se consagra en la CE como derecho fundamental no es el derecho a la información sin más, sino el derecho a la

97 STEDH Markt Intern Verlag GmbH y Klaus Beerman contra Alemania de 20 de noviembre de 1989.

98 STC 172/1990 de 12 de noviembre (FJ 3).

99 STC 29/2009, de 23 de marzo.

100 STC 136/1994, de 9 de mayo (FJ 5).

101 STEDH Thorgeir Thorgeirson contra Islandia, de 25 de julio de 1992.

102 STEDH Janowski c. Polonia de 21 de enero de 1999 y STC 165/1987, de 27 de octubre.

103 STEDH Prager et Oberschlick c. Austria de 26 de abril de 1995.

104 STEDH De Haes y Gijssels c. Bélgica de 24 de febrero de 1997.

información veraz¹⁰⁵.

Por tanto, para la jurisprudencia del TC y TEDH es fundamental para determinar si entra o no dentro de la libertad de expresión los siguientes aspectos: si es de interés público, carácter de personaje público, principio de veracidad, existencia de una base fáctica en las críticas, la no utilización gratuita de términos injuriosos, la difusión del mensaje o la necesidad y proporcionalidad de la injerencia¹⁰⁶.

Cabe reseñar una crítica a la doctrina de la información veraz: La exigencia previa de veracidad puede implicar la censura casi automática de toda información que no es posible someter a prueba, lo que anularía prácticamente todo el debate político sustentado en ideas y opiniones de carácter meramente subjetivo. Incluso es imposible exigir la veracidad absoluta ya que un hecho concreto puede interpretarse de distintas maneras. La búsqueda de la verdad fortalece los sistemas democráticos, que se basan en la pluralidad de ideas, de opiniones e informaciones. La posibilidad de sanciones por informar sobre un tema conduce a la posible autocensura de los informantes para evitar esas sanciones y, consecuentemente, el perjuicio de todos los ciudadanos que no podrán beneficiarse del intercambio de ideas¹⁰⁷.

7.3 Solución al caso

Tal y como se establece en la STEDH “Thorgeir Thorgeirson c. Islandia”, cabe distinguir informaciones donde el medio de información impute hechos a una persona o aquellas donde se limita a informar que una persona se expresó de tal modo respecto de un tercero. En este último caso, se trataría del reportaje neutral y no habría delito ya que está permitido reproducir lo que dice una fuente (sin importar las buenas o malas intenciones de esa fuente), porque el medio se limita a cumplir su rol institucional de transmisor de noticias y, por ello, la noticia debe ser imputada al autor original. Las responsabilidades penales por injurias serían de aquellos que lo hubiesen manifestado y no del periodista por informar de esas declaraciones.

La Comisión parlamentaria de investigación concluyó que eran totalmente falsas las acusaciones de financiación ilícita del Partido Socialdemócrata y la Unión Demócrata. De igual modo, también concluyeron que eran falsas las acusaciones de tortura a Vigaray en sede policial y que Deyverson “no comprobó en ningún momento su veracidad, limitándose a exteriorizar rumores que circulaban entre los seguidores de *Acción inmediata*”. No obstante, el dictamen de una Comisión parlamentaria de investigación no tiene vinculación jurídica ni para los Tribunales ni afectará a las resoluciones judiciales, como así establece el art. 52.4 del Reglamento del Congreso de los Diputados. Sus efectos radican, más bien, en su repercusión en la opinión pública.

Sin embargo, parece que no estamos ante noticias que se correspondan al reportaje neutral. De una parte, la noticia sobre financiación es un reportaje en el que se acusa directamente a esos partidos, acusación que hace el medio de comunicación y responsable de ello el periodista que lo firme (no se dice si está firmado o no) o el director (que es Deyverson), en caso de desconocerse el periodista que lo hizo, por permitirlo (así lo expresó el TS)¹⁰⁸.

