



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

TRABAJO DE FIN DE **GRADO:**

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

Grado en Derecho

Curso académico

2016/2017

Autor:

Miguel Ángel Narváez Bermeo.

Tutor:

José Antonio Ramos Vázquez.

ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN: EL AUGE DE LA XENOFOBIA EN LA SOCIEDAD MULTICULTURAL	4
2.	ANTECEDENTES DE HECHO Y PLAN DE TRABAJO	6
3.	<u>DICTAMEN I:</u> <i>Acerca de las consecuencias de la declaración de ilegalidad de “Fuerza y Acción” y, en particular, sobre la condición de diputados de Theo y Alexis</i>	10
	3.1. Derecho a la asociación y participación política.....	10
	3.2. Normativa aplicable.....	10
	3.3. Las causas de ilegalización de un partido político.....	10
	3.4. Ilegalización de la formación política <i>Fuerza y Acción</i>	11
	A) Concurrencia de las causas de ilegalización.....	11
	B) Medios de prueba.....	12
	C) Legitimación.....	12
	D) Consecuencias de la declaración de ilegalidad de <i>Fuerza y Acción</i>	12
	E) Efectos de la disolución judicial de <i>Fuerza y Acción</i>	13
	F) Conclusión sobre la ilegalización de <i>Fuerza y Acción</i>	14
	3.5. Condición de diputados de Theo y Alexis tras la ilegalización de <i>Fuerza y Acción</i>	14
4.	<u>DICTAMEN II:</u> <i>Respecto al fundamento constitucional de la demanda de amparo de “Fuerza y Acción” frente a la Sentencia del Tribunal Supremo y vías de recurso posibles ante una eventual denegación del amparo</i>	16
	4.1. Hechos relevantes.....	16
	4.2. El recurso de amparo.....	16
	4.3. Fundamento y tramitación del recurso de amparo de “Fuerza y Acción” ante el Tribunal Constitucional.....	17
	4.4. Recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	18
5.	<u>DICTAMEN III:</u> <i>Sobre las eventuales responsabilidades de Theo y Alexis por las canciones incluidas en su disco</i>	20
	5.1. Hechos relevantes.....	20
	5.2. Normativa aplicable.....	20
	5.3. Delito de discriminación e incitación al odio.....	20
	A) Tipo básico.....	20
	B) Tipos cualificados.....	24
	C) Disposiciones comunes.....	24
	5.4. Delito contra los sentimientos religiosos.....	24

6.	<u>DICTAMEN IV:</u> <i>Acerca de eventuales responsabilidades de Theo y Alexis por las declaraciones realizadas desde el inicio de su carrera política</i>	26
6.1.	Estatuto de parlamentarios.....	26
	A) La inviolabilidad de Theo y Alexis.....	26
	B) La inmunidad de Theo y Alexis.....	27
6.2.	Declaración primera.....	28
6.3.	Declaración segunda.	29
6.4.	Declaración tercera.	29
6.5.	Declaración cuarta.	29
6.6.	Declaración quinta.	29
6.7.	Declaración sexta.	30
6.8.	Declaración séptima.	30
6.9.	Declaración octava.	30
7.	<u>DICTAMEN V:</u> <i>Respecto a una eventual responsabilidad de Alexis por el asalto a la mezquita</i>	31
7.1.	Hechos relevantes.....	31
7.2.	Normativa aplicable.....	31
7.3.	Responsabilidad de Alexis por delito contra los sentimientos religiosos.....	31
8.	<u>DICTAMEN VI:</u> <i>Sobre una eventual responsabilidad de Vigaray por el incidente del día 17 de marzo</i>	33
8.1.	Hechos relevantes.....	33
8.2.	Normativa aplicable.....	33
8.3.	Delito del art. 494 CP.....	33
8.4.	Delito de amenazas contra el Jefe de Estado.....	34
8.5.	Responsabilidad de Acción inmediata por el delito del art. 494 CP.....	34
8.6.	Responsabilidad de Vigaray por amenaza al Jefe de Estado.....	35
9.	<u>DICTAMEN VII:</u> <i>Sobre una eventual responsabilidad de Deyverson por las falsas afirmaciones que ha realizado en su diario “Nuestra Fuerza”</i>	36
9.1.	Hechos relevantes.....	36
9.2.	Normativa aplicable.....	36
9.3.	Delito de calumnias.....	36
	A) Las calumnias en el Código Penal.....	36
	B) Responsabilidades por un delito de calumnias del diario <i>Nuestra Fuerza</i>	37
	a) Afirmaciones del día 25 de febrero de 2017.....	37
	b) Sobre la tortura policial a Vigaray y otros miembros de <i>Acción Inmediata</i>	37
9.4.	Incitación al odio.....	38
9.5.	Homicidio por imprudencia profesional.....	39
9.6.	El <i>Caso Vinader</i>	39

10. <u>DICTAMEN VIII</u>: <i>Competencia jurisdiccional y pasos procesales para el enjuiciamiento de Theo y Alexis</i>	41
10.1. Antes de adquirir la condición de aforados.....	41
10.2. Condición de aforados.....	41
10.3. El suplicatorio.....	41
10.4. Procedimiento.....	42
11. CONCLUSIONES FINALES	44
12. BIBLIOGRAFÍA	47
13. JURISPRUDENCIA	50

1. INTRODUCCIÓN: EL AUGE DE LA XENOFOBIA EN LA SOCIEDAD MULTICULTURAL

“El buen sentido es la cosa que mejor repartida está en el mundo, pues todos juzgan que poseen tan buena provisión de él que aun los más difíciles de contentar en otras materias no suelen apeteecer más del que ya tienen”¹.

En nuestra sociedad es complicado aceptar que existen otras convicciones igual de válidas o más acertadas que las que pueda llegar a tener uno mismo. Se puede decir que han existido avances en la misma a la hora de “tolerar” ideas diferentes a las nuestras propias desde el impacto que supuso la Segunda Guerra Mundial pero existen todavía algunos colectivos sociales para los que es difícil comprender que vivimos en un mundo pluricultural en el que resulta muy complicado imponer nuestra visión a los demás.

La xenofobia es el rechazo, el odio y el miedo a los extranjeros². En la sociedad occidental, suelen ser partidos políticos –normalmente formaciones de extrema derecha– los que promueven la xenofobia. De hecho, existe en la actualidad una creciente preocupación por el rebrote de dichos partidos y de las actitudes que de ellos derivan. En parte dicho crecimiento se debe al creciente fenómeno de la inmigración –mal gestionado, desde mi punto de vista– impulsada por la crisis económica y en parte, a los actos llevados a cabo por el terrorismo *yihadista*, que logra sus objetivos al conseguir generar cierto temor en la sociedad.

Según algunas corrientes de la psicología, es posible deducir que la xenofobia constituye un *continuum ambivalente*³ en el que en los casos más radicales se experimenta un sesgo en la percepción que lleva a ciertos individuos a sobrevalorar y poner en un pedestal su cultura, sus tradiciones y su grupo étnico sobre las demás, experimentando una mayor empatía, amor y aprecio por lo familiar o conocido, lo que a su vez deriva en el despliegue de un arsenal defensivo contra lo distinto. A *sensu contrario*, sostenía DESCARTES que “bueno es saber algo de las costumbres de otros pueblos para juzgar las del propio con mayor acierto y no creer que todo lo que sea contrario a nuestros modos sea ridículo y opuesto a la razón, como suelen hacer los que no han visto nada”⁴.

Como se ha dicho, los partidos políticos xenófobos suelen promover el discurso del odio, el cual se puede definir como aquella acción comunicativa que tiene como finalidad promocionar un dogma cuyos principios están cargados de connotaciones discriminatorias que vulneran derechos humanos de un determinado colectivo. Este discurso se promueve con la intención de incitar al interlocutor a que realice acciones destructivas contra un determinado grupo social.

El discurso del odio da lugar a un gran debate puesto que entra en conflicto con derechos fundamentales, siendo el más habitual, el derecho a la libertad de expresión⁵. En este sentido, si las expresiones *nacionalismo exacerbado* o *etnocentrismo* no contienen en sí intencionalidad de atacar a un grupo determinado y concreto, entonces,

¹ DESCARTES, R., *Discurso del Método*, 1979. p. 89.

² Según el diccionario de la Real Academia Española de la lengua la xenofobia se define como la fobia al extranjero.

³ Conflicto de sentimientos hacia una persona, en este caso, hacia los extranjeros.

⁴ DESCARTES, R., *Discurso del Método*. Cit. p. 93.

⁵ GÜERRI FERRÁNDEZ, C., “La especialización de la fiscalía en materia de delitos de odio y discriminación”. *InDret: Revista para el análisis del derecho*, N° 15. 2015. Pp. 4-10.

no constituyen problemas lo suficientemente graves como para justificar una respuesta de los instrumentos legales que protegen a las víctimas del discurso del odio.

Dejando de lado cuestiones morales, el discurso del odio y la xenofobia son considerados delitos en numerosos Estados, los cuales llegan a tener tipificadas, en sus códigos penales respectivos, las conductas racistas y xenófobas. En la Unión Europea (UE), el artículo 10 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) insta a los Estados Miembros, en la definición y ejecución de sus políticas, a que trate de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Entre las medidas de la UE relativas al racismo y la xenofobia se encuentran:

- La Decisión Marco relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia, que aborda, mediante el derecho penal, la incitación pública a la violencia o al odio por razón de raza y la motivación racista.
- La Directiva sobre igualdad racial, que prohíbe la discriminación por motivos de origen racial o étnico.
- La Directiva sobre igualdad en el empleo, que prohíbe la discriminación en el empleo, por ejemplo, por motivos religiosos.
- La legislación que prohíbe la discriminación en los controles fronterizos.
- La ley de servicios de comunicación audiovisual, que prohíbe la incitación al odio en dichos servicios y el fomento de la discriminación en la publicidad.

Los partidos políticos xenófobos suponen un problema actual que amenaza con aparente sigilo al continente europeo: *Front national* en Francia, *Amanecer Dorado* en Grecia, *Alternative für Deutschland* en Alemania, *Prawo i Sprawiedliwość* en Polonia o *Freiheitliche Partei Österreichs* en Austria. El estudio del partido xenófobo *Fuerza y Acción*, en el presente trabajo, nos permite evaluar las respuestas y soluciones que da el sistema jurídico español ante esta amenaza que parece ir cobrando fuerza en Europa⁶.

El discurso del odio, los partidos xenófobos y las consecuencias jurídicas que de ellos pueden derivar serán analizados conforme al ordenamiento jurídico español y europeo, utilizando el supuesto de hecho de Theo y Alexis, dos raperos, que habiendo logrado un gran éxito con sus canciones de marcado signo islamófobo, deciden dar un salto a la política, realizando en esa carrera política diferentes declaraciones de contenido polémico. Ambos sujetos lograrán adquirir la condición de diputados del Congreso, prosiguiendo con su discurso del odio el cual derivará en disturbios, delitos contra los sentimientos religiosos, delitos contra las instituciones del Estado, posibles injurias en sus declaraciones y las de medios de comunicación afines a su ideología e incluso un homicidio hasta llegar a declararse la ilegalización por el Tribunal Supremo del partido político fundado por Theo y Alexis.

Seguidamente se expondrá el supuesto de hecho que será objeto de estudio a efectos de determinar una solución jurídica que permita a su vez evaluar la respuesta que podría dar el ordenamiento jurídico español ante la actividad de una formación política xenófoba como lo es *Fuerza y Acción*.

⁶ ANTONIO NAVARRO, P., “El 2017 que nos espera: La llegada de Trump y el auge xenófobo marcarán la agenda”. *El siglo de Europa*, Nº 1182. 2017. Pp. 23-30.

2. ANTECEDENTES DE HECHO Y PLAN DE TRABAJO:

El supuesto que se desarrollará y al que se dará una solución jurídica se enmarca en un contexto internacional y nacional como el descrito en el epígrafe anterior, en el que la amenaza terrorista de base ideológica islámica junto a la crisis económica y la inmigración de alguna manera han derivado en un rebrote de la xenofobia y de partidos políticos que la promueven, produciéndose así, un fortalecimiento de ciertas ideologías representadas por dichos partidos xenófobos que con un atinado oportunismo aprovechan tal situación. Con el objetivo final de ofrecer unas respuestas coherentes a las cuestiones que suscita el caso planteado es preciso empezar por los hechos objeto de valoración y a los cuales se buscará ofrecer una solución jurídica que permita determinar las actuaciones o respuestas que el Derecho actual nos ofrecería o debería ofrecer. Así pues, Theo y Alexis son dos raperos conocidos artísticamente como “MC Fuerza” y “MC Acción”, respectivamente. Ambos son coautores del álbum *La ley del Altísimo*, editado en agosto de 2015, en el que se contienen diversas canciones de signo islamófobo.

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

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

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

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

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

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

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

2) El día 25 de febrero, *Nuestra Fuerza* publica un reportaje en el que acusa a diversos partidos políticos de estar financiados por Estados musulmanes. En particular,

se expone que la Unión Demócrata sufraga sus campañas con dinero iraní y el Partido Socialdemócrata con fondos procedentes de Arabia Saudí.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

inductor de dichas torturas al Comisario de la Policía Nacional, señor Camarasa. En portada, aparece una fotografía del Sr. Camarasa con un sello encima con el lema “*Juzgado y condenado por alta traición*”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Expuestos los hechos a modo de introducción, el presente trabajo permitirá dar una solución a diferentes cuestiones.

En primer lugar, se estudiarán las consecuencias que derivarían de la declaración de ilegalidad de “Fuerza y Acción” y lo que ello conllevaría sobre la condición de diputados de Theo y Alexis.

En segundo lugar, se analizará la posibilidad de que Theo y Alexis puedan interponer un recurso de amparo por dicha declaración de ilegalidad, en concreto, en base a derechos constitucionalmente establecidos.

En tercer lugar, se valorará la posibilidad de que las canciones del dúo musical “Fuerza y Acción” puedan ser constitutivas de un delito de discriminación o incitación al odio y la posibilidad de que lleguen a derivar en un delito contra los sentimientos religiosos.

En cuarto lugar, se estudiarán las prerrogativas de las que disponen los parlamentarios –en nuestro caso los diputados, Theo y Alexis- valorando la posibilidad de que éstos puedan incurrir en responsabilidades por las declaraciones que llevan a cabo a lo largo de su carrera política en el ejercicio de sus funciones o no.

En quinto lugar, se estudiarán los delitos contra los sentimientos religiosos por irrumpir Alexis en una mezquita e interrumpir una ceremonia rociando sangre de cerdo a los fieles allí presentes. En sexto lugar, que Vigaray arroje al Jefe de Estado una antorcha sin encender, podría ser constitutivo de un delito contra la corona.

En séptimo lugar, se analizarán las publicaciones realizadas por el diario *Nuestra Fuerza* sobre la posible comisión de un delito de injurias y posible homicidio.

En último lugar, de existir responsabilidades por los hechos anteriormente descritos, se estudiarán las fases procesales que deberán llevarse a efecto y ante qué órganos jurisdiccionales.

3. DICTAMEN I: *Acerca de las consecuencias de la declaración de ilegalidad de “Fuerza y Acción” y, en particular, sobre la condición de diputados de Theo y Alexis.*

3.1. Derecho a la asociación y participación política

La Constitución Española de 1978 (en adelante, CE) recoge como uno de los derechos fundamentales el de asociación, en su artículo 22. En concreto, existe en el texto constitucional una especial referencia a los partidos políticos, pues en su artículo 6 aquél señala que:

“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”.

