



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

TRBAJO FIN DE GRADO

DERECHO

CURSO 2016-2017

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

AUTOR: GABRIELA VARELA REY

TUTOR: MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ DOCAMPO

ÍNDICE

I. ABREVIATURAS	3
II. SUPUESTO DE HECHO	4
III. INTRODUCCIÓN.....	8
IV. CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE ILEGALIDAD DE “FUERZA Y ACCIÓN” Y, EN PARTICULAR, SOBRE LA CONDICIÓN DE DIPUTADOS DE THEO Y ALEXIS	9
4.1 Derecho de Asociación.....	9
4.2 Requisitos para la inscripción de los partidos políticos en el Régimen Jurídico español ...	9
4.4 Disolución del partido político.....	12
4.5 Pérdida de la condición de diputado.....	13
4.6 Aplicación al concreto supuesto de hecho	15
V. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA DEMANDA DE AMPARO FRENTE A LA SENTENCIA DEL SUPREMO Y VÍAS DE RECURSO POSIBLES ANTE UNA DENEGACIÓN DEL AMPARO.....	18
5.1 Competencia y legitimación para la tramitación del Recurso de Amparo	18
5.2 Argumentación jurídica de la demanda de amparo	19
5.3 Vías de recurso posible ante la denegación del amparo por parte del Tribunal Constitucional	21
VI. EVENTUALES RESPONSABILIDADES DE THEO Y ALEXIS POR LAS CANCIONES INCLUIDAS EN SU DISCO	23
VII. EVENTUAL RESPONSABILIDAD DE DEYVERSON POR LAS FALSAS AFIRMACIONES QUE HA REALIZADO EN SU DIARIO.....	25
VIII. EVENTUALES RESPONSABILIDADES DE THEO Y ALEXIS POR LAS DECLARACIONES REALIZADAS DESDE EL INICIO DE SU CARRERA POLÍTICA.....	28
8.1 Delito de odio.....	28
8.2 Delitos contra las instituciones del Estado.....	32
8.3 Prerrogativas individuales de los diputados	32
IX. EVENTUAL RESPONSABILIDAD DE ALEXIS POR EL ASALTO A LA MEZQUITA	36
X. EVENTUAL RESPONSABILIDAD DE VIGARAY POR EL INCIDENTE DEL DÍA 17 DE MARZO	39
XI. EN CASO DE QUE EXISTA RESPONSABILIDAD DE THEO Y ALEXIS POR ALGUNO DE LOS ANTERIORES HECHOS, PASOS PROCESALES A SEGUIR Y ÓRGANOS JURISDICCIONALES COMPETENTES.....	41
XII. CONCLUSIONES	44
XIII. BIBLIOGRAFÍA	47
XIV. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL	48

I. ABREVIATURAS

AJCI: Auto Juzgado Central de Instrucción

ART: Artículo

ATS: Auto Tribunal Supremo

CE: Constitución Española

CEDH: Constitución Europea de Derechos Humanos

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

LOPP: Ley Orgánica de Partidos Políticos

LOREG: Ley Orgánica del Régimen Electoral General

LOTIC: Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

SAP: Sentencia Audiencia Provincial

STC: Sentencia Tribunal Constitucional

STEDH: Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TOL: Tirant On Line

II. SUPUESTO DE HECHO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El día 2 de marzo, en un multitudinario mitin 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 pública 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.

CUESTIONES:

1. Consecuencias de la declaración de ilegalidad de “Fuerza y Acción” y, en particular, sobre la condición de diputados de Theo y Alexis
2. Fundamento constitucional de la demanda de amparo de “Fuerza y Acción” frente a la Sentencia del Supremo y vías de recurso posibles ante una eventual denegación del amparo
3. Eventuales responsabilidades de Theo y Alexis por las canciones incluidas en su disco.
4. Eventuales responsabilidades de Theo y Alexis por las declaraciones realizadas desde el inicio de su carrera política.
5. Eventual responsabilidad de Alexis por el asalto a la mezquita.
6. Eventual responsabilidad de Vigaray por el incidente del día 17 de marzo.
7. Eventual responsabilidad de Deyverson por las falsas afirmaciones que ha realizado en su diario.
8. En caso de que exista responsabilidad de Theo y Alexis por alguno de los anteriores hechos, ¿cuáles serían los sucesivos pasos procesales a seguir? ¿qué órganos jurisdiccionales serían competentes?

III. INTRODUCCIÓN

La Constitución Española recoge en su artículo 1.1 la configuración de España como *“un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”*. En este precepto se produce la constitucionalización de los valores superiores que informan nuestra Norma Fundamental, la organización política, el ordenamiento jurídico y la actividad del Estado; produciéndose entre los mismos una interacción de modo complementario, lejos de una relación de jerarquía.

A los valores proclamados en el artículo de apertura del texto constitucional (1.1) se les otorga una eficacia que va más allá de lo estrictamente jurídico, si bien ello no implica la falta de positivación de los mismos, pues la propia Constitución se ocupa de su desarrollo. Así, debemos considerar dichos valores como *“auténticas normas jurídicas, que representan los ideales de una comunidad y que no agotan su virtualidad en su estricto contenido normativo, sino que constituyen un parámetro para la interpretación y, a la vez, un límite para el propio ordenamiento jurídico”*¹.