De otra parte, la noticia acusando al Sr. Camarasa de torturas es un reportaje firmado por Deyverson. Si bien es cierto que la Comisión parlamentaria de investigación concluyó que Deyverson simplemente exteriorizó rumores que circulaban entre los seguidores de *Acción*

105 STC 50/2010 de 4 de octubre FJ 5

106 CATALÁ I BAS, A. H.: *Libertad de expresión e información*, op. cit., pp. 407-419.

107 MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, M.: *Protección penal de la libertad de expresión e información*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 33-37.

108 STS (Sala de lo Penal) 24 de noviembre de 1989.

inmediata, podría considerarse que se trata de un reportaje neutral y por ello no tendría responsabilidades. Sin embargo, existen dos motivos que hacen imputable a Deyverson: en primer lugar, la portada con la fotografía del Sr. Camarasa y el título “*Juzgado y condenado por alta traición*” es un acto realizado por el propio Deyverson acusando el medio de comunicación y no se limita a informar de que unas personas acusan a otra de un delito, sino que la acusación la hace el propio medio de comunicación. En segundo lugar, el TC ha manifestado que “este requisito (veracidad) no va dirigido a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, sino a negar la protección constitucional a los que transmiten como hechos verdaderos, bien simples rumores, carentes de toda constatación, o bien meras invenciones o insinuaciones sin comprobar su realidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente”¹⁰⁹. Por tanto, con esa portada acusatoria por parte del medio y por haberse limitado a exteriorizar rumores sin comprobarlos (como se dice en el dictamen de la Comisión parlamentaria), ese reportaje no entraría dentro de la protección constitucional del derecho a la información.

En definitiva, si no se hubiese cumplido la veracidad y fuesen falsas las informaciones cabría sentenciar: los reportajes tienen interés público por referirse a posibles delitos de partidos políticos y a un alto cargo policial, pero no cumpliría el principio de veracidad, fundamental para proteger estas informaciones. Así, las noticias tendrían que verificarlas y contrastarlas preguntando, por ejemplo, a los tesoreros de los partidos o a la policía, respectivamente. Por tanto existirían las responsabilidades penales de Deyverson en ambos reportajes por atentar contra el derecho al honor (título XI CP) de los partidos políticos (personas jurídicas como sujetos pasivos del delito) y del Sr. Camarasa. Se trata de dos delitos de calumnias del art. 206 CP como autor por imputar delitos con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio a la verdad (art. 205 CP), siendo aplicable el tipo agravado con penas de 12 a 24 meses por propagarse con publicidad al tratarse de un medio de comunicación (como indica el art. 211 CP)¹¹⁰. No existe delito de provocación (art. 18.1 CP) por el posterior asesinato del Sr. Camarasa tras su reportaje, ya que no se incita directamente a la perpetración del delito en el reportaje, requisito necesario para la comisión de este delito.

En el delito de calumnias por el reportaje sobre la financiación ilegal es considerado como autoría