El Tribunal Constitucional caracteriza a los partidos políticos como asociaciones cualificadas dotadas de una gran relevancia constitucional, instituciones jurídico-políticas, que sirven como nexo de comunicación entre lo social y lo jurídico, uniendo a gobernantes y gobernados⁷.

3.2. Normativa aplicable

En principio, la creación de un partido político está presidida por el principio de libertad, ello resulta del pluralismo jurídico, el cual supone uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico según resulta del art. 1 CE. Para todo lo demás, para el desarrollo de la actividad de los partidos políticos, debemos acudir a la LO 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos (en adelante, LOPP).

Para dar un dictamen acerca de las consecuencias que implican la declaración de ilegalidad del partido político de “Fuerza y Acción” por parte del Tribunal Supremo, debemos tener en cuenta que la LOPP diferencia entre unos fines (deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático) –art. 9.1-, unas conductas que acreditan tales fines (arts. 9.2 y 9.3) y unos medios para probar las conductas descritas (art. 9.4)⁸.

3.3. Las causas de ilegalización de un partido político

Las causas que dan lugar a la ilegalización de un partido político resultan del artículo 9.2 LOPP:

“Un partido político será declarado ilegal cuando su actividad vulnere los principios democráticos, particularmente cuando con la misma persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático”. A continuación dicho precepto describe una serie de actos que darán lugar a dicha declaración siendo tales:

⁷ En concreto, en STC 48/2003, de 12 de marzo. Recurso de inconstitucionalidad núm. 5550-2002. Promovido por el Gobierno Vasco contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos. Supuesta vulneración de los derechos de asociación, legalidad penal, libertades ideológica, de expresión e información, y participación en los asuntos públicos, y de los principios de legalidad e interdicción de la retroactividad: régimen constitucional de los partidos políticos.

⁸ HERNÁNDEZ GIL, F., “Declaración de ilegalidad y disolución de partidos políticos: (a propósito de la sentencia de la Sala 1º del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1986)”. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 4. 1986. Pp. 1085-1100.

“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”.

Las causas que pueden derivar en la ilegalización de un partido político deben suponer conductas reiteradas y graves que manifiesten una absoluta falta de respeto a los valores democráticos por parte del colectivo en sí mismo (en nuestro caso, FyA) y de sus integrantes. Además, esos actos o conductas deben connotar un común denominador como lo es la implantación de un régimen de terror, mediante el apoyo a medios violentos o la utilización de los mismos.

Las conductas de intimidación o violencia pueden aparecer mediante acciones determinadas –que suelen ser constitutivas de infracción penal- o como rasgos de identidad de cierto colectivo que los apoya y legitima⁹. El sujeto activo será siempre la asociación, aunque su actuación se plasme a través de conductas personales.

3.4. Ilegalización de la formación política *Fuerza y Acción*

A) Concurrencia de las causas de ilegalización

Según el art. 9.3 apartados a) y b) de la LOPP se entenderá que en un partido político concurren las circunstancias de ilegalización del art. 9. 2 LOPP 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.”

La circunstancia del art. 9. 2. a) LOPP se da cuando Theo estando en su turno de palabra en el Congreso de los Diputados, en nombre de la formación política “Fuerza y Acción” expone que “renunciamos a toda vía de entendimiento con torturadores y traidores. A partir de ahora sólo hablaremos en el campo de batalla”. Se repite ya en los pasillos cuando en declaraciones a los periodistas Alexis (Secretario general de “Fuerza y Acción”) declara: “basta de tonterías: somos fuerza y acción. Hoy es una jornada de ira y desde aquí hago un llamamiento: ¡que todos los que nos apoyan salgan a la calle y tomen lo que es suyo!”.

⁹ HERREROS LÓPEZ, J.M., “Ilegalización y disolución de partidos políticos”, en MONTILLA MARTOS, J.A. (cord), *La prohibición de partidos políticos*. 2004. Pp. 129-164.

Por su parte, la circunstancia del art. 9. 2. b) LOPP a mi parecer se puede dar por cumplida por la reiterada referencia de Theo y Alexis al colectivo musulmán y el llamamiento de los nacionales para que “tomen lo que es suyo”. Ello desde la carrera musical (donde producían canciones de contenido islamófobo) hasta el inicio de su carrera política donde declararon en rueda de prensa el 14 de noviembre de 2015 que daban su salto a la política “porque este país necesita urgentemente reaccionar frente a la nueva invasión musulmana”. Además, el 23 de febrero de 2017 en un mitin electoral Theo declaró: “la historia absolverá a Franco, porque ha sido el único que tuvo la visión correcta: es tiempo de cruzada cristiana frente a todos sus enemigos. Cueste lo que cueste, y pase lo que pase”.

En suma, se puede apreciar que se cumplen los requisitos para la declaración de nulidad del partido político “Fuerza y Acción”, habida cuenta de la continua persecución y exclusión que pretende del colectivo musulmán en España y la llamada a la población para que empleen cualquier medio para lograrlo.

B) Medios de prueba

Para probar los hechos anteriores que derivan en la ilegalización de “Fuerza y Acción” la LOPP contempla como medios de prueba en su art. 9.4 lo siguiente: “Para apreciar y valorar las actividades a que se refiere el presente artículo y la continuidad o repetición de las mismas a lo largo de la trayectoria de un partido político, aunque el mismo haya cambiado de denominación, se tendrán en cuenta las resoluciones, documentos y comunicados del partido, de sus órganos y de sus Grupos parlamentarios y municipales, el desarrollo de sus actos públicos y convocatorias ciudadanas, las manifestaciones, actuaciones y compromisos públicos de sus dirigentes y de los miembros de sus Grupos parlamentarios y municipales, las propuestas formuladas en el seno de las instituciones o al margen de las mismas, así como las actitudes significativamente repetidas de sus afiliados o candidatos”.

C) Legitimación

Respecto a la legitimación para instar a la disolución de la formación política “Fuerza y Acción”, ésta corresponde en exclusiva al Gobierno o al Ministerio Fiscal. Si bien es ejercida por el Gobierno en el caso y es resuelta por el Tribunal Supremo, mediante una de sus salas que reúne a integrantes de todas las demás, y que ha sido calificada por algunos autores como un “Pleno reducido” del propio Tribunal Supremo.

D) Consecuencias de la declaración de ilegalidad de *Fuerza y Acción*

Con todo lo anterior, el art. 10.2. c) LOPP contiene como consecuencia de la ilegalización de Fuerza y Acción, la disolución o suspensión judicial:

“La disolución judicial de un partido político será acordada por el órgano jurisdiccional competente en los casos siguientes: ... c) Cuando de forma reiterada y grave su actividad vulnere los principios democráticos o persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático, mediante las conductas a que se refiere el artículo 9”.

En cuanto a la suspensión judicial el art. 10.3 LOPP nos precisa que la suspensión judicial:

“Solo procederá si así lo dispone el Código Penal. Podrá acordarse también como medida cautelar, en virtud de lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal o en los términos del apartado 8 del artículo 11 de la presente Ley Orgánica”.

Se distingue entre la disolución y la suspensión judicial. La disolución procede cuando de manera repetida la formación política en cuestión vulnera valores

democráticos mientras que la suspensión judicial sólo procederá si así lo considera el Código Penal o como medida cautelar en los términos de la Ley de Enjuiciamiento criminal. *Ergo*, la disolución judicial parece adquirir un carácter permanente mientras que la suspensión judicial se caracteriza por cierta temporalidad.

E) Efectos de la disolución judicial de *Fuerza y Acción*.

Los efectos de la disolución judicial son los contemplados en el art. 12 LOPP:

“a) Tras la notificación de la sentencia en la que se acuerde la disolución, procederá el cese inmediato de toda la actividad del partido político disuelto. El incumplimiento de esta disposición dará lugar a responsabilidad, conforme a lo establecido en el Código Penal.

b) 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.

c) La disolución determinará la apertura de un proceso de liquidación patrimonial, llevado a cabo por tres liquidadores designados por la Sala sentenciadora. El patrimonio neto resultante se destinará por el Tesoro a actividades de interés social o humanitario”.

Ahora bien, la disolución judicial supone una severa restricción de una pluralidad de derechos de las personas¹⁰ que integran y apoyan la formación política FyA pero no conviene olvidar que -por muy importantes que en nuestro ordenamiento sean los derechos fundamentales y las libertades públicas- no existen derechos ilimitados¹¹. Nuestro Tribunal Constitucional sostiene que el respeto a la ley y a los derechos de los demás constituyen en nuestro sistema el fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE), y a ellos “deben ceder los derechos y facultades de quien los conculca”¹².

Entre las limitaciones de los derechos fundamentales y las libertades públicas hay uno que ocupa un lugar de supremacía, habida cuenta de que pone en peligro todo el sistema democrático, corroyendo el Estado de Derecho y haciendo imposible la convivencia pacífica, siendo tal la violencia, manifestada tanto en sentido estricto (*vis physica*) como en su vertiente de intimidación (*vis moralis*).

El intérprete supremo de nuestra Constitución –según el art. 1 de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC)- ha explicitado tal límite en numerosas ocasiones y respecto a derechos fundamentales distintos:

a) La STC 20/1990, al tratar el art. 16.1 de la Norma Suprema aclara que “la libertad ideológica indisolublemente unida al pluralismo político que, como valor esencial de nuestro ordenamiento jurídico propugna la Constitución, exige la máxima amplitud en el ejercicio de aquélla y, naturalmente, no sólo en lo coincidente con la Constitución y con el resto del ordenamiento jurídico, sino también en lo que resulte contrapuesto a los valores y bienes que en ellos se consagran, excluida siempre la violencia para imponer los propios criterios, pero permitiendo la libre exposición de los mismos en los términos que impone una democracia avanzada. De ahí la indispensable interpretación restrictiva de las limitaciones a la libertad ideológica y del derecho a expresarla, sin el cual carecería aquélla de toda efectividad”.

¹⁰ VÍRGALA FORURIA, E., “Los efectos de la ilegalización de partidos políticos”. *Hermes: pentsamendu eta historia aldizkaria = revista de pensamiento e historia*, Nº 23. 2007. Pp. 72-80.

¹¹ ALÁEZ CORRAL, B., “Libertad de expresión e ilegalización de partidos políticos”. *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, Nº 3. 2002. Pp. 2153-2174.

¹² STC 2/1982, de 29 de enero.

b) También se ha ocupado el Tribunal Constitucional de excluir la violencia o la intimidación de la protección dispensada por las libertades de expresión o información, tuteladas en los arts. 20.1.a) y 20.1.d) de la Norma Suprema. Como señala la STC 136/1999, “no puede negarse la posibilidad de que existan mensajes que, aun sin hallarse incursos en alguno de los tipos penales de amenazas o coacciones, puedan considerarse intimidatorios, porque anuden, explícita o implícitamente, pero de modo creíble, la producción de algún mal grave o la realización o no realización de determinada conducta por parte del destinatario. Este tipo de mensajes no queda amparado por las libertades de expresión o de información”.

c) Más tarde (fundamento jurídico 19), la misma sentencia 136/1999 extrae consecuencias relativas a las libertades de participación política: “Puede concluirse, pues, que los mensajes analizados, aunque en diferente grado, contenían elementos o aspectos intimidatorios que, al no hallarse directamente protegidos por las libertades de participación política, de expresión y de información, podían en principio, en tanto que conductas intimidatorias, ser objeto de sanción penal”.

F) Conclusión sobre la ilegalización de *Fuerza y Acción*

Podemos llevar lo anterior a la declaración de ilegalización de la formación política *Fuerza y Acción* y ejemplificarlo con el procedimiento de la disolución de los partidos políticos *Herri Batasuna*, *Euskal Herritarrok* y *Batasuna*, en la que se inició procedimiento el 3 de septiembre de 2002 cuando el Gobierno y el Ministerio Fiscal presentaron demandas en las que se solicitaba su disolución por considerar que dichas formaciones constituían instrumentos políticos de la organización terrorista ETA¹³. Finalmente el Tribunal Supremo en STC de 27 de marzo de 2003, hizo suyos todos los motivos aquí alegados respecto a la ilegalización de “Fuerza y Acción” y disolvió los partidos demandados, declarando la ilegalidad y consiguiente disolución de los tres partidos políticos, declarando que tal decisión resultaba “necesaria para una sociedad democrática”, precisamente para conservar y preservar la democracia. Además, se ordenó la cancelación de las respectivas inscripciones en el Registro de Partidos Políticos, con el cese inmediato en todas las actividades que realizasen dichos partidos políticos así como la apertura de un proceso de liquidación patrimonial de dichos partidos políticos. Todo ello, sería aplicable en nuestro caso y por consiguiente, serían consecuencias de la declaración de ilegalidad de la formación política *Fuerza y Acción*.

3.5. Condición de diputados de Theo y Alexis tras la ilegalización de *Fuerza y Acción*

En cuanto a la condición de diputados de Theo y Alexis respecto a la ilegalización de la formación política *Fuerza y Acción*, el art. 22 del Reglamento del Congreso de los Diputados de 1982¹⁴ recoge que:

“El Diputado perderá su condición de tal por las siguientes causas:

1º. Por decisión judicial firme que anule la elección o la proclamación del Diputado.

2º. Por fallecimiento o incapacitación del Diputado, declarada ésta por decisión judicial firme.

¹³ Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de marzo de 2003, sobre la ilegalización de los partidos políticos *Herry Batasuna*, *Euskal Herritarrok* y *Batasuna*.

¹⁴ MELLADO PRADO, P., “El nuevo reglamento del Congreso de los Diputados”. *Revista de derecho político*, Nº 18. 1983. Pp. 225-244.

3°. Por extinción del mandato, al expirar su plazo o disolverse la Cámara, sin perjuicio de la prórroga en sus funciones de los miembros, titulares y suplentes, de la Diputación Permanente, hasta la constitución de la nueva Cámara.

4°. Por renuncia del Diputado, ante la Mesa del Congreso”.

Si analizamos dicho precepto podemos extraer que se pierde la condición de Diputado por una sentencia que así lo declare, por fallecimiento o incapacitación, cuando finalice el mandato o por renuncia pero nada se dice sobre el hecho de que el partido político en el que milita el Diputado en cuestión sea declarado ilegal. Por absurdo que pueda llegar a parecer –al menos desde mi punto de vista- y relacionando el art. 22 del Reglamento del Congreso de los Diputados de 1982 con los efectos que produce la ilegalización del partido político, el mero hecho de ser declarada la ilegalización de la formación política “Fuerza y Acción” no implicaría la pérdida de la condición de Diputados de Theo y Alexis que continuarían ostentando la misma pero sin grupo parlamentario.

4. **DICTAMEN II**: *Respecto al 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.*

4.1. Hechos relevantes

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

Notificada la anterior sentencia, “Fuerza y Acción” interpone recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por vulneración del derecho a la participación política del art. 23 CE.

4.2. El recurso de amparo

El recurso de amparo supone una de las principales competencias atribuidas por la Carta Magna al Tribunal Constitucional, teniendo este como objetivo primordial, la protección frente a vulneraciones de los derechos y libertades contemplados en los arts. 14 a 29 y 30.2 CE. El recurso de amparo se desprende de la lectura del art. 53.2 CE cuando señala que “cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos contemplados” en los artículos anteriormente citados.