Como manifestación de la expresión “Estado democrático” a la que anteriormente se aludía, y que se encuentra recogida constitucionalmente, no solo se debe destacar la soberanía popular expresada en el artículo 1.2 de la Constitución Española; sino que, asimismo, es fundamental realizar un análisis del pluralismo político, que además de plasmarse en nuestro texto constitucional como un valor superior (art. 1.1) también se acepta constitucionalmente en el artículo 6, que promulga 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”*.

Tampoco se puede dejar al margen la democracia participativa, término con el que se reconoce la participación política de la ciudadanía en su vertiente directa y representativa. Una colaboración en la vida política que los poderes públicos deben fomentar de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9.2 de la Constitución Española, traduciéndose dicho deber en toda una serie de acciones que tienen por núcleo central la influencia e incidencia en el objetivo de reducir la distancia entre el poder político y la ciudadanía, permitiendo que esta última pueda intervenir en la gestión del ámbito jurídico y político.

¹ÁLVAREZ CONDE, E/ GARRIDO MAYOL, V./ TUR AUSINA, R., *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 60

IV. CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE ILEGALIDAD DE “FUERZA Y ACCIÓN” Y, EN PARTICULAR, SOBRE LA CONDICIÓN DE DIPUTADOS DE THEO Y ALEXIS

4.1 Derecho de Asociación

Una vez identificados los valores superiores que recoge nuestra Constitución y que se configuran como la base para el desarrollo de la vida jurídica y política, es fundamental ahora plasmar su protección y ejercicio por medio del reconocimiento de una serie de derechos. Así, en relación a la materia que ahora nos atañe, debemos centrarnos fundamentalmente en el derecho de asociación, pues el artículo 6 que desarrolla el valor superior del pluralismo político, debe ser interpretado de forma conjunta con el artículo 22 de la CE, ya que un partido político no deja de ser una asociación, si bien con relevancia constitucional. Con respecto a ello, la STC 138/2012 reconoce que *“Esta doctrina constitucional, por otra parte, es plenamente coincidente con la establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el derecho de asociación reconocido en el art. 11 CEDH, en que se destaca tanto el reconocimiento de que los partidos políticos son formas asociativas que se enmarcan dentro del ámbito de protección del derecho de asociación (STEDH de 25 de mayo de 1998, caso Partido Socialista c Turquía, § 29), como su especial cualificación por ser elementos estructurales del funcionamiento de los regímenes democráticos (STEDH de 13 de febrero de 2003, caso RefahPartisi c. Turquía, § 87).*

Como ya se ha destacado, se debe hablar de los partidos políticos como un tipo de asociación específica, derivada tal condición del carácter especial de las funciones que el texto constitucional les atribuye al asignarles la expresión del pluralismo político, el deber de manifestar la voluntad popular y convirtiéndose en una herramienta imprescindible para la participación política. Si bien, al mismo tiempo, es el propio desarrollo de esas funciones constitucionales las que marcan los límites a los que se encuentran sujetos, tales como una estructura interna y funcionamiento que en todo caso deben atender a reglas democráticas; junto con el desempeño de una actividad que de forma obligatoria debe estar sujeta a la Constitución y a la ley.

Por ello, sin afectar en ningún caso al contenido esencial del derecho de asociación, en tanto que se configura como un derecho fundamental, se pueden disponer para los partidos políticos límites que no se contemplan para las asociaciones comunes. En la actualidad la regulación relativa a los partidos políticos se encuentra en la Ley Orgánica 6/2002, de Partidos Políticos² (en adelante LOPP), cuya promulgación ha sustituido a la Ley 54/1978, que buscaba asegurar el pluralismo de partidos en el inicio del desarrollo constitucional.

4.2 Requisitos para la inscripción de los partidos políticos en el Régimen Jurídico español

²BOE» núm. 154, de 28/06/2002.

Para proceder al análisis de la declaración de ilegalidad de los partidos políticos es necesario comenzar por determinar los requisitos exigidos para el alta de los mismos en el Registro de Partidos Políticos. Inicialmente, es preciso destacar que su inscripción en el citado Registro tiene carácter constitutivo, a diferencia de lo que ocurre con el caso de las asociaciones comunes; pues en el supuesto de que no se lleve a cabo tal inscripción, podremos hablar de asociación pero, en ningún caso esta podrá participar en el proceso electoral, ni tampoco gozar de las ventajas que el ordenamiento dispone de forma preferente para los partidos.

Pero bien, más allá de los requisitos formales exigidos para la correcta constitución del Partido Político, lo esencialmente relevante en este momento sobre creación de la formación política es el control de la documentación presentada por su posible ilicitud penal, regulado en el artículo 5.2 de la LOPP, que reza así *“Cuando de la documentación presentada se deduzcan indicios racionales en relación con la ilicitud penal del partido, el Ministerio del Interior lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, dentro del plazo de veinte días a que se refiere el artículo anterior, mediante resolución fundada que irá acompañada de los elementos probatorios disponibles para apreciar dichos indicios.”*. Ahora bien, transcurrido el plazo citado en el precepto sin que se produzca tal actuación por parte del Ministerio del Interior, el partido político adquirirá personalidad jurídica de forma automática practicándose la inscripción con todos los efectos que le atribuye la ley.