109 STC 53/2006 de 27 de febrero FJ 6

110 Artículos del CP relevantes al caso: **Artículo 205.** *Es calumnia la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad.* **Artículo 206.** *Las calumnias serán castigadas con las penas de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a 24 meses, si se propagaran con publicidad y, en otro caso, con multa de seis a 12 meses.* **Artículo 207.** *El acusado por delito de calumnia quedará exento de toda pena probando el hecho criminal que hubiere imputado.* **Artículo 211.** *La calumnia y la injuria se reputarán hechas con publicidad cuando se propaguen por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio de eficacia semejante.* **Artículo 212.** *En los casos a los que se refiere el artículo anterior, será responsable civil solidaria la persona física o jurídica propietaria del medio informativo a través del cual se haya propagado la calumnia o injuria.* **Artículo 214.** *Si el acusado de calumnia o injuria reconociere ante la autoridad judicial la falsedad o falta de certeza de las imputaciones y se retractare de ellas, el Juez o Tribunal impondrá la pena inmediatamente inferior en grado y podrá dejar de imponer la pena de inhabilitación que establece el artículo anterior. El Juez o Tribunal ante quien se produjera el reconocimiento ordenará que se entregue testimonio de retractación al ofendido y, si éste lo solicita, ordenará su publicación en el mismo medio en que se vertió la calumnia o injuria, en espacio idéntico o similar a aquél en que se produjo su difusión y dentro del plazo que señale el Juez o Tribunal sentenciador.* **Artículo 215.** *1. Nadie será penado por calumnia o injuria sino en virtud de querrela de la persona ofendida por el delito o de su representante legal. Se procederá de oficio cuando la ofensa se dirija contra funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos. 2. Nadie podrá deducir acción de calumnia o injuria vertidas en juicio sin previa licencia del Juez o Tribunal que de él conociere o hubiere conocido. 3. El perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 5º del apartado 1 del artículo 130 de este Código.* **Artículo 216.** *En los delitos de calumnia o injuria se considera que la reparación del daño comprende también la publicación o divulgación de la sentencia condenatoria, a costa del condenado por tales delitos, en el tiempo y forma que el Juez o Tribunal consideren más adecuado a tal fin, oídas las dos partes.*

directa (art. 28 CP) de Deyverson y como delito consumado ya que fue él quien lo firma y es el director del periódico. En cuanto al delito de calumnias por el reportaje sobre torturas policiales, no lo firmó, pero al ser el director respondería como coautor del delito consumado porque es quien aprueba que se publique.

Existe concurso real porque hay una pluralidad de hechos que constituyen cada uno un delito, por lo que será castigado con la pena resultante de sumar la pena de cada uno de los delitos que ha cometido.

También será castigado con la inhabilitación especial para el derecho al sufragio pasivo durante el tiempo de la condena (art. 56.1.2º CP), las responsabilidades civiles para reparar los daños y perjuicios causados (arts. 109-113 CP) y posible imposición del pago de costas (arts. 123-124 CP).

BLOQUE IV: EL PROCESO PENAL

8. 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?

8.1 El proceso ordinario

Las responsabilidades penales de Alexis y Theo son las que se establecen en la pregunta 3 por el delito del art. 510.1 CP con pena de 1-4 años de prisión y multa de 6-12 meses. La Ley de Enjuiciamiento Criminal¹¹¹ (LECrím en adelante) es la que regula el proceso penal que se caracteriza por dos fases: fase de instrucción donde prevalece el principio inquisitivo que supone que el MF ejercerá las acciones penales procedentes sin que sea necesario que la víctima formule acusación y el Juez de Instrucción puede ordenar de oficio la práctica actuaciones oportunas para investigar los delitos (art. 299 LECrím); fase decisoria de carácter acusatoria donde es necesaria que se formule acusación por parte del Ministerio Fiscal u otra parte acusadora rigiendo los principios de oralidad y publicidad, en la que el juez que conoce del juicio dictará sentencia según las pruebas practicadas en juicio (art. 741.1º LECrím), es decir, rige el principio de libre valoración de la prueba. La LECrím exige que en cada una de las fases intervenga un juez distinto.

Existen 3 tipos de procedimientos ordinarios: el procedimiento ordinario para delitos con pena privativa de libertad superior a 9 años, el procedimiento penal abreviado para delitos con pena privativa de libertad inferior a 9 años (como sería este caso) que señala el art. 757 LECrím y el procedimiento para delitos leves. El proceso se puede iniciar de oficio cuando el juez tengan noticia de la perpetración de un delito (art. 308 LECrím), tras la instrucción preliminar, por denuncia y por querrela. En los dos primeros procedimientos se distinguen 4 fases:

1. Fase de instrucción. Se inicia cuando tiene el juez el conocimiento del hecho punible, sin perjuicio de que haya existido una investigación preliminar por la policía o MF. Existen unos plazos para esta fase en función de si es una instrucción compleja (con plazos de 18 meses con posibilidad de prórroga) o sencilla (plazo de 6 meses con posibilidad de declararla compleja para ampliarlo) en el art. 324.1º LECrím. En este caso se trata de instrucción sencilla porque no entra dentro de los supuestos del art. 324.2º LECrím sobre las complejas. Se llevan a cabo diligencias para la comprobación del delito y averiguación del responsable, entre las que destacan para este caso la inspección ocular o reconocimiento judicial, el cuerpo del delito (serían los vídeos y canciones), el reconocimiento fotográfico y videográfico (en caso de que salgan los raperos en los videoclips) y de identificación de voz (para comprobar que son ellos los que cantan) y la declaración de los investigados. Unas medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el art. 18 CE para este caso sería la entrada y registro de los domicilios de los investigados (art. 550 y 558 LECrím), el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y registros remotos sobre equipos informáticos para averiguar si existen más canciones de signo islamófobo. También podrían imponerles medidas cautelares como serían la citación cautelar (arts. 486-488 LECrím), la detención (arts. 489-501 LECrím) y la prisión provisional (arts. 502-219 LECrím) al superar los 2 años de prisión el delito investigado y en caso de riesgo de fuga o evitar destrucción, ocultación o alteración de pruebas o evitar que pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima.

2. Fase intermedia: se sitúa entre las dos fases que tradicionalmente distinguía la LECrím. En el procedimiento abreviado se produce cuando el Juez de Instrucción (que seguirá conociendo en esta fase) dicta resolución acordando seguir los trámites del procedimiento abreviado con el auto de

111 Real decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. «BOE» núm. 260, de 17/09/1882.

conclusión del sumario. Tiene como objetivo determinar si son necesarias más diligencias y si concurre decretar la apertura de juicio oral o no (decretando auto de sobreseimiento). El Juez de Instrucción dictará auto de transformación de diligencias previas a procedimiento previo si considera que existe delito con pena de prisión inferior a 9 años.

3. Fase decisoria o juicio oral. Se inicia con el auto de apertura de juicio oral del Juez Instructor en el procedimiento abreviado. El órgano que conoce del juicio (el Juzgado de lo Penal en este caso) deberá dictar sentencia apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio y las razones expuestas igualmente en el juicio por la acusación y defensa (art. 741 LECrim). Las pruebas podrían ser las declaraciones de los acusados (arts. 688-700 LECrim), la prueba pericial (arts. 723-731 LECrim) que podrá determinar si son los acusados los que cantan y la prueba documental (art. 726 LECrim) con los vídeos y canciones que contengan las letras posiblemente delictivas. Las partes han de proponer las pruebas en sus escritos de acusación y defensa (arts. 781-784 LECrim), aunque también es posible presentarlas al inicio de las sesiones del juicio oral (art. 786.2º LECrim). La sentencia será motivada y condenará o absolverá a los investigados.

4. Impugnación de la sentencia. En el procedimiento abreviado cabe recurso de reforma y apelación contra los autos del Juez de Instrucción y del Juez de lo Penal que no estén exceptuados de recurso (art. 766 LECrim). Cabe recurso de apelación contra las sentencias del Juez de lo Penal ante la AP (art. 82.1.2º LOPJ y art. 790.1 LECrim) y es un recurso ordinario por el cual el Tribunal *ad quem* podrá revisar la aplicación del derecho material o procesal por el Juez *a quo*. Existe la limitación de la *reformatio in peius* y debiendo prevalecer la valoración de las pruebas del Juez *a quo* ante el que se practicaron salvo error manifiesto. Podría haber recurso de casación ante el TS, que es un recurso extraordinario y devolutivo que produce efectos suspensivos. Serían recurribles tanto las sentencias dictadas en apelación por la AP (art. 847.1.b) LECrim) por infracción de lo establecido en el art. 849 LECrim, como los autos definitivos dictados en apelación por la AP cuando supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre y la causa se haya dirigido contra el encausado mediante una resolución judicial que suponga una imputación infundada (art. 848 LECrim). La competencia le corresponde a la Sala Segunda del TS (art. 57.1.1º LOPJ).