El recurso de amparo es un recurso extraordinario, subsidiario y excepcional¹⁵. Subsidiario porque sólo es posible interponerlo una vez que se han agotado todas las vías que el ordenamiento jurídico ofrece para procurar la protección del derecho vulnerado¹⁶. Es extraordinario, en la medida que el instrumento ordinario para la defensa de los derechos fundamentales no es el recurso al Tribunal Constitucional, sino el planteado ante los tribunales de justicia. Además, el recurso es excepcional, porque no sólo requiere la lesión de un derecho o libertad fundamental sino que también es necesaria por parte del demandante la alegación de la “especial trascendencia constitucional”.

La LOTC distingue tres tipos o modalidades de recurso de amparo teniendo en cuenta la procedencia del acto del poder público al que se le atribuye una vulneración de derechos fundamentales¹⁷. Tal recurso de amparo cabe contra decisiones parlamentarias (art. 42 LOTC), contra decisiones gubernativas y administrativas (art. 43 LOTC) y contra decisiones judiciales (art. 44 LOTC)¹⁸. En nuestro caso, se trataría de la tercera posibilidad, ya que la formación política “Fuerza y Acción” pretende un recurso de amparo frente a una decisión judicial que declara su ilegalización como partido político.

¹⁵ AGUDO ZAMORA, M., *Manual de Derecho Constitucional*. 5ª edición. 2014. p. 404.

¹⁶ En STC 1/1981: “la finalidad esencial del recurso de amparo es la protección, en sede constitucional, de los derechos y libertades cuando las vías ordinarias de protección han resultado insatisfactorias”.

¹⁷ RUBIO LLORENTE, F., “El recurso de amparo constitucional”, en RODRIGUEZ PIÑERO, M Y BRAVO FERRER (Coord.), *La jurisdicción constitucional en España: la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, 1979-1994: (coloquio internacional. Madrid, 13 y 14 de octubre de 1994)*. 1995. Pp. 125-173.

¹⁸ GONZÁLEZ RIVAS, J. J. “El recurso de amparo constitucional”. *Revista de derecho procesal*, Nº 1-3. Pp. 271-288.

4.3. Fundamento y tramitación del Recurso de Amparo de *Fuerza y Acción* ante el Tribunal Constitucional

Para llevar a buen puerto la demanda de amparo que pretende *Fuerza y Acción* es preciso haber agotado antes la vía judicial previa, así como haber invocado en ésta, tan pronto como fuera posible, la vulneración del derecho fundamental que pretende hacerse valer ante el Tribunal Constitucional. El plazo para la interposición del recurso de amparo contra decisiones judiciales es de treinta días desde la notificación de la resolución que pone fin a la vía judicial previa (art. 44. 2 LOTC).

Es requisito insubsanable y común a todas las modalidades de recurso de amparo que el demandante justifique la especial trascendencia constitucional del recurso (art. 49 LOTC). Se trata de un requisito que no cabe confundir con el de la propia fundamentación de la lesión constitucional denunciada, de modo que la carga de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso es algo distinto a razonar sobre la existencia de la vulneración de un derecho fundamental por el acto o la decisión impugnado.

En la STC 155/2009, FJ 2, se contiene la explicación más acabada hasta la fecha de lo que debe entenderse por “especial trascendencia constitucional” la cual *grosso modo* se puede apreciar cuando no exista doctrina constitucional sobre un determinado supuesto, o bien exista pero el Tribunal Constitucional quiera cambiarla o aclararla. En esos supuestos el asunto en cuestión adquiere esa “especial trascendencia constitucional”.

El recurso de amparo se inicia mediante demanda dirigida al Tribunal Constitucional donde, además de acreditarse el cumplimiento de los requisitos antes referidos, deben hacerse constar con claridad y concisión los hechos que la fundamenten. En nuestro caso la formación política *Fuerza y Acción* puede fundamentar el recurso de amparo en una presunta vulneración del art. 20 CE que reconoce el derecho a la libertad de expresión, la libertad “a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción”, una vulneración del derecho de asociación que contiene el art. 22 CE y en mayor medida, en base al art. 23 CE el cual recoge el derecho a la participación política. En todo caso, se trataría de una vulneración de derechos fundamentales que dan cabida a un recurso de amparo por parte del partido político “*Fuerza y Acción*”.

Como regla general, la interposición del recurso de amparo no suspende el acto recurrido (art. 56.1 LOTC). Sin embargo, cuando la ejecución del acto o sentencia impugnados se derivase un perjuicio al recurrente que pudiera hacer perder al amparo su finalidad, la Sala o la Sección –si es la que está conociendo del asunto-, de oficio o a instancia del recurrente, puede disponer la suspensión total o parcial de sus efectos¹⁹, siempre y cuando la suspensión no ocasione perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido, ni a los derechos fundamentales o libertades de otra persona (art. 56.2 LOTC).

Tras lo anterior, la demanda ha de ser objeto de una decisión de admisión por parte de las Secciones o de las Salas. Para su admisión a trámite, además de cumplir los requisitos legalmente previstos, es preciso que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales.

¹⁹ AGUDO ZAMORA, M., *Manual de Derecho Constitucional*. Cit. Pp. 411-414.

Las decisiones de inadmisión adoptadas por las Secciones o las Salas deben especificar el requisito incumplido y sólo pueden ser recurridas en súplica por el Ministerio Fiscal.

La Sentencia dictada al conocer del fondo del recurso otorgará o denegará el amparo solicitado (art. 55 LOTC). En caso de que se otorgue el amparo contendrá alguno de los siguientes pronunciamientos:

- a) declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución impugnado;
- b) reconocimiento del derecho o libertad pública vulnerado;
- c) restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación.

Si el recurso de amparo hubiera de ser estimado porque a juicio del órgano que conoce del mismo la ley aplicada lesiona el derecho a la libertad de expresión o el derecho a la asociación, se elevará la cuestión al Pleno del Tribunal, con suspensión del plazo para dictar sentencia en el proceso de amparo, hasta que el Pleno se pronuncie sobre la constitucionalidad de la ley aplicada²⁰.

Como se dijo con anterioridad, con carácter general la interposición del recurso de amparo no suspende los efectos del acto o decisión impugnado –en este caso, la disolución de *Fuerza y Acción*– aunque el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, puede disponer su suspensión total o parcial cuando la ejecución del acto o decisión recurrido pudiera producir al demandante un perjuicio que pudiera hacer perder al amparo su finalidad y si la suspensión no ocasiona perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido ni a los derechos fundamentales o libertades de otra persona. Asimismo, el órgano que conozca del recurso de amparo puede adoptar cualesquiera medidas cautelares y resoluciones provisionales previstas en el ordenamiento que por su naturaleza puedan aplicarse en el proceso de amparo y tiendan a evitar que el recurso pierda su finalidad.

4.4. Recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Si existiese una eventual denegación del amparo presentado por la formación política *Fuerza y Acción* no conviene olvidar que el Tribunal Constitucional es el máximo intérprete de la Constitución, sus resoluciones no podrán ser enjuiciadas por ningún órgano jurisdiccional del Estado.

Si el Tribunal Constitucional no admite a trámite una demanda de amparo o admitiéndola desestima la pretensión articulada, la única posibilidad que tendría en este caso *Fuerza y Acción* es la de acudir, en el plazo de los seis meses siguientes al de notificación de la resolución, al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), ya que los derechos y libertades que se podrían considerar vulnerados por la decisión del Tribunal Supremo, se recogen en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), en concreto, la libertad de expresión se recoge en su art. 10 y la libertad de asociación en el art. 11²¹.

Si *Fuerza y Acción* pretende recurrir ante el TEDH debe tener en cuenta que las demandas ante el TEDH deben cumplir ciertos requisitos para que sean admitidos por el Tribunal; de lo contrario, ni siquiera se examinará el fondo del asunto de las mismas.

²⁰ CRUZ VILLALÓN, P. “El recurso de amparo constitucional: El juez y el legislador”. *Los procesos constitucionales : Segundo Simposio de Derecho Constitucional* (Sevilla, 27 y 28 de septiembre de 1991), 1992. Pp. 117-122.

²¹ CARRILLO SALCEDO, J. A., “El convenio europeo de derechos humanos”. en GOMEZ ISA, F., y MANUEL PUREZA, J. (Coord), *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*. 2004. Pp. 395-440.

Solamente puede presentarse una demanda ante el TEDH si se han agotado todas las vías de recurso internas; es decir, *Fuerza y Acción* debe haber consumido las vías judiciales del país en cuestión hasta la última instancia competente (en nuestro caso el recurso de amparo ante el TC).

Las demandas deben invocar al menos uno de los derechos garantizados en el CEDH, pues el TEDH no está facultado para examinar quejas sobre derechos no contenidos en el Convenio. En concreto, la formación política ilegalizada *Fuerza y Acción* podría invocar la libertad de expresión (art. 10 CEDH) y la libertad de asociación (art. 11 CEDH).

Las demandas de *Fuerza y Acción* debe ser presentada ante el TEDH dentro del plazo de seis meses desde el pronunciamiento de la última decisión judicial interna respecto al asunto que normalmente consistirá en una sentencia dictada por el más alto tribunal nacional²².

A estos efectos, *Fuerza y Acción* debe apreciarse como víctima de una conculcación de los derechos y libertades reconocidos en los arts. 10 y 11 CEDH de forma directa y personal, y debe haber sufrido un perjuicio considerable.

²² En nuestro caso, la STC que implique una denegación del recurso de amparo interpuesto por *Fuerza y Acción*.

5. **DICTAMEN III: Sobre las eventuales responsabilidades de Theo y Alexis por las canciones incluidas en su disco.**

5.1. Hechos relevantes

Los hechos relevantes en las eventuales responsabilidades de Theo y Alexis comienzan con un álbum discográfico denominado *La Ley del Altísimo* del que ambos son coautores y el cual fue editado en agosto de 2015. En dicho álbum la canción *En su santo Nombre* contiene frases como “No quedará en estas tierras / ni un solo musulmán. / Nuestros puñales irán directos / al corazón de tu Imán (...) La ley del Altísimo / contra los tuyos / vamos a obedecer / y en su santo nombre, / sacrificaremos a todo hombre / y a toda mujer”. Además, en la canción *Cruzada* se rapea: “Escuchad, moros: / la auténtica Cruzada / ya no se hace en Tierra Santa / se hace dejando vuestros cuerpos / cubiertos por mantas” (...) “A vuestros hijos un gran favor / les vamos a conceder / haciendo que mueran / incluso antes de nacer”.

5.2. Normativa aplicable

Ello nos lleva a valorar la posibilidad de que estos hechos pudiesen ser constitutivos de un delito de discriminación y un delito contra los sentimientos religiosos, de los arts. 510 y 525 del Código Penal (en adelante, CP), respectivamente.

5.3. Delito de discriminación e incitación al odio

A) Tipo básico

El delito de discriminación e incitación al odio contiene su tipo básico en el art. 510.1 a) CP en virtud del cual:

“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”.

El artículo 510 CP es un precepto penal antidiscriminatorio y en este sentido, GARCÍA ÁLVAREZ, entiende que discriminar es no otorgar a una persona el trato que le corresponde en atención a determinadas cualidades personales que le diferencian de los demás, cualidades carentes de relevancia jurídica que, además, conforme a las concepciones dominantes en la sociedad, pueden provocar su marginación o rechazo social.

A priori, discriminar puede ser otorgar, por determinados rasgos diferenciales, tanto un trato inferior como un trato superior al que corresponda a la persona o colectivo en cuestión. Sin embargo, debe tenerse en cuenta aquí el principio de intervención mínima del Derecho penal, en virtud del cual GARCÍA ÁLVAREZ considera que una conducta discriminatoria sólo debe ser penalmente relevante en los casos que revistan mayor gravedad, entendiendo por los casos más graves, aquellos en los que se acentúe, recalque o contribuya a la marginación o rechazo de la persona o colectivo afectado por dichos caracteres diferenciales. Por ello, sólo debe ser importante para el Derecho Penal

el trato desigual inferior o discriminación peyorativa, puesto que ésta es la que impide que la igualdad formalmente proclamada como valor democrático de un Estado de Derecho, sea una igualdad real, quedando fuera de consideración la denominada “discriminación positiva”²³.

No obstante, si bien es cierto que la prohibición de discriminación se encuentra ligada con el derecho a la igualdad proclamado en el art. 14 de nuestra Carta Magna, no puede identificarse con ella *stricto sensu*, pues discriminar no coincide totalmente con no tratar a alguien o a un colectivo de la misma forma o igual que a los demás. Es más, no hay constancia de un derecho constitucional a ser tratados todos por igual, ya que nuestra Carta Magna lo que reconoce, y sólo a los españoles²⁴, es -en exclusiva- un derecho a la igualdad ante la ley, lo que supone, por una parte, la igualdad “en la ley”; y por otra, la igualdad “en la aplicación” de la misma. De manera que discriminar supone no reconocerle a una persona o a un colectivo concreto el trato que le corresponde, pero también supone no otorgarle el trato que le corresponde de acuerdo con la ley. Así, GARCÍA ÁLVAREZ concluye que los preceptos penales antidiscriminatorios lo que castigan es la discriminación en la aplicación de la ley.

Tras la reforma operada por LO 1/2015 en el art. 510 CP se admite en el delito de discriminación tanto una incitación directa como indirecta de la misma, diferenciándose de la provocación. Esta nueva formulación era congruente con la doctrina sentada en la STC 235/2007, de 7 de noviembre, donde se declara conforme a la Constitución la criminalización de ambas clases de incitación a la discriminación, el odio o la violencia.

Por todo lo anterior, en sede de discriminación y para dar una respuesta respecto a las canciones del grupo de raperos *Fuerza y Acción*, el bien jurídico que es protegido cuando se incrimina de manera expresa a la discriminación no es el derecho a la igualdad, sino el derecho a no ser discriminado en el sentido del derecho que tiene toda persona a recibir el trato que le corresponde por ley.

En general, puede decirse que los diferentes preceptos antidiscriminatorios en sentido expreso recogen, de una forma bastante homogénea, los factores o causas de “discriminación”. Estas causas comunes a la discriminación penalmente relevante son la ideología, religión o creencias, la etnia o raza, la nación, el sexo u orientación sexual de la persona afectada por dicho trato peyorativo, o su situación familiar, enfermedad o minusvalía. El que la diferencia de trato se otorgue en atención a alguno de estos factores será lo que caracterice al trato ofrecido, distinto del que hubiera correspondido, como discriminador. Por ello, el hecho de que en las diferentes figuras antidiscriminatorias se emplee para aludir al trato discriminador expresiones como “por razón de” o “por motivos de” no implica, en opinión que haya de exigirse ningún ánimo o tendencia específica en el sujeto activo, sino que nos indican simplemente los factores que otorgan al trato ofrecido el carácter de verdadero trato discriminador, diferenciándolo del trato diferente meramente arbitrario²⁵. En cualquier caso, analizados los distintos factores de discriminación penalmente relevantes resulta cuestionable que todos ellos hayan de tener efectivamente trascendencia penal, así como el que se acojan de manera uniforme en todos los preceptos antidiscriminatorios sin tener en

²³ GARCÍA ÁLVAREZ, P., “El Derecho penal y la discriminación de los extranjeros”. En MUÑOZ CONDE, F. (Coord.), *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*. 2008. Pp. 937-968.

²⁴ JERICÓ OJER, L. “El caso del Imán de Fuengirola: ¿auténtica comisión del delito de provocación a la violencia (art. 510.1 CP)?”. *Revista de penal*, N° 18. 2006. Pp. 153-175.

²⁵ GARCÍA ÁLVAREZ, P. “Protección penal frente a la discriminación racial y étnica: la discriminación de los extranjeros”. En GARCÍA AÑÓN, J. y RUIZ SANZ, M. (Coord.), *Discriminación racial y étnica: balance de la aplicación y eficacia de las garantías normativas*. 2013. Pp. 229-250.

consideración la distinta trascendencia que puede tener un trato desigual peyorativo en atención a cada uno de esos factores según el delito de que se trate, si no es que la previsión generalizada de alguno de ellos resulta incluso totalmente contraproducente.

Respecto a las canciones dirigidas al colectivo de origen musulmán y por lo que se refiere a los extranjeros como posibles víctimas de un trato discriminatorio, ha de reconocerse que en principio la condición de extranjero, de no nacional, es un factor con relevancia jurídica que puede determinar la desigualdad en la ley y, consecuentemente, también ante la ley. En efecto, sólo los españoles, ciudadanos de pleno derecho, son iguales ante la ley (art. 14 CE), por lo que los extranjeros no siempre van a tener por qué ser tratados de la misma forma que los españoles. Ahora bien, aunque los extranjeros no tengan reconocidos ni los mismos derechos que los nacionales ni con la misma extensión, sí han de poder ejercer los derechos que tengan reconocidos de la misma forma que los españoles, es decir, sin ser víctimas de tratos discriminatorios, no estableciéndose a los efectos de la protección penal diferenciación entre nacionales y extranjeros.

De hecho, el extranjero será protegido por los preceptos antidiscriminatorios cuando no se le otorgue el trato que le corresponde por ley no sólo en atención a cualquiera de los factores diferenciadores de los que se indican en las diferentes figuras antidiscriminatorias, al igual que si se tratara de un español; sino que es objeto de protección específica cuando es discriminado por su condición de "extranjero" o de "no nacional", lo que tiene toda su razón de ser. Por un lado, porque si la nacionalidad implica la máxima posición de ventaja de un sujeto en una comunidad política, la caracterización como no nacional conlleva su inclusión en un grupo minoritario, en una situación por fuerza deficitaria. Es más, puede decirse que el tipo de "racismo" existente en las sociedades occidentales desarrolladas económicamente está cambiando hasta el punto de que la categoría de raza está siendo sustituida por la de inmigración. Y es que en el momento presente el rechazo no está motivado tanto por el color de la piel como por la aparente "amenaza" que el inmigrante representa para los nacionales desde un punto de vista, sobre todo, económico y cultural.

Ahora bien, aunque los preceptos antidiscriminatorios protegen a españoles y extranjeros, no lo hacen con la misma amplitud, ya que, protegiéndose en los preceptos antidiscriminatorios como bien jurídico el derecho a ser tratado como corresponda por ley, éste deberá ser dotado de contenido tratándose de extranjeros, distinguiendo según el derecho afectado y el "tipo" de extranjero de que se trate. Y ello porque hay ciertos derechos que se reconocen por igual a españoles y extranjeros, derechos de configuración legal en los que se puede tomar o no en consideración la nacionalidad del titular como dato relevante para modular su ejercicio y derechos que sólo corresponden a los españoles. Además, tratándose de derechos de configuración legal habrá que distinguir según se trate de un extranjero residente o de un extranjero irregular, ya que los extranjeros irregulares no tienen reconocidos prácticamente ninguno de estos derechos. De manera que como el extranjero no siempre tendrá derecho a ser tratado como un español, no podrá decirse que esté siendo discriminado simplemente porque se le otorgue un trato diferente al que corresponde a un nacional²⁶.

En cualquier caso, con el reconocimiento del derecho a ser tratado como le corresponde por ley y su protección incluso a través del Derecho penal, se refuerza y profundiza, al menos teóricamente, en la idea de la integración social de los extranjeros que inspiró la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tan necesaria para evitar la marginación de los

²⁶ LAURENZO COPELLO, P., "La discriminación en el Código Penal de 1995". *Estudios penales y criminológicos*, Nº 19. 1996. Pp. 219-288.

inmigrantes y, con ello, los conflictos sociales que la misma suscitaría. Otra cuestión es que los distintos preceptos penales por su concreta redacción contribuyan eficazmente a la lucha contra la discriminación, en general, y contra la discriminación de los extranjeros, en particular²⁷.

En concreto, el artículo 510.1 CP sanciona "provocar" a la discriminación, el odio o a la violencia por determinados factores diferenciadores, algún autor ha defendido que nos encontramos ante un precepto no verdaderamente antidiscriminatorio, sino ante un delito "clima" con el que se trata de evitar unas conductas que sin llegar a ser provocaciones a hechos constitutivos de delito, pueden, según el "contexto", representar una amenaza para la seguridad existencial de ciertos colectivos vulnerables²⁸. Sin embargo, tal interpretación hace que este precepto resulte inadmisibles en un Derecho penal propio de un Estado de Derecho como el nuestro, ya que la anticipación de la intervención del Derecho penal que supone la redacción de esta figura delictiva en estos términos, al castigar una conducta totalmente desvinculada del bien jurídico, vulnera el principio de intervención mínima del Derecho penal.

Tras la reforma de 2015 el tipo básico que contiene el art. 510.1. a) CP sanciona la incitación directa e indirecta a la discriminación. Además, se amplía la conducta de "fomentar, promover o incitar" directa o indirectamente a la "hostilidad" contra ciertos grupos o sus miembros y no se castiga solamente a quienes inciten, directa o indirectamente, sino también a quienes "fomenten" o "promuevan al odio, hostilidad, etc. Las conductas tipificadas en el art. 510.1 a) CP se castigan cuando se dirigen contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por su pertenencia a aquél, resolviendo en sentido afirmativo la duda suscitada en la legislación derogada del 95 en torno a si la acción puede recaer en sujetos individuales integrantes de esos grupos²⁹

De esta manera entiendo que serán penalmente relevantes conforme a este artículo las provocaciones a discriminaciones delictivas o a violencias discriminatorias también constitutivas de delito dentro de las cuales podrían ser catalogadas las canciones del grupo musical "Fuerza y Acción" puesto que de alguna manera sus letras de contenido islamófobo incitan a realizar actos constitutivos de "delito" contra el colectivo musulmán. En efecto, la canción *En su santo Nombre* del grupo musical constituido por Theo y Alexis incluye frases como "No quedará en estas tierras / ni un solo musulmán. / Nuestros puñales irán directos / al corazón de tu Imán (...) La ley del Altísimo / contra los tuyos / vamos a obedecer / y en su santo nombre, / sacrificaremos a todo hombre / y a toda mujer". Y no es la única canción puesto que en la canción *Cruzada* se enuncian las siguientes frases: "Escuchad, moros: / la auténtica Cruzada / ya no se hace en Tierra Santa / se hace dejando vuestros cuerpos / cubiertos por mantas" (...) "A vuestros hijos un gran favor / les vamos a conceder / haciendo que mueran / incluso antes de nacer".

Por todo ello, el grupo musical que conforman Theo y Alexis es susceptible de padecer la aplicación del art. 510.1. a) CP pues se cumplen los requisitos del tipo básico y se les podría sancionar con la pena prevista en dichos preceptos.

²⁷ GARCÍA VITORIA, A. "Discriminación penal y Estado de Derecho", en CARBONELL MATEU, J. C. (Coord.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*. 2005. Pp. 401-420.

²⁸ LANDA GOROSTIA, J.M. "Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de "lege lata"". *Revista de derecho penal y criminología*, Nº 7. 2012. Pp. 297-346.

²⁹ ROIG TORRES, M., "Los delitos de racismo y discriminación" en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*. 2015. Pp. 1253-1255.

B) Tipos cualificados

Además, se podría el grupo musical *Fuerza y Acción* podría incurrir en tipo agravado del art. 510.3 CP el cual nos dice que: “Las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas”, esto es, la mitad superior de una pena de prisión de uno a cuatro años de duración. Cabría la aplicación de este tipo agravado puesto que el dúo musical “Fuerza y Acción” se hace viral en internet y sus videos alcanzan más de un millón de visualizaciones. Pero no sólo sería aplicable este tipo agravado si no que cabría la posibilidad de aplicar el tipo más agravado que contiene el art. 510.4 CP puesto que las actuaciones del dúo musical generan una tremenda polémica social sobre sus actuaciones. En concreto, el art. 510.4 CP contempla que: “Cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo, se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado”.

C) Disposiciones comunes

Por último en este epígrafe cabe enunciar que el art. 510. 6 CP faculta al Juez o tribunal para acordar “la retirada de los contenidos” de los medios de comunicación. En nuestro caso se valoraría la retirada de las canciones o videos de internet.

5.4. Delito contra los sentimientos religiosos

Además del delito de discriminación cabe valorar en este epígrafe la posibilidad de que las canciones del grupo *Fuerza y Acción* supongan de alguna manera delitos contra la libertad de conciencia y los sentimientos religiosos del art. 525.1 CP según el cual: “ Incurrirán en la pena de multa de ocho a doce meses los que, para ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa, hagan públicamente, de palabra, por escrito o mediante cualquier tipo de documento, escarnio de sus dogmas, creencias, ritos o ceremonias, o vejen, también públicamente, a quienes los profesan o practican”.

El tipo requiere de un elemento subjetivo del injusto de carácter finalista, es decir, se lleva a cabo la conducta con la finalidad de ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa; no es imprescindible que efectivamente se ofenda. En efecto, la conducta ha de revestir carácter público, siendo indiferente que se realice por palabra, escrito o mediante cualquier otro título de documento, tal como reza el artículo 525 CP. Con la referencia a los dogmas parece que las creencias religiosas se integran, de manera inmediata, en el objeto de protección, con todos los problemas que desde el punto de vista de la libertad ideológica y de la libertad de expresión puede conllevar una tal configuración del tipo³⁰. La conducta consiste, pues, en realizar escarnio o vejar.

El "escarnio" el cual es elemento objetivo del tipo consiste en la burla tenaz que se hace con propósito de afrentar, una clase de injuria con la que se pretende ridiculizar los sentimientos religiosos.

En el delito que contiene el art. 525.1 CP, se sanciona ataques de una cierta gravedad, por lo que se suele exigir el empleo de medios violentos o coactivos, que

³⁰ ROCA DE AGAPITO, L. “Delitos contra la libertad de conciencia y los sentimientos religiosos”, en ÁLVAREZ GARCÍA, J. (Dir.), *Tratado de derecho penal español. Parte especial. IV. Delitos contra la Constitución*. 2016. Pp. 471-539.

excluyen las meras perturbaciones o discrepancias. Del mismo modo, se exige "publicidad", esto es, su realización mientras se lleva a cabo una procesión o se celebra una misa o se entierra a un difunto.

Estamos ante un delito que permite su comisión desde una pluralidad de medios siempre y cuando exista un claro propósito doloso (voluntario) y con la finalidad de afectar a los derechos de matiz religioso o de herir dichos sentimientos. Es decir, el art. 525.1 CP requiere un dolo específico o ánimo deliberado de ofender los sentimientos religiosos legalmente tutelados. Exista así un elemento finalístico, de tipo subjetivo, con el que se busca humillar, ofender o burlarse de sentimientos religiosos.

Respecto a la prueba de esa intención de ofender los sentimientos religiosos o el elemento psicológico debe de ser indiciaria o indirecta, ya que el *animus* de ofender debe inferirse del conjunto de circunstancias de hecho objetivas que resulten efectivamente demostradas.

A efectos de valorar la comisión o no del delito contenido en el art. 525.1 CP por el dúo musical conformado por Alexis y Theo tendremos en cuenta que en muchas ocasiones los tribunales han absuelto del delito por entender que no existía intención de lesionar los sentimientos religiosos ajenos. Por ejemplo, la sentencia de la AP de Valladolid 367/05 de 21 de octubre, absuelve al acusado que había exhibido durante Semana Santa y en pleno recorrido de la procesión, una pancarta con la imagen de la Virgen María y de Jesús con la leyenda "Adúltera con su bastardo". En este caso se concluyó que la conducta en el FJ 2 de la sentencia que dicha conducta "no estaba dirigida a lesionar los sentimientos religiosos ajenos, sino a su deseo de expresar y exteriorizar opiniones discrepantes".

Por ello –y en mi opinión- el dúo musical *Fuerza y Acción* con sus canciones *En su santo nombre* y *Cruzada* no incurre en la comisión del tipo penal analizado en este epígrafe ya que no pretende en esencia ofender los sentimientos religiosos del colectivo musulmán, sino que de alguna manera promueven la violencia contra las personas de origen musulmán, entiendo que sólo se podrá aplicar el art. 525.1 CP allí donde se haya querido, esencialmente, ofender los sentimientos religiosos y se hayan empleado expresiones objetivamente ofensivas³¹; pero, en los demás casos, la conducta será lícita en sede de aplicación del art. 525 CP. De este modo, es ciertamente discutible que las canciones del dúo musical *Fuerza y Acción* supongan un delito contra los sentimientos religiosos, sin embargo suponen -en efecto- un delito de discriminación e incitación al odio contra el colectivo musulmán.

³¹ MORILLAS CUEVA, L. "Delitos contra la constitución (VI): Delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos", en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.), *Sistema de derecho penal: parte especial: 2ª edición, revisada y puesta al día conforme a las leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015*. 2015. Pp. 1305-1317.

6. DICTAMEN IV: *Acerca de eventuales responsabilidades de Theo y Alexis por las declaraciones realizadas desde el inicio de su carrera política.*

6.1. Estatuto de parlamentarios

Las declaraciones realizadas por Theo y Alexis desde el inicio de su carrera política -las cuales podrían derivar en responsabilidades de algún tipo- nos llevan a tener en cuenta como paso previo su estatuto de parlamentarios puesto que con la finalidad de proteger la actividad parlamentaria que resulta fundamental en un Estado Democrático, los diputados gozan de una serie de prerrogativas orientadas a favorecer la libre actuación de las cámaras tanto en lo que hace referencia a la libertad de expresión como lo que se refiere a la composición de las mismas Cortes Generales. Estas prerrogativas parlamentarias no son privilegios sino garantías que surgen como consecuencia de situaciones históricas donde el poder ejecutivo ha presionado de alguna manera al poder legislativo alterando de alguna forma el funcionamiento de las cámaras³².

A) **La inviolabilidad de Theo y Alexis**

La primera prerrogativa de la que gozan Theo y Alexis como parlamentarios es la inviolabilidad. Nuestra Carta Magna en su Título III. *De las Cortes Generales*, en concreto, en su art. 71.1 establece la inviolabilidad de la que gozan los parlamentarios en los siguientes términos: “Los Diputados y Senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones”. La inviolabilidad protege a los parlamentarios con exención total de responsabilidad –penal, civil, administrativa o laboral- por las opiniones y actos realizados en el ejercicio de las funciones representativas. Las Cortes generales son inviolables lo que significa que no es posible exigirse responsabilidad jurídica alguna por los actos realizados en el ejercicio de su instrucción. Incluso el Código Penal considera delitos las manifestaciones ante las Cámaras cuando estén reunidas, entrar indebidamente en las cámaras con o sin armas o cualquier intento de coaccionar a sus integrantes o de perturbar su funcionamiento³³.