Como regla general la ejecución de las sentencias en causas por delito corresponde al Tribunal que haya dictado la que sea firme (art. 985.1 LECrim), pero la sentencia dictada a continuación de la de casación por la Sala segunda del TS se ejecutará por el Tribunal que hubiese pronunciado la sentencia casada (art. 986 LECrim). En el proceso abreviado, en caso de apelación contra la sentencia dictada por el Juez de lo Penal, una vez dictada sentencia por la AP resolviendo la apelación, los autos se devolverán al Juzgado a efectos de ejecución del fallo (art. 792.3 LECrim).

La Ley Orgánica del Poder Judicial¹¹² (LOPJ en adelante) establece y organiza la competencia y jurisdicción de los tribunales españoles. Los Juzgados y Tribunales penales tienen atribuido el conocimiento de las causas y juicios criminales, con excepción de los que correspondan a la jurisdicción militar (art. 9.3º LOPJ). Por el principio de territorialidad, conocerán los tribunales penales españoles de los delitos cometidos en territorio español (art. 23.1º LOPJ) y por el principio de nacionalidad también podrán conocer de los delitos cometidos por españoles fuera del territorio nacional (art. 23.2º LOPJ).

La competencia permite conocer cual de los Juzgados y Tribunales penales conocerán de un determinado asunto. Para ello existen distintos criterios que se examinan en conjunto: 1. La competencia **objetiva** determina que tipo de órgano jurisdiccional va a conocer en primera instancia, dependiendo de la gravedad del delito. Como estamos ante un delito grave o menos grave (y no de un delito leve de los indicados en el art. 14.1º LECrim), por el art. 14.2º LECrim la

112 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. «BOE» núm. 157, de 02/07/1985.

instrucción de las causas de estos delitos, incluido el de este caso, corresponde a los Juzgados de Instrucción del lugar de comisión del delito. Conforme al art. 14.3º LECrim corresponde los Juzgados de lo Penal los delitos con pena privativa de libertad de duración no superior a 5 años, como este caso. Además, no entra dentro de los delitos que conoce la AN, el TS, el TSJ, el tribunal del jurado o el Juzgado de Violencia de la Mujer. 2. La competencia **funcional** distribuye el conocimiento de los procesos penales según la función específica que se desarrolle en el proceso. La AP conocerá en apelación de las sentencias de los Juzgado de lo Penal de la provincia (art. 82.1.2º LOPJ). El TS conocerá de los recursos de casación, revisión y otros extraordinarios en materia penal (art. 57.1.1º LOPJ). 3. La competencia **territorial** distribuye el conocimiento de los procesos entre los diversos órganos jurisdiccionales del mismo tipo que existen en España, dependiendo de la circunscripción territorial en la que ejercen su jurisdicción. El fuero preferente es el *forum delicti commisi*, es decir, el del lugar de comisión del delito. Cuando no conste el lugar de comisión del delito, el art. 15 LECrim determina unos fueros subsidiarios como son el del término municipal donde se descubrieran pruebas, el término municipal donde fuera detenido, el de residencia del reo presunto y, por último, el del lugar que hubiese tenido noticia del delito y actuado en primer lugar. 4. En muchas poblaciones existe más de un órgano jurisdiccional de la misma clase o varias secciones de un mismo tribunal, para estos casos se atiende a las normas de **reparto** que regulan la distribución interna del conocimiento de asuntos.

8.2 El proceso para parlamentarios: Inmunidad y fuero.

A pesar de que no existan responsabilidades penales de Theo y Alexis como diputados (pregunta 4), aprovecho el espacio restante para dar unas pinceladas de lo que sería ese procedimiento penal especial regulado en los arts. 750-756 LECrim: La inmunidad parlamentaria prevista en el art. 71.2 CE se trata de un requisito procesal que es preciso levantar en determinadas causas cuando el afectado es Diputado o Senador. No todo proceso jurídico que afecte a un parlamentario de las Cortes Generales está cubierto por esta garantía. La prerrogativa se limita al ámbito jurídico-penal. Según Fernández Viagas, entre los criterios que se manejan para la concesión del suplicatorio son: el carácter político del hecho, el delito de opinión, el nivel de gravedad de la infracción y el *fumus persecutionis*. El Reglamento del Congreso de los Diputados regula en sus arts. 10-14 el proceso de concesión del suplicatorio.

Por ello es necesario obtener la autorización de la Cámara correspondiente para detener a un diputado o senador salvo flagrante delito (art. 751 LECrim). El suplicatorio es la forma en que se pide la autorización al Congreso o al Senado (art. 755 LECrim). Hay que tener en cuenta que, incluso antes de que se conceda el suplicatorio, los Diputados o Senadores pueden ejercitar su derecho de defensa en los términos previstos en el art. 118 LECrim (art. 118 bis LECrim).

El art. 57.1.2º LOPJ determina que la instrucción y enjuiciamiento de las causas penales contra diputados será competente la Sala de lo Penal de TS.

CONCLUSIONES

- En cuanto al Bloque I, destacar que por la LO 6/2002 sólo se ilegalizan partidos políticos por el conjunto de sus actividades y no por sus ideas o fines proclamados. Esta diferencia es un límite difuso en la realidad ya que las actividades son las ideas llevadas a cabo, por lo que ilegalizando las actividades se están ilegalizando las ideas, al menos, indirectamente. Esto supondría un modelo de democracia militante no tan distinto de esos modelos que manifiestamente ilegalizan ideas. Además, dentro de actividades que pueden suponer la ilegalización entran conductas tan amplias como el apoyo tácito al terrorismo (abstenerse de condenarlo), es decir, el legislador está obligando a los partidos políticos a realizar una actividad (condenar el terrorismo como en el caso Batasuna).

No obstante, existiría el recurso al TC y TEDH alegando la vulneración de los derechos fundamentales expuestos en la pregunta 2 y atendiendo a todas sus circunstancias y contexto. Para la estimación de las alegaciones de “Fuerza y Acción” por parte del TC o TEDH hace falta una interpretación más flexible respecto a las ideologías de los partidos políticos, dejando que sea la batalla de las ideas en el debate político y ciudadano quien elija que ideas son las que tienen que gobernar un país. Así pues, se trataría de considerar a los ciudadanos como mayores de edad capaces de optar por una opción u otra en función de lo que consideran mejor en base a su pensamiento crítico y no usar el ordenamiento jurídico como censura, que implica la pérdida de soberanía del pueblo.