La inviolabilidad ha sido caracterizada como «un privilegio» de naturaleza sustantiva que garantiza la irresponsabilidad jurídica de 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 articulaciones de las Cortes Generales o, por excepción, «en actos exteriores a la vida de las Cámaras que sean reproducción literal de un acto parlamentario», 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.

El contenido de esta prerrogativa parlamentaria fue configurado por el Tribunal Constitucional como una garantía de naturaleza sustantiva que, en cuanto excluye la responsabilidad jurídica de los parlamentarios por las opiniones manifestadas en el ejercicio de su función parlamentaria, no requiere la interposición de una autorización previa. Innecesario es reiterar que no estamos ante un derecho personal, sino ante una garantía que se vincula con el *ius in officium*.

En suma, lo que se pretende con la inviolabilidad de los parlamentarios es proteger la función parlamentaria que resulta un pilar esencial de un Estado

³² SÁNCHEZ SÁNCHEZ, J., “Las prerrogativas parlamentarias”, en SARMIENTO MÉNDEZ, X. A. (Coord.), *Manual AELPA del parlamentario*. 2016. Pp. 39-54.

³³ ROSADO IGLESIAS, G., “Prerrogativas parlamentarias y Tribunal Constitucional”. *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, Nº 14. 2006. Pp. 39-80.

Democrático y de Derecho—por eso se habla de prerrogativa o garantía y no a la persona o privilegio—esta garantía no opera, como ha dicho el Tribunal Constitucional: “cuando los actos hayan sido realizados por su autor en calidad de ciudadano (de “político” incluso) fuera del ejercicio de competencias y función que le pudieran corresponder como parlamentario”³⁴. En suma, no serán perseguibles las declaraciones realizadas en una sesión parlamentaria, aunque puedan resultar ofensivas, pero sí si se hacen, por ejemplo, en una rueda de prensa o en un mitin. La inviolabilidad es perpetua, por lo que no se puede demandar al parlamentario una vez que ha dejado el cargo por las manifestaciones realizadas en el ejercicio de su función. El bien jurídico que protege la inviolabilidad es la libertad de expresión y por tanto la capacidad de control que es indispensable para la función representativa.

De este modo, la inviolabilidad impide cualquier procedimiento judicial tanto en el ámbito penal como en el ámbito civil. No es posible una querrela penal y una demanda civil por las opiniones manifestadas en el ejercicio de las funciones que se encuentran protegidas por la garantía de la inviolabilidad. Como se ha dicho anteriormente, la inviolabilidad extiende sus efectos temporales de manera indefinida por lo que tampoco es posible un procedimiento judicial por las opiniones vertidas en sus funciones parlamentarias cuando ha dejado de ser parlamentario. El objeto de la inviolabilidad son especialmente las opiniones manifestadas aunque también se puede extender a otras intervenciones o manifestaciones de posición en votaciones o proposiciones no de ley³⁵. Por tanto el ámbito objetivo de la inviolabilidad excluye las opiniones emitidas por parlamentarios fuera del ejercicio de las funciones parlamentarias y la inviolabilidad del parlamentario no extiende su cobertura a las reuniones de parlamentarios que se celebran sin convocatoria reglamentaria y donde no se ejercen las funciones parlamentarias ni se ostentan sus privilegios. Sin embargo, la inviolabilidad no excluye que las propias cámaras puedan imponer sanciones a los parlamentarios por las opiniones vertidas durante las funciones parlamentarias a través de las potestades disciplinarias que ejercen las propias cámaras.

B) La inmunidad de Theo y Alexis

La segunda prerrogativa de la que gozan Theo y Alexis como diputados es la inmunidad la cual es reconocida en el art. 71.2 CE de la siguiente manera:

“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”.

Esta prerrogativa protege al parlamentario frente a cualquier acto del poder ejecutivo en especial de las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado y frente a cualquier acto del poder judicial que pueda limitar su libertad personal reconocida en el art. 17 CE. En suma, la inmunidad evita cualquier detención por parte de los cuerpos de seguridad y cualquier forma de privación de libertad a través de procedimiento penales. La inmunidad va dirigida a que esta detención o privación de libertad no se haga por motivos políticos y tenga su causa en una persecución política. El bien jurídico que se protege es la correcta composición de las cámaras, de forma que la privación de libertad no altere sus equilibrios numéricos. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha señalado que la inmunidad de los parlamentarios así como su inviolabilidad tiene que

³⁴ STC 243/1988, de 19 de diciembre, FJ 3. B).

³⁵ MARTÍNEZ ELIPE, L., “Prerrogativas parlamentarias”. *Teoría y realidad constitucional*, N° 5. 2000. Pp. 43-72.

interpretarse de manera restrictiva debido a que se limita mucho el derecho a una tutela judicial efectiva³⁶.

La inmunidad no es absoluta ya que el diputado o senador puede ser procesado si lo autorizan las cámaras. La concesión de suplicatorio para procesar a un diputado tiene que ser justificada y motivada por las cámaras valorando si en la petición judicial se esconde algún móvil político. Se trata esta concesión o suplicación de delegatoria es un acto parlamentario sin valor de ley sometido a control jurisdiccional sometido a control jurisdiccional a través del recurso de amparo directo ante el Tribunal Constitucional. No es una decisión política, es de naturaleza jurídica. El parlamento no podrá denegar el suplicatorio si no existe una persecución de carácter político. En ningún caso el parlamento puede llevar a cabo un enjuiciamiento sobre el fondo del asunto que le corresponde al órgano judicial. La inmunidad no es derecho del diputado o senador sino que solo puede disponer de ella las cámaras³⁷.

Existen diferencias sustanciales entre la inviolabilidad y la inmunidad que constituyen el estatuto de los parlamentarios. En primer lugar, la inmunidad solo se limita al ámbito penal y no impide los procedimientos civiles o laborales contra un diputado ya que solo los procedimientos penales pueden implicar la privación de libertad. En segundo lugar, la inmunidad alcanza cualquier procedimiento penal contra un parlamentario así mientras que la inviolabilidad solo protege frente a actos parlamentarios la inmunidad protege todos los actos que cometan los parlamentarios también fuera de sus funciones parlamentarias y que puedan implicar un procedimiento penal contra él. En tercer lugar, la inmunidad se limita a la duración del mandato parlamentario, mientras que la inviolabilidad se extiende más allá y fuera del mandato parlamentario³⁸. De este modo, lo que se pretende de nuevo es que se modifique la composición de las cámaras. De hecho si el parlamento no concede suplicatorio siempre se podrá perseguir penalmente a esa persona cuando deje de ser diputado.

En aplicación de lo anteriormente expuesto y para ofrecer un dictamen sobre las eventuales responsabilidades de Theo y Alexis por las declaraciones realizadas desde el inicio de su carrera política cabe aquí recoger las declaraciones que podrían ser relevantes para derivar en una eventual responsabilidad, valorando en su caso, la responsabilidad en cuestión:

6.2. Declaración primera

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

En este caso, la declaración realizada por Theo no se realiza cuando este dispone del estatuto de parlamentario pues ni siquiera se han celebrado las elecciones. Por lo cual, cabría valorar la posibilidad de una responsabilidad por tal declaración sin apreciar desde mi punto de vista una amenaza por tratarse de una declaración muy genérica sin una víctima determinada ni un mal concreto. Por ello, considero que a pesar de no gozar

³⁶ FERNÁNDEZ SEGADO, F., “Las prerrogativas parlamentarias en la jurisprudencia constitucional”. *Revista de las Cortes Generales*, Nº 38. 1996. Pp. 7-46.

³⁷ CLAVERO ARÉVALO, M. F., “Derechos fundamentales y prerrogativas parlamentarias”, en MARTÍN-RETORNILLO BAQUER, S. (Coord.) , *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Vol 3. 1991. Pp. 2113-2124.

³⁸ LÓPEZ GIL, M. “Las prerrogativas parlamentarias en el ordenamiento jurídico español”. *Actualidad penal*, Nº 5. 2000. p. 91.

de inviolabilidad o inmunidad Theo no incurre en ninguna responsabilidad por la declaración realizada el 23 de febrero de 2017 durante un mitin electoral.

6.3. Declaración segunda

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

En la misma línea que en la declaración anterior, Theo no se encuentra bajo la cobertura del estatuto de parlamentario. Por ello podría valorarse una eventual responsabilidad por lo declarado. En concreto, cabría valorar la existencia de un delito de calumnia del art. 206 CP en la medida en que la afirmación realizada por Theo supone la atribución de la realización de enaltecimiento al terrorismo por parte del Partido Socialdemócrata y demás formaciones políticas.

6.4. Declaración tercera

El 2 de marzo de 2017, en un multitudinario mítin final de campaña en Burgos, ante 5.000 personas, Theo tomó la palabra y dijo: “Este domingo es el día en que este país dejará de estar arrodillado. Este domingo es el día en que, por fin, este país va a decir bien claro que quien no esté a favor de la regeneración cristiana se arriesga a que el pueblo lo lleve a la horca”.

Como se ha dicho con anterioridad, Theo no goza del estatuto de parlamentario por lo que no dispone de la cobertura de la inviolabilidad e inmunidad que el mismo implica para el ejercicio de las funciones parlamentarias. Por ello, podría existir responsabilidad si bien en esta declaración no aprecio un mal concreto y suficiente para encuadrarte en un tipo penal determinado.

6.5. Declaración cuarta

El 4 de marzo de 2017, tras las elecciones y en un tono triunfalista, Theo realiza las siguientes declaraciones: “Hoy es el día en el que los españoles han dicho lo que quieren. Quieren fuerza y acción frente a quienes han vendido la patria a los extranjeros. Quieren verlos o fuera de nuestra tierra o debajo de ella”.

En esta declaración realizada por Theo tampoco sería posible una cobertura de la inviolabilidad parlamentaria frente a una eventual responsabilidad, puesto que aún no goza de la condición de diputado, cabría valorar una responsabilidad por un hecho constitutivo de un delito de amenazas dirigidas a un colectivo del art. 170 CP.

6.6. Declaración quinta

El 4 de marzo de 2017, respecto al 40% de abstención, Alexis declara: “Hay muchos españoles que hoy, con su silencio, han sido muy claros: no quieren perpetuar esta farsa. No quieren más política de palabras. No quieren más campañas electorales. No quieren que una falsa mayoría les imponga nada. Nos están diciendo: sólo queremos regirnos por lo que nuestra conciencia española y cristiana nos dicta. Nos están diciendo: id allí y comunicadles a todos esos traidores que su fin ha llegado. Y eso haremos: iremos a sentarnos entre ellos y a anunciarles que pronto verán el Parlamento arder”.

Esta declaración es muy relevante puesto que parece totalmente contraria a los valores que imperan en un Estado Democrático y de Derecho como el nuestro. En este sentido, la inviolabilidad no se puede extender a dicha declaración habida cuenta de que

Theo no cuenta todavía con la cobertura que supone la condición de diputado del Congreso. Es importante la declaración puesto que en mi opinión puede ser un argumento que ayuda a decantar la balanza hacia la ilegalización de la formación política *Fuerza y Acción*.

6.7. Declaración sexta

El 5 de marzo de 2017, Theo declara: “nuestro secretario general ha expresado lo que muchos se niegan a oír: la democracia es una farsa. La voz del Pueblo no se puede sustituir. Por eso yo invito a todos los que de verdad quieren formar parte de esta reconquista que se hagan sentir el próximo día 17 (día de apertura de la legislatura)”.

En mi opinión, es otra declaración muy relevante ya que atenta de forma más directa contra los valores del Estado Democrático-siendo ello muy relevante a la hora de declarar la ilegalización de la formación política- que además incita a la población a una especie de rebelión contra el mismo Estado Democrático. Al no gozar Theo de la cobertura que implica el estatuto de parlamentario es perfectamente posible una eventual responsabilidad por esta declaración realizada el 5 de marzo de 2017.

6.8. Declaración séptima

El 18 de marzo de 2017, en el Congreso de los Diputados, estando en su turno de palabra, Theo en nombre de FyA, expone que: “renunciamos a toda vía de entendimiento con torturadores y traidores. A partir de ahora sólo hablaremos en el campo de batalla”. Acto seguido, la presidenta del Gobierno, Sra. Soraya Rajoy, interviene para inquirir a Theo por el sentido exacto de sus palabras, momento en el que Alexis se levanta de su escaño y grita: “Significa que vais a salir todos de aquí con los pies por delante y le vamos a prender fuego a este edificio”. Alexis es inmediatamente expulsado del hemiciclo por el Presidente del congreso.

Pese a que esta declaración pueda resultar impactante –incluso una de las más radicales realizadas por el diputado Theo- no es posible responsabilidad alguna, entraría en juego la inviolabilidad que forma parte de su estatuto de parlamentario, ello es así debido a que se encuentra manifestando una opinión en el ejercicio de sus funciones parlamentarias. Sin embargo, la inviolabilidad no excluye que las propias cámaras le puedan imponer sanciones por las opiniones vertidas durante sus funciones parlamentarias a través de las potestades disciplinarias que ejercen las propias cámaras (en este caso, la expulsión del hemiciclo).

6.9. Declaración octava

El 18 de marzo de 2017, en los pasillos del Congreso de los Diputados, Alexis dice: “Basta de tonterías: somos fuerza y acción. Hoy es una jornada de ira y desde aquí hago un llamamiento: ¡Que todos los que nos apoyan salgan a la calle y tomen lo que es suyo!”.

Por último, esta declaración realizada por diputado Alexis no se enmarca en el ejercicio de sus funciones parlamentarias pese a encontrarse en los pasillos del Congreso de los Diputados, por lo que resultaría posible una eventual responsabilidad. Cabría valorar la posibilidad de que esta declaración pudiese ser constitutiva de delito por incitar de alguna manera a una especie de rebelión contra el orden establecido.

7. DICTAMEN V: *Respecto a una eventual responsabilidad de Alexis por el asalto a la mezquita.*

7.1. Hechos relevantes

El hecho relevante para valorar una eventual responsabilidad de Alexis en este epígrafe se produce un día comprendido entre el 18 y el 20 de marzo de 2017, en el cual Alexis en compañía de un numeroso grupo de afiliados de *Acción inmediata*, irrumpen, durante el rezo del *Magrib*, en una mezquita provistos de garrafas con sangre de cerdo y comienzan a rociar a los fieles allí congregados con ella, provocándose una reyerta en la que hubo 40 heridos, sin que sea posible determinar si Alexis, quien resultó herido también, lesionó a alguna de las personas que se encontraban presentes en la mezquita.

7.2. Normativa aplicable

Este hecho llevado a efecto por Alexis podría ser constitutivo de un delito contra los sentimientos religiosos del art. 524 CP en virtud del cual: “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”.

Por profanar ha de entenderse, a tenor del significado del término en el lenguaje común, tratar un objeto religioso sin el debido respeto o aplicarlo a usos profanos. Para que pueda estimarse realizado el tipo, la conducta ha de revestir una cierta gravedad, sin que las meras irreverencias puedan estimarse constitutivas de delito³⁹.

Además de la profanación, se exige la ofensa de los sentimientos religiosos, con lo cual quedarán fuera del tipo las acciones realizadas en privado que no hayan trascendido al resto de la colectividad. Junto a estos dos elementos objetivos, a los que hay que añadir la necesidad de que la conducta se realice en el templo, lugar destinado al culto, o durante una ceremonia religiosa, también existe la necesidad de un elemento subjetivo, el cual implica que el autor ha de tener el propósito o la intención de ofender los sentimientos religiosos para que pueda estimarse cometido el delito⁴⁰.

7.3. Responsabilidad de Alexis por delito contra los sentimientos religiosos

Tomando en consideración el precepto en sí y la anterior valoración doctrinal, a mi juicio es probable que Alexis sea condenado por un delito contra los sentimientos religiosos del art. 524 CP si además le sumamos la valoración jurisprudencial, ya que en Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza 191/2014, de 6 de noviembre de 2014, se condena a una persona por un delito contra los sentimientos religiosos por entrar braceando y hablando sólo en la basílica del Pilar de Zaragoza y dirigirse a la capilla de la Virgen, en la que se estaba oficiando una misa y en la que había unas doscientas personas, empezando a escupir al sacerdote que estaba celebrando y a la

³⁹ RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., “Los delitos contra los sentimientos religiosos”. *Diario La Ley*, Nº 8984. 2017.

⁴⁰ VALMAÑA OCHAÍTA, S. “Los delitos contra la libertad de conciencia y los sentimientos religiosos”, en GARCÍA VALDÉS, C. (Coord.) y otros, *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Vol. 2. 2008, pp. 2285-2310.

imagen de la Virgen, mientras profería expresiones como “me cago en Dios”, “hija de la gran puta”, refiriéndose a la Virgen o “hijo de puta”, refiriéndose al sacerdote. También en STS 375/2011, de 18 de agosto de 2011, el Tribunal Supremo condena a una persona a diez meses de prisión e inhabilitación para sufragio pasivo por un delito contra los sentimientos religiosos porque dicha persona con ocasión de encontrarse la parroquia de Cristo Rey de Usera con numerosa congregación de fieles por celebración de actos religiosos con cinco bautizos, entró a la misma portando un palo de madera de 50 centímetros, de forma amenazadora perturbando e interrumpiendo el acto gritando “no creo” cuando los fieles decían “sí creo”, a la vez que encendía mecheros y hacía gestos obscenos a las imágenes religiosas, obligando al párroco a bajar del altar al que increpaba gritándole “te vas a enterar sabemos donde vives”, “sal si tienes cojones”.

En suma, es más que probable que un tribunal considere a Alexis responsable penalmente por un delito contra los sentimientos religiosos del art. 524 CP por irrumpir en la mezquita, durante el rezo del *magrib*, interrumpiendo dicha ceremonia al rociar con sangre de cerdo a los fieles allí presentes, provocando ello una reyerta. En efecto se cumplen los requisitos objetivos y el requisito subjetivo para una condena de Alexis por un delito contra los sentimientos religiosos, habida cuenta de que la reyerta implica la trascendencia a lo público de la ofensa contra los sentimientos religiosos del colectivo musulmán, se realiza en una mezquita y parece obvio, que Alexis pretende ofender los sentimientos religiosos del colectivo musulmán por su notable trayectoria islamofóbica.

8. DICTAMEN VI: Sobre una eventual responsabilidad de Vigaray por el incidente del día 17 de marzo.

8.1. Hechos relevantes

El día 17 de marzo de 2017-día de la apertura de la Legislatura- son convocados por *Acción Inmediata* un grupo de alrededor de 500 jóvenes los cuales se concentran en las inmediaciones del Congreso de los Diputados. La policía lleva a cabo un cordón de seguridad pero tanto Vigaray como otros sujetos consiguen saltarlo. Vigaray se abalanza contra el vehículo descapotable que transportaba al Jefe de Estado, arrojando una antorcha apagada a la cara del mismo exclamando: “¡La próxima vez encendida!”, siendo detenido inmediatamente. Acto seguido, se produjeron disturbios y una serie de cargas policiales contra los adeptos de FyA que se saldaron con 120 detenidos y más de 300 heridos entre policías y activistas.

8.2. Normativa aplicable

Estos hechos podrían ser constitutivos de sendos delitos contra las instituciones del Estado. Ya que el hecho de que sean convocados por *Acción Inmediata* un grupo de alrededor de 500 jóvenes que se concentran en las inmediaciones del Congreso de los Diputados podría ser susceptible de enmarcarse en el tipo penal que contiene el art. 494 CP. Por su parte, que Vigaray se abalance contra el vehículo descapotable que transportaba al Jefe de Estado, arrojando una antorcha apagada a la cara del mismo exclamando: “¡La próxima vez encendida!”, podría ser constitutivo del tipo que contiene el art. 490.2 CP.

8.3. Delito del art. 494 CP

Según el art. 494 CP: “Incurrirán en la pena de prisión de seis meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses los que promuevan, dirijan o presidan manifestaciones u otra clase de reuniones ante las sedes del Congreso de los Diputados, del Senado o de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma, cuando estén reunidos, alterando su normal funcionamiento”.

El bien jurídico protegido por el art. 494 CP es la paz del lugar para la libre formación de la voluntad de los legisladores.

El sujeto activo sería el colectivo de personas que “promueven, dirijan o presidan” la manifestación o la reunión, pero no lo serían los que a ella concurren, por lo que el precepto no establece condena alguna para los asistentes a dichos eventos.

Además, el art. 494 CP parece contener un delito doloso no siendo tan claro que sea esencial que deba ser intencional y de resultado. En efecto, debe ser consecuencia - en todo caso- de la actuación delictiva la alteración del normal funcionamiento de la institución –en nuestro caso el Congreso de los Diputados- alteración que a juicio de muchos autores, debe concretarse en alguna circunstancia objetivamente acreditable ⁴¹.

⁴¹ ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., “Delitos contra las instituciones del Estado (III)”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.) y otros. , *Tratado de derecho penal español. Parte especial. IV. Delitos contra la Constitución*. 2016. Pp. 211-281.

Otros autores, aunque compartan este aserto, no tienen muy claro que dicha alteración deba formar parte de manera necesaria del dolo del tipo penal⁴².

8.4. Delito de amenazas contra el Jefe de Estado

En virtud del 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”.

El tipo que contiene el art. 490.2 CP protege el funcionamiento de la corona de posibles perturbaciones. En este caso, se protege de amenazas graves y de amenazas leves. Cabe valorar a efectos de aplicación a Vigaray de este tipo cuál es el alcance de lanzar una antorcha no encendida a la cara del Jefe de Estado y exclamar acto seguido: *¡La próxima vez encendida!*.

Al no existir precedentes en la aplicación de este precepto, podemos acudir a la analogía y analizar la aplicación de las amenazas de los arts. 169 y ss. CP para estudiar si puede existir una condena para Vigaray por haber amenazado de manera efectiva al Jefe de Estado.

En este caso, la acción llevada a cabo por Vigaray podría calificarse –de no realizarse contra el Jefe de Estado– como una amenaza incondicional de un mal constitutivo de delito del art. 169.2 CP. Por amenaza debe entenderse “el anuncio de causar a otro o a su familia un mal en su persona, honor o propiedad” (art. 169 CP). Además, el mal que se amenaza tiene que ser un mal concreto, futuro y con apariencia de firmeza.

El Tribunal Supremo sostiene la amenaza debe fundamentarse en un mal injusto, determinado, posible y dependiente en su ejecución efectiva de la voluntad del sujeto⁴³.

El bien jurídico protegido por el delito de amenazas es la libertad de formación de la voluntad y el sentimiento de tranquilidad del sujeto. Se entiende que dicho bien jurídico ha sido perturbado y por tanto se ha cometido el delito cuando dichas amenazas llegan a conocimiento del amenazado⁴⁴.

Para apreciar la consumación del delito de amenazas es relevante el hecho de que la misma se pueda considerar grave o leve pues ello puede derivar en un cambio sustancial de las penas. En nuestro caso, llevando lo analizado en las amenazas básicas a las amenazas realizadas contra el Jefe de Estado, el carácter grave o no supone una diferencia en las penas como se verá a continuación.

8.5. Responsabilidad de *Acción inmediata* por el delito del art. 494 CP

El día 17 de marzo de 2017–día de la apertura de la Legislatura– son convocados por “*Acción Inmediata*” un grupo de alrededor de 500 jóvenes los cuales se concentran en las inmediaciones del Congreso de los Diputados. Tras la amenaza de Vigaray al Jefe de Estado, se produjeron disturbios y una serie de cargas policiales contra los adeptos de “*Fuerza y Acción*” que se saldaron con 120 detenidos y más de 300 heridos entre policías y activistas.

⁴² POLAÍNO NAVARRETE, M., “Delitos contra las Instituciones del Estado y la división de poderes”. En POLAÍNO NAVARRETE, M. (Coord.), *Lecciones de derecho penal: parte especial*. Vol. 2. 2011. Pp. 463-488.

⁴³ SSTS 1018/1999; 311/2007, entre otras.

⁴⁴ ALBERTO DIEGUES, J., “Amenazas”. *Revista de derecho Penal y Criminología*, Nº1. 2012. Pp. 67-74.

Al tratarse de una manifestación convocada el día de apertura de la Legislatura y la cual genera una serie de disturbios, se puede entender realizado el hecho constitutivo de delito del art. 494 CP. En este sentido, la condena recae sobre “los que promueven, dirijan o presidan las manifestaciones” en cuestión. Por ello, el sujeto activo aquí no puede ser otro que “*Acción Inmediata*” como tal y quedando exentos de responsabilidad el grupo de alrededor de 500 jóvenes que se concentran en las inmediaciones del Congreso de los Diputados. *Ergo*, *Acción Inmediata* incurrirá en una pena de prisión de seis meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses.

8.6. Responsabilidad de Vigaray por amenaza al Jefe de Estado

Lanzar una antorcha no encendida a la cara del Jefe de Estado y exclamar acto seguido: “¡La próxima vez encendida!” constituye el anuncio de causar un mal concreto –lesiones cuando menos-, futuro y con cierta apariencia de seriedad.

Por ello, cabría aplicar el art. 490.2 CP pero habría que valorar si se trata de una amenaza grave (la cual tiene una pena que oscila entre los tres y los seis años de prisión) o una amenaza leve (la cual lleva aparejada una pena de prisión de uno a tres años de prisión).

Para determinar si la amenaza realizada por Vigaray es grave o es leve me remito nuevamente a la analogía. En las amenazas ordinarias, la diferencia entre las que son calificadas como graves y las que lo son como leves no está muy clara. Ello supone que los tribunales a la hora de valorar el carácter grave o leve de la amenaza caigan en “cierto casuismo”.

En la jurisprudencia a veces se sostienen como criterios diferenciadores: la persistencia en la idea amenazadora, la intención de causar el mal y la gravedad del miedo que pudieron sufrir las víctimas. Otras veces la diferenciación podría resultar de la mayor o menor gravedad del mal pronosticado y a la mayor o menor seriedad y credibilidad del anuncio.

Sin embargo, que la víctima de la amenaza en nuestro caso sea el Jefe de Estado solaparía todo lo anterior debido a que para distinguir entre lo grave y lo leve los tribunales suelen caer en “cierto casuismo” como se ha dicho. No hay duda de la presión social que sufrirían los tribunales que valoraran si el hecho realizado por Vigaray constituye una amenaza grave o leve. En mi opinión, el tribunal se decantaría por apreciarlo como un hecho grave por el contexto y por tratarse del Jefe de Estado. Es muy probable que Vigaray sea condenado por un delito de amenaza grave contra el Jefe de Estado del art. 490.2 CP a una pena de prisión de tres a seis años de duración.

9. DICTAMEN VII: *Sobre una eventual responsabilidad de Deyverson por las falsas afirmaciones que ha realizado en su diario “Nuestra Fuerza”.*

9.1. Hechos relevantes

En agosto de 2016, se funda *Nuestra Fuerza*, un diario *online* de apoyo al partido político *Fuerza y Acción*, dirigido por el polémico periodista Deyverson.

El 25 de febrero de 2017, *Nuestra Fuerza* publica un reportaje en el que acusa a diversos partidos políticos de estar financiados por Estados musulmanes. En particular, se expone que la Unión Demócrata sufraga sus campañas con dinero iraní y el Partido Socialdemócrata con fondos procedentes de Arabia Saudí. Ambos partidos niegan estas aseveraciones y anuncian medidas legales. Esa noche, personas no identificadas realizan pintadas amenazantes en las sedes de ambos partidos.

El 18 de marzo de 2017 se celebra una sesión parlamentaria en el Congreso de los Diputados. Esa misma mañana, en un reportaje firmado por Deyverson *Nuestra Fuerza* publica que Vigaray y otros miembros de *Acción inmediata* han sido torturados por la policía y por “agentes de Estados musulmanes”, señalando como inductor de dichas torturas al Comisario de la Policía Nacional, señor Camarasa. En portada aparece una fotografía el Sr. Camarasa con un sello encima con el lema “Juzgado condenado por alta traición”.

Sobre las 20:30 del 18 de marzo de 2017, cuatro individuos no identificados abordan en la vía pública al Sr. Camarasa, abriendo fuego contra él y causándole la muerte. Encima dejan una copia de la portada de ese día de *Nuestra Fuerza* y se dan a la fuga.

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

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

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

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

9.2 Normativa aplicable

Los hechos descritos en el epígrafe anterior, derivados de la actividad del diario informativo *Nuestra Fuerza* del que Deyverson es responsable, podrían ser constitutivos de un delito de calumnias de los arts. 205 y ss. CP, incitación al odio del art. 510.1 CP y homicidio por imprudencia profesional del art. 142 CP.

9.3 Delito de calumnias

A) Las calumnias en el Código Penal

Para valorar si existe la comisión del delito de calumnia por parte de Deyverson como responsable del diario *Nuestra Fuerza* es necesario el estudio previo del tipo penal en cuestión con el objetivo final de dictaminar si existiría una condena o no.

El art. 205 CP define como “la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”.

En virtud del art. 206 CP las calumnias llevarán aparejada “penas de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses, si se propagaran con publicidad, en otro caso, con multa de seis a doce meses”.

Si el acusado de la comisión de la calumnia puede demostrar que es verdad aquello que expresó, quedará liberado de toda culpa según resulta del art. 207 CP. Además, es necesario resaltar que en el caso de este delito, para ser juzgado, tanto los hechos como la persona a la que se les atribuye deben estar claramente identificados.

Respecto a la pena regulada por el CP para el delito de calumnias, según el art. 206 CP la pena general queda establecida en una multa de seis a doce meses aunque, como en el caso anterior, también existen posibles circunstancias que, de presentarse, endurecerán la pena como lo es en este caso la difusión a través de cualquier medio (publicidad), lo que elevará la pena hasta una multa de doce a veinticuatro meses o la pena de prisión por un período que oscilará entre seis meses y dos años.

B) Responsabilidades por un delito de calumnias del diario *Nuestra Fuerza*

a) Afirmaciones del día 25 de febrero de 2017

El día 25 de febrero de 2017 *Nuestra Fuerza* acusa al Partido Socialdemócrata y a la Unión Demócrata de un delito de financiación ilegal que se contempla en el art. 304.1 CP en virtud del cual: “Será castigado con una pena de multa del triplo al quíntuplo de su valor, el que reciba donaciones o aportaciones destinadas a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores con infracción de lo dispuesto en el artículo 5.Uno de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos”.

La Comisión parlamentaria de investigación, constituida en las semanas siguientes al 18 de marzo de 2017, llegó a la conclusión que las afirmaciones realizadas por Deyverson como responsable del diario *Nuestra Fuerza* fueron publicadas “sin que aquél comprobase en ningún momento su veracidad, limitándose a exteriorizar rumores que circulaban entre los seguidores de Acción inmediata”. Además, dicha comisión concluyó que las afirmaciones realizadas por el diario *Nuestra Fuerza* acerca de la financiación de las formaciones políticas (Partido Social Demócrata y Unión Demócrata) son falsas.