- Respecto al Bloque II, el discurso del odio supone un claro límite a la libertad de expresión, donde prevalece la protección de los colectivos a quienes se dirigen esas manifestaciones a los derechos del que las transmite. Solo se garantiza una libertad de expresión absoluta a quienes están protegidos por la inviolabilidad cuando en el ejercicio de su cargo manifiestan opiniones políticas.
- En el Bloque III se hace referencia a delitos que se podrían haber producido. En la pregunta 5, destaca la dura sanción penal a quien impidiere, interrumpiere o perturbare los actos, funciones, ceremonias o manifestaciones de las confesiones religiosas (art. 523 CP), suponiendo esto la implicación del Estado para garantizar los derechos a la libertad religiosa de los religiosos. En la pregunta 6, el capítulo II del título XXI del CP regula de forma específica los delitos contra la Corona, incrementando su pena en comparación con los mismos delitos contra otro particular, justificado por la importancia pública y ser la máxima representación del Estado. En la pregunta 7, el derecho a la libertad de información adquiere su mayor importancia y protección frente a otros derechos (como podría ser el derecho al honor) cuando se trata de noticias de interés público sometidas al principio de veracidad o al ser un reportaje neutral.
- En el Bloque IV, el proceso penal trata de coordinar las cautelas necesarias para conseguir aclarar e investigar un hecho con los derechos fundamentales del investigado consagrados en la CE. Además, el Tribunal o Juez ordinario competente en cada asunto está predeterminado por la ley (LOPJ) cumpliendo así con el art. 24.2 CE. Existen procedimientos especiales como serían el caso de parlamentarios, donde la inmunidad jugaría un papel fundamental requiriendo el suplicatorio a la Cámara correspondiente y donde el fuero determina un Tribunal concreto en atención a la persona del investigado.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- ALBA NAVARRO, M.: *Prerrogativas parlamentarias y jurisprudencia constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996
- CATALÁ I BAS, A. H.: *Libertad de expresión e información*, Revista General de Derecho, Valencia, 2001
- FERREIRO BAAMONDE, X.: *El proceso de disolución de partidos políticos*, Iustel, Madrid, 2008
- GENEROSO HERMOSO, F. y otros: *Práctica del recurso de amparo constitucional*, Dykinson, Madrid, 2000
- GIMENO SANDRA, V. y MORENILLA ALLARD, P.: *Los procesos de amparo*, Colex, Madrid, 2014
- MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, M.: *Protección penal de la libertad de expresión e información*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012
- PÉREZ-MONEO AGAPITO, M.P.: *La disolución de partidos políticos por actividades antidemocráticas*, Editorial LEX NOVA, Valladolid, 2007
- REVENGA SÁNCHEZ, M. y VIANA GARCÉS, A. (eds.): *Tendencias jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008
- ROMEO CASABONA, C. M., SOLA RECHE, E. y BOLDIVA PASAMAR, M. A.: *Derecho Penal, parte especial*, Editorial Comares, Granada, 2016
- TAJADURA TEJADA, J.: *Partidos Políticos y Constitución*, Civitas Ediciones, Madrid, 2004

LEGISLACIÓN

- Constitución Española 1978
- Instrumento de ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. «Boe» núm. 243, de 10 de octubre de 1979.
- Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, «BOE» núm. 103, de 30 de abril de 1977
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. «BOE» núm. 7, de 08/01/2000.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE núm. 281, de 24/11/1995. Modificada por LO 1/2015 y LO 2/2015, de 30 de marzo, por las que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE núm. 77, de 31/03/2015.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. «BOE» núm. 157, de 02/07/1985.
- Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, BOE núm. 147, de 20/06/1985.
- Ley Orgánica 2/1979, de 3 octubre, del Tribunal Constitucional. «BOE» núm. 239, de 05/10/1979
- Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas
- Real Decreto 230/1998, de 16 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Explosivos

- Real decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. «BOE» núm. 260, de 17/09/1882.
- Reglamento del Congreso de los Diputados
- Reglamento del Senado