Lo anterior supone que el diario *Nuestra Fuerza* realiza una acusación de financiación ilegal que resulta ser falsa y con un “desprecio temerario hacia la verdad” (art. 205 CP) con el objetivo de lograr un mayor apoyo al partido político “Fuerza y Acción” del cual es afín dicho diario. En consecuencia, se ha cometido un delito de calumnias del cual será responsable Deyverson. Queda valorar si se trata de una calumnia general o si concurre el tipo agravado que prevé el art. 206 CP.

Las afirmaciones sobre la financiación ilegal del Partido Socialdemócrata y la Unión Demócrata son realizadas mediante la publicación de un reportaje por parte del diario *Nuestra Fuerza*, ello implica que se puede apreciar la agravante de publicidad. Por tanto, Deyverson como responsable del diario *Nuestra Fuerza* debería ser condenado a una multa de doce a veinticuatro meses o a la pena de prisión de seis meses a dos años de duración.

b) Sobre la tortura policial a Vigaray y otros miembros de *Acción Inmediata*

El 18 de marzo de 2017 se celebra una sesión parlamentaria en el Congreso de los Diputados. Esa misma mañana, en un reportaje firmado por Deyverson *Nuestra Fuerza* publica que “Vigaray y otros miembros de Acción inmediata han sido torturados

por la policía”. Ello implica que *Nuestra Fuerza* imputa un delito de tortura del art. 174 CP a la policía.

Como se ha dicho anteriormente, la Comisión parlamentaria de investigación, constituida a las semanas siguientes al 18 de marzo, llegó a la conclusión que las afirmaciones realizadas por Deyverson como responsable del diario *Nuestra Fuerza* fueron publicadas “sin que aquél comprobase en ningún momento su veracidad, limitándose a exteriorizar rumores que circulaban entre los seguidores de *Acción inmediata*”. Además, dicha Comisión de investigación sostiene que es “falso que Vigaray haya sido torturado en sede policial”.

Ello supone que el diario *Nuestra Fuerza* realiza una acusación de un delito de tortura policial del art. 174 CP que resulta ser falsa y con un “desprecio temerario hacia la verdad” (art. 205 CP) con el objetivo de lograr un mayor apoyo al partido político “Fuerza y Acción” del cual es afín. En consecuencia, se ha cometido un delito de calumnias del cual será responsable Deyverson.

Las afirmaciones sobre la tortura policial que padece Vigaray y otros miembros de *Acción Inmediata* son realizadas mediante la publicación de un reportaje por parte del diario *Nuestra Fuerza*, ello implica que se puede apreciar la agravante de publicidad. Por tanto, Deyverson como responsable del diario *Nuestra Fuerza* debería ser condenado a una multa de doce a veinticuatro meses o a la pena de prisión de seis meses a dos años de duración.

9.4 Incitación al odio

El día 25 de febrero de 2017 *Nuestra Fuerza* acusa al Partido Socialdemócrata y a la Unión Demócrata de un delito de financiación ilegal. Esa noche personas no identificadas realizan pintadas amenazantes en las sedes de ambos partidos.

Esto podría ser considerado de alguna manera como un delito de incitación al odio del art. 510.1 a) CP en virtud del cual: “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”.

El diario *Nuestra Fuerza* realiza unas afirmaciones acerca de la dudosa financiación de partidos políticos contrarios a la ideología de la formación política *Fuerza y Acción* de la cual dicho diario es afín. Las afirmaciones realizadas por el diario derivan en daños en las sedes de los partidos políticos anteriormente señalados. Por ello, Deyverson como responsable de *Nuestra Fuerza* sería castigado aquí por la comisión de un delito de incitación al odio.

Además cabría valorar la posibilidad de que se incurra en el tipo agravado del art. 510.3 CP según el cual se impondría la pena prevista en el art. 510.1. a) CP en su mitad superior puesto que el diario *Nuestra Fuerza* distribuye información en soporte *online*.

9.5 Homicidio por imprudencia profesional

La mañana del 18 de marzo de 2017, en un reportaje firmado por Deyverson , *Nuestra Fuerza* publica que Vigaray y otros miembros de *Acción inmediata* han sido torturado por la policía y que el inductor de dichas torturas ha sido el Comisario de la Policía Nacional, el señor Camarasa. Sobre las 20:30 de ese mismo día, cuatro individuos no identificados abren fuego contra el señor Camarasa causándole la muerte.

Como consecuencia de lo anterior, cabe valorar si las afirmaciones del diario *Nuestra Fuerza* que derivan en la muerte del señor Camarasa, pueden ser suficientes para declarar responsable a Deyverson de un homicidio por imprudencia profesional.

En virtud del art. 142.1 CP: “1. El que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años (...) Si el homicidio se hubiera cometido por imprudencia profesional, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de tres a seis años”.

Como sostiene la Comisión parlamentaria de investigación: “las acusaciones realizadas por Deyverson como responsable de *Nuestra Fuerza* fueron publicadas sin que aquél comprobase en ningún momento su veracidad”. Ello es muy importante a mi parecer porque se puede utilizar para justificar el nexo existente entre la información dada y la muerte del señor Camarasa.

En suma, sería posible imputar un delito de homicidio por imprudencia profesional a Deyverson, lo que supondría una pena de prisión con una duración comprendida entre uno y dos años si bien resulta difícil explicar el nexo existente entre la información falsa publicada por Deyverson y el resultado de la muerte del Sr. Camarasa. Para ello cabría valorar el carácter esencial o no de la imprudencia profesional que implica la información carente de veracidad dada por Deyverson en la producción de la muerte del Sr. Camarasa. Para valorar el nexo existente entre el hecho y el resultado cobra importancia el *Caso Vinader* al cual me referiré brevemente a continuación.

9.6. El Caso Vinader

Un precedente de lo anteriormente desarrollado -respecto a los hechos llevados a cabo por Deyverson como responsable del diario *Nuestra Fuerza* y la posibilidad de que los mismos tuvieran las calificaciones jurídicas antes ofrecidas- tuvo lugar entre noviembre y diciembre de 1979 cuando el periodista Xavier Vinader llevó a cabo para la revista *Interviú* tres reportajes sobre la “guerra sucia” que mantenía la extrema derecha contra el nacionalismo vasco y también de algunas instancias del Estado.

En dichos reportajes se explicaba detalladamente con nombres y apellidos quiénes formaban parte de esos grupos y los actos que llevaban a cabo. La principal fuente de Xavier Vinader fue Francisco Ros Frutos, un exintegrante de la Policía Nacional que se infiltraba en esos grupos.

El 5 y el 23 de enero de 1980 la banda terrorista ETA atentó contra dos de las personas mencionadas en los reportajes provocándoles la muerte. Ello llevó a que se iniciaran las acciones legales correspondientes contra Vinader y contra Ros a los que les acusaba de inductores intelectuales al homicidio.

El 13 de noviembre de 1981 Vinader fue juzgado por la Audiencia Nacional siendo condenado el 17 de noviembre a siete años de prisión y a inhabilitación profesional por "imprudencia temeraria profesional con resultado de dos asesinatos"⁴⁵.

Como se puede ver, el símil es notable con los hechos llevados a cabo por Deyverson como responsable del diario *Nuestra Fuerza*. En definitiva, es posible atribuir de alguna manera la muerte del Sr. Camarasa a Deyverson en la medida en que incurre en una imprudencia temeraria profesional al no contrastar en ningún momento la información dada la cual resulta determinante –desde mi punto de vista y visto lo acontecido en el *Caso Vinader*- para producir la muerte del Comisario de la Policía Nacional sr. Camarasa.

⁴⁵ STC 105/1983, de 23 de noviembre, por la que se deniega el recurso de amparo promovido por Xavier Vinader.

10. DICTAMEN VIII: Competencia jurisdiccional y pasos procesales para el enjuiciamiento de Theo y Alexis.

10.1. Antes de adquirir la condición de aforados

Antes de iniciar la carrera política Theo y Alexis conformaban el dúo musical *Fuerza y Acción* el cual componía canciones de contenido islamofóbico y como se pudo ver con anterioridad, ello podría suponer la comisión de un delito de incitación al odio del art. 510 CP.

Se podría llegar a pensar que los delitos cometidos por Theo y Alexis antes de adquirir la condición de aforados deberían ser juzgados por otro tribunal distinto al correspondiente por el aforamiento (Tribunal Supremo) pero ello no es así. Es decir, de los delitos anteriores a la adquisición de la condición de aforamiento también conocería el tribunal que corresponde por tal estatuto. Ello es así porque siendo el aforamiento una de las prerrogativas parlamentarias responde a preservar la independencia y el desarrollo adecuado de la actividad parlamentaria⁴⁶. Por tanto, el tribunal correspondiente a la condición de aforado también conocería de los presuntos delitos cometidos en un periodo anterior a la adquisición de esa condición.

10.2. Condición de aforados

Con el objetivo de concretar los pasos procesales a seguir y la determinación de la competencia jurisdiccional por los hechos analizados cabe enumerar las presuntas responsabilidades de Theo y Alexis.

Por un lado, Theo sería presunto responsable de un delito de incitación al odio por las canciones del dúo musical *Fuerza y Acción*, y de delitos de injurias por ciertas declaraciones realizadas durante su carrera política.

Por otro lado, Alexis sería presunto responsable al igual que Theo de un delito de incitación al odio por las canciones del dúo musical del que formaba parte, de un delito de injurias por las declaraciones realizadas durante su carrera política y de un delito contra los sentimientos religiosos.

El aspecto fundamental, a la hora de determinar el órgano jurisdiccional competente y el procedimiento a seguir, es el aforamiento que implica la condición de diputados de Theo y Alexis pues dentro de las prerrogativas de las que gozan se encuentra el denominado *supplicatorio* que implica dicha condición de aforado.

10.3. El Supplicatorio

El *supplicatorio* es un requisito indispensable para que un tribunal pueda juzgar a Theo y Alexis al tratarse de diputados del Congreso. Ello encuentra su fundamento en el art. 71 CE muy especialmente sus puntos 2 y 3:

“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.

⁴⁶ MARTÍNEZ ELIPE, L. , “Reflexiones sobre la inviolabilidad, inmunidad y aforamiento”. *Revista de las Cortes Generales*, Nº 55. 2002. Pp. 29-86.

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”.

Ello implica un requisito procedimental mediante el cual el Poder judicial pide permiso, hace una petición para poder proceder penalmente⁴⁷ contra los diputados Theo y Alexis. Dicha petición iría dirigida al Congreso de los diputados el cual mediante votación autorizaría o no la súplica.

10.4. Procedimiento

El procedimiento se iniciaría mediante una petición de permiso -a través del *supplicatorio*- de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo al Congreso de los Diputados con la finalidad de poder investigar a Theo y Alexis dentro de una causa seguida contra ellos por los delitos de incitación al odio, injurias y delitos contra los sentimientos religiosos.

El art. 750 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) establece que el tribunal que encuentre motivos para procesar a un diputado del Congreso por causa de delito, se abstendrá de dirigir el procedimiento contra él si las Cortes estuvieran abiertas, hasta obtener la correspondiente autorización de la Cámara a que pertenezca, salvo que se trate de un senador o diputado sorprendido en flagrante delito, en cuyo caso podrá ser detenido y procesado sin la autorización a que se refiere el artículo anterior (art. 751 LeCrim); pero en las 24 horas siguientes a la detención o procesamiento deberá ponerse en conocimiento de la Cámara a la que pertenezca.

Si se concediese el *supplicatorio* se continuaría con el procedimiento contra los diputados Theo y Alexis por los delitos de incitación al odio, injurias y contra los sentimientos religiosos, que en todo caso debe sustanciarse ante la Sala 2ª de lo Penal del Tribunal Supremo (Art. 57.1. 2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

El art. 11 del Reglamento del Congreso de los diputados nos dice que durante su mandato, los diputados gozarán de inmunidad y sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito por lo que no podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara baja⁴⁸.

Además, el Reglamento del Congreso establece que la solicitud de *supplicatorios* sólo puedan ser votadas en plenos ordinarios⁴⁹. Recibido un *supplicatorio* de la autorización del Congreso a que se refiere el anteriormente citado art. 11, el presidente del Congreso, previo acuerdo adoptado con la Mesa, lo remitirá en plazo de 5 días a la Comisión del Estatuto del Diputado (art. 13.1 del Reglamento del Congreso).

Dicha comisión dispone de un plazo máximo de 30 días para emitir un dictamen sobre la cuestión, previa audiencia con el interesado para que presente las alegaciones que estime oportunas (art 13.2 del Reglamento del Congreso). Finalizado el trabajo de la Comisión, la solicitud del *supplicatorio* será sometida a votación en el primer pleno ordinario del Congreso (art. 13.3 del Reglamento del Congreso).

⁴⁷ OCAÑA RODRÍGUEZ, A., “Aforamiento. Aspectos orgánicos y procesales”. *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, Nº 15. 2008. Pp. 11-34.

⁴⁸ ALONSO DE ANTONIO, A. L., “El *supplicatorio* como manifestación de la inmunidad parlamentaria”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Nº 86. 1996. Pp. 35-54.

⁴⁹ SÁNCHEZ MAGRO, A., “Reflexiones procesales sobre una institución contradictoria: el *supplicatorio*”. *Revista de derecho procesal*, Nº 3. 1996. Pp. 639-654.

En plazo de 8 días desde que se autorice o deniegue el suplicatorio por el Pleno, el presidente del Congreso remitirá la decisión a la autoridad judicial, que tendrá la obligación de comunicar al Congreso los autos y sentencias que se dicten y que afecten personalmente al diputado (art. 14.1 del Reglamento del Congreso). El suplicatorio se entenderá denegado si el Congreso no se pronuncia en un plazo de 60 días naturales dentro del periodo ordinario de sesiones (art 14.2 del Reglamento del Congreso).

11. CONCLUSIONES FINALES

I

La solución que nos da el ordenamiento jurídico actual ante la posible proliferación de partidos políticos xenófobos resulta a *priori* conflictiva pues lleva a valorar de alguna manera si en verdad el fin justifica los medios, es decir, ¿qué pesa más en un Estado Democrático de Derecho? ¿La seguridad o la libertad? ¿El pluralismo cultural o el derecho a la participación política? ¿La libertad de expresión o la dignidad de las personas? Todo ello nos lleva a buscar un equilibrio que permita compatibilizar los derechos humanos con los valores que presiden un Estado Democrático moderno. El presente trabajo intenta dar respuesta a esas cuestiones y a otras que de las mismas derivan de acuerdo con el ordenamiento jurídico español, siendo ello una oportunidad idónea para evaluar dicha respuesta del ordenamiento ante la eventual proliferación de partidos políticos xenófobos y su actividad en la sociedad.

II

Los ideales antidemocráticos que promueve la formación política *Fuerza y Acción* llevan a que la misma sea declarada ilegal por el Tribunal Supremo de acuerdo con lo establecido en el art. 9. 2 LOPP. No obstante, la declaración de ilegalidad del partido político en cuestión no supone la pérdida de la condición de diputados del Congreso de Theo y Alexis al no contemplarse como tal en el Reglamento de dicha institución del Estado. Por tanto, continuarían siendo diputados del Congreso lo que cobra especial trascendencia a la hora de determinar la competencia judicial ante eventuales responsabilidades.

III

Ante la declaración de ilegalidad del partido político *Fuerza y Acción* se podría recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional por una vulneración de derechos fundamentales tales como la libertad de expresión (art. 20 CE), asociación (art. 22 CE) y participación política (art. 23 CE). Si el amparo fuese denegado quedaría la posibilidad de recurrir ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por la vulneración de los mismos derechos los cuales se hallan contemplados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

IV

Las canciones incluidas en el álbum *La Ley del Altísimo* del dúo musical conformado por Theo y Alexis son constitutivas de un delito de incitación al odio del art. 510 CP en su modalidad agravada puesto que dicho contenido de carácter islamofóbico se hace viral en internet.

V

El grupo musical decide dar el salto a la política realizando una serie de declaraciones un tanto polémicas lo que nos llevó a valorar el alcance de las prerrogativas parlamentarias, concluyendo que la inmunidad e inviolabilidad se extiende a aquellas declaraciones que se llevan a cabo en el ejercicio de las actividades parlamentarias y que por tanto, las declaraciones realizadas fuera de dicho ejercicio serían susceptibles de derivar en las correspondientes responsabilidades penales y civiles al no ser cubiertas las mismas por la inviolabilidad y la inmunidad, las cuales se limitan a la esfera parlamentaria.

VI

El discurso el odio que promulga el partido político Fuerza y Acción deriva en una serie de hechos delictivos. En primer lugar, el asalto a una mezquita llevado a cabo por Alexis que rocía con sangre de cerdo a los fieles allí presentes ello nos lleva a valorar la comisión de un delito contra los sentimientos religiosos. En segundo lugar, un joven afín a los ideales de la formación política en una manifestación convocada por *Acción inmediata* decide irrumpir en el descapotable del Jefe de Estado y amenazarlo con una antorcha no encendida lo que supone la comisión de un delito de amenazas contra la corona del que no existen precedentes, por lo cual se debe acudir a la analogía de las amenazas ordinarias y la presión social para apreciar un carácter grave de la misma.

VII

Nuestra Fuerza, diario afín a los postulados de la formación política *Fuerza y Acción* del cual Deyverson es responsable, realiza una serie de declaraciones falsas que tienen grandes repercusiones. Llegando a acusar a otros partidos políticos de financiación ilegal, a la policía de realizar torturas y con ello, induciendo al homicidio del Comisario de la policía. Como conclusión, se aprecian delitos de calumnias y un homicidio por imprudencia profesional por faltar gravemente a la veracidad de la información y no contrastarla.

VIII

Para enjuiciar a Alexis y Theo por los delitos cometidos es necesario tener en cuenta que, a pesar de que el partido político “Fuerza y Acción” sea declarado ilegal, ambos siguen ostentando la condición de aforados que conlleva el estatuto de diputado del Congreso. Por ello, se debe acudir al procedimiento del *supplicatorio* para obtener el visto bueno del Congreso de los Diputados y que sea posible investigar los hechos y enjuiciar a ambos diputados. De obtenerse la autorización sería competente la Sala Segunda del Tribunal Supremo según resulta de la normativa aplicable. No cabría diferenciar una competencia para los delitos cometidos antes de la adquisición de la condición de aforado puesto que la prerrogativa del aforamiento pretende proteger la independencia de la actividad parlamentaria y ello no sería posible si se atribuye la competencia a diferentes órganos jurisdiccionales por tratarse de unos hechos cometidos antes de adquirir la condición de diputados y otros llevados a cabo en el pleno goce de las prerrogativas parlamentarias y en concreto de la condición de aforado.

IX

Como se indicaba al inicio del presente trabajo, nos encontramos en un contexto en el que se teme a la proliferación de la xenofobia la cual –se mencionaba- parece ser un fruto de la crisis económica llevada de la mano del terrorismo *yihadista*. Dicha proliferación tiene como consecuencia la irrupción de partidos políticos xenófobos que intentan dar una solución a la crisis económica y pretenden la erradicación del terrorismo mediante una serie de políticas de odio contra ciertos colectivos (en nuestro caso el colectivo musulmán). Es aquí donde cobra importancia el estudio que se lleva a cabo de la actividad desempeñada por un partido político xenófobo como lo es “Fuerza y Acción”, las consecuencias que de dicha actividad derivan para la sociedad y la respuesta del Derecho a las mismas. Una sociedad con miedo es una sociedad moldeable, una especie de caldo de cultivo perfecto para el aumento de la proliferación de partidos políticos xenófobos que amenaza a Europa con sigilo (*Front national* en

Francia, *Amanecer Dorado* en Grecia, *Alternative für Deutschland* en Alemania, *Prawo i Sprawiedliwość* en Polonia o *Freiheitliche Partei Österreichs* en Austria).

En una sociedad cada vez más globalizada y pluricultural creo que debe primar el respeto por la diversidad de creencias. El discurso del odio contra el extranjero implica el triunfo del miedo a lo desconocido y supone irremediablemente una vuelta al pasado, porque de alguna manera centrar el foco de los problemas en la población extranjera es dejar de lado los motivos que en realidad dan lugar a los problemas de la sociedad.

X

Plantear la ilegalización de un partido político xenófobo es algo muy complejo desde el punto de vista jurídico puesto que existe el derecho fundamental a la participación política (art. 23 CE) que debe ser respetado como se ha visto. Sin embargo, que el pensamiento no delinca y que por tanto muchas de los actos realizados por un partido xenófobo no sean constitutivas de delito opino que por el hecho de tener estos partidos una tradición en el uso de la violencia, las instituciones y cuerpos de seguridad del Estado les deberían hacer un seguimiento, como el que se hace a posibles extranjeros susceptibles de “radicalización yihadista”.

XI

El debate sobre la ilegalización o no se está planteando en otros países europeos. En Alemania, por ejemplo, el parlamento ha pedido abrir un proceso en el Tribunal Constitucional para declarar ilegal al *Partido Nacionaldemócrata*. En este país es delito la apología del nazismo y está prohibido exhibir símbolos que inciten al odio o a la xenofobia.

En Grecia hace meses que se viene reclamando la ilegalización de *Amanecer Dorado*, tercera fuerza política del país. La muerte, el pasado 17 de septiembre, del rapero griego Pavlos Fyssas a manos, presuntamente, de un militante de este grupo de extrema derecha ha hecho que el gobierno pida al Tribunal Supremo que se pronuncie sobre si *Amanecer Dorado* es una “organización criminal”.

En España y en concreto, respecto a la LOPP pienso que es muy complicada su aplicación a formaciones políticas xenófobas. Me parece insuficiente para la defensa de la democracia y el Estado de Derecho, por no abordar con rigurosidad y metodología algunas cuestiones ciertamente importantes, como la democracia interna, y los límites a la actividad de los partidos, sin contar, la extrema dificultad que supone probar los fines antidemocráticos de un partido político.

XII

Nuestros jueces deben limitarse a aplicar la legislación penal a quienes desarrollen actividades criminales o empleen la violencia contra el ejercicio de los derechos humanos y la legislación antiterrorista a los grupos neonazis que fomenten y practiquen la violencia y los crímenes de odio al extranjero.

Es necesario que fiscales y jueces tengan herramientas para actuar contra los delitos del odio y quienes los perpetran. En este sentido, la reforma del Código Penal de 2015 supuso un acierto, al tipificar como delito la incitación al odio o la violencia por raza, religión u origen.

Sin embargo, no creo que se deba confiar plenamente en el recurso de ilegalizar los partidos políticos xenófobos, abogo más por una concienciación de la sociedad pluricultural en la que vivimos y el respeto a la diversidad que la misma debería seguir.

12. BIBLIOGRAFÍA

- AGUDO ZAMORA, M., *Manual de Derecho Constitucional. 5ª edición.* 2014. p. 404.
- ALÁEZ CORRAL, B., “Libertad de expresión e ilegalización de partidos políticos”. *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, Nº 3. 2002. Pp. 2153-2174.
- ALBERTO DIEGUES, J., “Amenazas”. *Revista de derecho Penal y Criminología*, Nº1. 2012. Pp. 67-74.
- ALONSO DE ANTONIO, A. L., “El suplicatorio como manifestación de la inmunidad parlamentaria”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Nº 86. 1996. Pp. 35-54.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., “Delitos contra las instituciones del Estado (III)”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.) y otros. , *Tratado de derecho penal español. Parte especial. IV. Delitos contra la Constitución.* 2016. Pp. 211-281.
- ANTONIO NAVARRO, P., “El 2017 que nos espera: La llegada de Trump y el auge xenófobo marcarán la agenda”. *El siglo de Europa*, Nº 1182. 2017. Pp. 23-30.
- CARRILLO SALCEDO, J. A., “El convenio europeo de derechos humanos”. en GOMEZ ISA, F., y MANUEL PUREZA, J. (Coord), *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI.* 2004. Pp. 395-440.
- CLAVERO ARÉVALO, M. F., “Derechos fundamentales y prerrogativas parlamentarias”, en MARTÍN-RETORNILLO BAQUER, S. (Coord.) , *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Vol 3. 1991. Pp. 2113-2124.
- CRUZ VILLALÓN, P. “El recurso de amparo constitucional: El juez y el legislador”. *Los procesos constitucionales : Segundo Simposio de Derecho Constitucional* (Sevilla, 27 y 28 de septiembre de 1991), 1992. Pp. 117-122.
- DESCARTES, R., *Discurso del Método*, 1979.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F., “Las prerrogativas parlamentarias en la jurisprudencia constitucional”. *Revista de las Cortes Generales*, Nº 38. 1996. Pp. 7-46.
- GARCÍA ÁLVAREZ, P. “Protección penal frente a la discriminación racial y étnica: la discriminación de los extranjeros”. En GARCÍA AÑÓN, J. y RUIZ SANZ, M. (Coord.), *Discriminación racial y étnica: balance de la aplicación y eficacia de las garantías normativas.* 2013. Pp. 229-250.
- GARCÍA ÁLVAREZ, P., ”El Derecho penal y la discriminación de los extranjeros”. En MUÑOZ CONDE, F. (Coord.), *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita.* 2008. Pp. 937-968.
- GARCÍA VITORIA, A. “Discriminación penal y Estado de Derecho”, en CARBONELL MATEU, J. C. (Coord.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal.* 2005. Pp. 401-420.
- GONZÁLEZ RIVAS, J. J. “El recurso de amparo constitucional”. *Revista de derecho procesal*, Nº 1-3. Pp. 271-288.

- GÜERRI FERRÁNDEZ, C., “La especialización de la fiscalía en materia de delitos de odio y discriminación”. *InDret: Revista para el análisis del derecho*, Nº 15. 2015. Pp. 4-10.
- HERNÁNDEZ GIL, F., “Declaración de ilegalidad y disolución de partidos políticos: (a propósito de la sentencia de la Sala 1º del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1986)”. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 4. 1986. Pp. 1085-1100.
- HERREROS LÓPEZ, J.M., “Ilegalización y disolución de partidos políticos”, en MONTILLA MARTOS, J.A. (cord), *La prohibición de partidos políticos*. 2004. Pp. 129-164.
- JERICÓ OJER, L. “El caso del Imán de Fuengirola: ¿auténtica comisión del delito de provocación a la violencia (art. 510.1 CP)?”. *Revista de penal*, Nº 18. 2006. Pp. 153-175.
- LANDA GOROSTIA, J.M. “Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de “lege lata””. *Revista de derecho penal y criminología*, Nº 7. 2012. Pp. 297-346.
- LAURENZO COPELLO, P., “La discriminación en el Código Penal de 1995”. *Estudios penales y criminológicos*, Nº 19. 1996. Pp. 219-288.
- LÓPEZ GIL, M. “Las prerrogativas parlamentarias en el ordenamiento jurídico español”. *Actualidad penal*, Nº 5. 2000. p. 91.
- MARTÍNEZ ELIPE, L. , “Reflexiones sobre la inviolabilidad, inmunidad y aforamiento”. *Revista de las Cortes Generales*, Nº 55. 2002. Pp. 29-86.
- MARTÍNEZ ELIPE, L., “Prerrogativas parlamentarias”. *Teoría y realidad constitucional*, Nº 5. 2000. Pp. 43-72.
- MELLADO PRADO, P., “El nuevo reglamento del Congreso de los Diputados”. *Revista de derecho político*, Nº 18. 1983. Pp. 225-244.
- MORILLAS CUEVA, L. “Delitos contra la constitución (VI): Delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos”, en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.), *Sistema de derecho penal: parte especial: 2ª edición, revisada y puesta al día conforme a las leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015*. 2015. Pp. 1305-1317.
- OCAÑA RODRÍGUEZ, A., “Aforamiento. Aspectos orgánicos y procesales”. *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, Nº 15. 2008. Pp. 11-34.
- POLAINO NAVARRETE, M., “Delitos contra las Instituciones del Estado y la división de poderes”. En POLAÍNO NAVARREE, M. (Coord.), *Lecciones de derecho penal: parte especial*. Vol. 2. 2011. Pp. 463-488.
- ROCA DE AGAPITO, L. “Delitos contra la libertad de conciencia y los sentimientos religiosos”, en ÁLVAREZ GARCÍA, J. (Dir.), *Tratado de derecho penal español. Parte especial. IV. Delitos contra la Constitución*. 2016. Pp. 471-539.
- RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., “Los delitos contra los sentimientos religiosos”. *Diario La Ley*, Nº 8984. 2017.

- ROIG TORRES, M., “Los delitos de racismo y discriminación” en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*. 2015. Pp. 1253-1255.
- ROSADO IGLESIAS, G., “Prerrogativas parlamentarias y Tribunal Constitucional”. *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, N° 14. 2006. Pp. 39-80.
- RUBIO LLORENTE, F., “El recurso de amparo constitucional”, en RODRIGUEZ PIÑERO, M Y BRAVO FERRER (Coord.), *La jurisdicción constitucional en España: la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, 1979-1994: (coloquio internacional. Madrid, 13 y 14 de octubre de 1994)*. 1995. Pp. 125-173.
- SÁNCHEZ MAGRO, A., “Reflexiones procesales sobre una institución contradictoria: el suplicatorio”. *Revista de derecho procesal*, N° 3. 1996. Pp. 639-654.
- SÁNCHEZ SÁNCHEZ, J., “Las prerrogativas parlamentarias”, en SARMIENTO MÉNDEZ, X. A. (Coord.), *Manual AELPA del parlamentario*. 2016. Pp. 39-54.
- VALMAÑA OCHAÍTA, S. “Los delitos contra la libertad de conciencia y los sentimientos religiosos”, en GARCÍA VALDÉS, C. (Coord.) y otros, *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, Vol. 2*. 2008, pp. 2285-2310.
- VÍRGALA FORURIA, E., “Los efectos de la ilegalización de partidos políticos”. *Hermes: pentsamendu eta historia aldizkaria = revista de pensamiento e historia*, N° 23. 2007. Pp. 72-80.

13. JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional

STC 1/1981.

STC 2/1982.

STC 105/1983.

STC 243/1988.

STC 20/1990.

STC 136/1999.

STC 48/2003.

STC 235/2007.

STC 155/2009.

Tribunal Supremo

STS 1018/1999.

STS de 27 de marzo de 2003.

STS 311/2007.

STS 375/2011.

Audiencias Provinciales

SAP de Valladolid 367/2005.

SAP de Zaragoza 191/2014.