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

- ◆ Auto TSJ Extremadura (Sala de lo Civil y Penal) 15/2002 de 11 de diciembre.
 - ◆ Auto AP Cádiz (Sección 7ª) 96/2003, de 4 de julio.
 - ◆ Auto TSJ La Rioja (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) 1/2006 de 10 de enero.
 - ◆ Auto Juzgado Instrucción número 4 Córdoba de 15 de setiembre de 2010
 - ◆ Sentencia Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, 3ª Sección) 8/2014 de 31 de marzo
 - ◆ Sentencia AP Islas Baleares (Sección 1ª) 31/2000 de 28 de febrero.
 - ◆ Sentencia AP Zaragoza (Sección 3ª) 75/2003 de 17 de noviembre.
 - ◆ Sentencia AP de Barcelona (Sección 10ª) 892/2009 de 7 de octubre de 2009.
 - ◆ Sentencia AP Santa Cruz de Tenerife (Sección 2ª) 107/2014 de 7 de marzo.
 - ◆ Sentencia AP Zaragoza (Sección 3ª) 191/2014 de 6 de noviembre.
 - ◆ Sentencia AP Barcelona (Sección 10ª) 25/2014 de 20 de diciembre.
 - ◆ Sentencia AP Islas Baleares (Sección 2ª) 102/2016, de 13 de octubre.
 - ◆ Sentencia AP Madrid (Sección 16ª) de 16 de diciembre de 2016 (JUR 2016/270986).
 - ◆ Sentencia Juzgado de lo Penal nº2 de Huelva 131/2008 de 14 de abril.
-
- ◆ STC 1/1981, de 26 de enero.
 - ◆ STC 12/1982, de 31 de marzo
 - ◆ STC 79/1982, de 20 de diciembre.
 - ◆ STC 109/1986 de 24 de septiembre.
 - ◆ STC 165/1987, de 27 de octubre.
 - ◆ STC 107/1988 de 8 de junio
 - ◆ STC 243/1988, de 19 de diciembre.
 - ◆ STC 9/1990, de 18 de enero.
 - ◆ STC 20/1990, de 1 de marzo.
 - ◆ STC 171/1990 de 12 de noviembre
 - ◆ STC 172/1990 de 12 de noviembre
 - ◆ STC 214/1991, de 11 de noviembre.
 - ◆ STC 190/1992, de 16 de noviembre.
 - ◆ STC 136/1994, de 9 de mayo
 - ◆ STC 176/1995, de 11 de diciembre.
 - ◆ STC 48/2003, de 12 de marzo.
 - ◆ STC 5/2004, de 16 de enero
 - ◆ STC 53/2006, de 27 de febrero
 - ◆ STC 235/2007, de 7 de noviembre
 - ◆ STC 215/2007, de 17 de diciembre
 - ◆ STC 29/2009, de 23 de marzo
 - ◆ STC 50/2010, de 4 de octubre
-
- ◆ STEDH Lingens contra Austria, de 8 de julio de 1986.
 - ◆ STEDH Markt Intern Verlag GmbH y Klaus Beerman c. Alemania de 20/11/1989.

- ◆ STEDH Thorgeir Thorgeirson contra Islandia, de 25 de julio de 1992.
- ◆ STEDH Schwabe c. Austria de 28 de agosto de 1992.
- ◆ STEDH *Jersild contra Dinamarca* de 23 de septiembre de 1994.
- ◆ STEDH Prager et Oberschlick c. Austria de 26 de abril de 1995.
- ◆ STEDH De Haes y Gijssels c. Bélgica de 24 de febrero de 1997.
- ◆ STEDH Partido Comunista Unificado de Turquía contra Turquía de 30 de enero de 1998
- ◆ STEDH Janowski c. Polonia de 21 de enero de 1999
- ◆ STEDH Bladet Tromps contra Noruega de 20 de mayo de 1999.
- ◆ STEDH Partido de la Prosperidad c. Turquía, de 31 de julio de 2001.
- ◆ STEDH “DEP” c. Turquía, de 10 de diciembre de 2002.
- ◆ STEDH Erbakan c. Turquía, 6 de julio de 2006.
- ◆ STEDH Herri Batasuna y Batasuna c. España, de 30 de junio de 2009
- ◆ STEDH Daniel Feret c. Reino de Bélgica, de 16 de julio de 2009.

- ◆ ATS (Sala Segunda) de 6 de abril de 1995.
- ◆ ATS (Sala Segunda) de 23 de enero de 2003.
- ◆ ATS (Sala de lo Penal) de 29 de abril de 2003.
- ◆ ATS de 24 de julio 2003
- ◆ ATS (Sala de lo Penal) de 2 de octubre de 2003.
- ◆ STS (Sala de lo Penal) 24 de noviembre de 1989.
- ◆ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 785/1998 de 9 de junio.
- ◆ STS (Sala de lo Penal) 110/2000 de 12 de junio
- ◆ STS (Sala especial) de 27 de marzo de 2003.
- ◆ STS (Sala de lo Penal) 1533/2004 de 21 de diciembre.
- ◆ STS (Sala de lo Penal) 513/2005, de 22 de abril.
- ◆ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 656/2007 de 17 de julio.
- ◆ STS (Sala de lo penal, Sección 1ª) 259/2011 de 12 de abril.
- ◆ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 106/2015 de 19 de febrero