Según el Tribunal Constitucional, ese control registral en ningún caso podrá afectar al núcleo esencial del derecho a la libre creación de formaciones políticas en el ejercicio del derecho fundamental de asociación reconocido en el artículo 22 de la CE, y ello obliga a eliminar cualquier posibilidad de discrecionalidad administrativa. En el momento de la constitución del partido político, el Registro no puede decidir sobre la legalidad de las asociaciones y, más concretamente, de los partidos políticos.³

En cuanto a la actividad de la formación política y su posible declaración de ilegalidad, el artículo 9.2 reza así *“2. Un partido político será declarado ilegal cuando su actividad vulnere los principios democráticos, particularmente cuando con la misma persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático, mediante alguna de las siguientes conductas, realizadas de forma reiterada y grave:*

- a) Vulnear 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*

³STC 85/1986, FJ 2º y 3º. Tirant On Line

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.”

4.3 Legitimación y competencia para la declaración de ilegalidad de un partido político

Corresponde al Gobierno, legitimado para instar la declaración de ilegalidad de un partido político y su consecuente disolución (art. 11.1 LOPP), presentar demanda ante la Sala Especial del Tribunal Supremo. Dicha presentación puede provenir de una solicitud previa elaborada por el Congreso de los Diputados a través de una proposición no de ley, en la que se insta al Gobierno a que comience los trámites para conseguir declarar ilegal la formación política en cuestión.

Pues bien, siguiendo lo dispuesto en el artículo 193 del Reglamento del Congreso de los Diputados de 24 de febrero de 1982⁴, a través de las proposiciones no de ley los Grupos Parlamentarios podrán formular propuestas de resolución a la Cámara; permitiendo las mismas instar al Gobierno o a alguno de sus miembros a que ejecute una acción concreta, así como mostrar la opinión de la mayoría de las Cortes en un determinado tema. Se convierte en fundamental proceder a la conexión del citado artículo con el precepto 11.1 de la LOPP, en el cual se reconoce la posibilidad de que tanto el Congreso de los Diputados como el Senado insten al gobierno a que solicite la ilegalidad de un partido político *“quedando obligado el Gobierno a formalizar la correspondiente solicitud de ilegalización, previa deliberación del Consejo de Ministros, por las causas recogidas en el artículo 9 de la presente Ley Orgánica.”*

Una vez que el Gobierno se decide a presentar la demanda para declarar la ilegalidad del partido, se inicia el procedimiento previsto en el artículo 11 de la LOPP que conjuntamente con el artículo 61.6 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial⁵ (en adelante LOPJ), otorga la competencia para el conocimiento de la cuestión a la Sala Especial del Tribunal Supremo *“6.º De los procesos de declaración de ilegalidad y consecuente disolución de los partidos políticos, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos.”* Dicha atribución ha suscitado un gran debate en relación con su otorgamiento al Tribunal Constitucional, conocido como el *“privilegio de partido”*; si bien la jurisprudencia constitucional ha negado toda competencia directa considerando que las asociaciones políticas solo podrán ser disueltas o suspendidas por medio de resolución judicial motivada.⁶

También la LOPP en su exposición de motivos se encarga de reforzar el fundamento de la atribución realizada en su artículo 10.5, estableciendo una relación directa entre la relevancia constitucional de los partidos políticos y el status de supremacía de la Sala Especial respecto de las Salas ordinarias (con una composición significativa por medio

⁴ «BOE» núm. 55, de 5 de marzo de 1982

⁵ BOE» núm. 157, de 02/07/1985

⁶STC 48/2003, de 12 de Marzo de 2003. Tirant On Line. Esta Sentencia recoge en su fundamento jurídico 6º que el rechazo por parte del constituyente de encomendar dicha función al Tribunal Constitucional no supone un descarte de esta garantía, sino únicamente que su verificación ha de corresponder al Poder Judicial ordinario mientras no se determine otra cosa.

de un Pleno “reducido” compuesto por los Presidentes y dos Magistrados de cada una de las Salas del Tribunal Supremo). Asimismo, la Ley Orgánica de Partidos Políticos en su artículo 11.8 prevé la posibilidad de que el Tribunal adopte medidas cautelares encaminadas a la suspensión de la actividad de la formación política durante la tramitación del procedimiento de declaración de ilegalidad.

4.4 Disolución del partido político

El artículo 10.2 de la LOPP establece que *“La disolución judicial de un partido político será acordada por el órgano jurisdiccional competente en los casos siguientes:*

- a) Cuando incurra en supuestos tipificados como asociación ilícita en el Código Penal.*
- b) Cuando vulnere de forma continuada, reiterada y grave la exigencia de una estructura interna y un funcionamiento democráticos, conforme a lo previsto en los artículos 7 y 8 de la presente Ley Orgánica.*
- 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 relación a la disolución penal por incurrir en asociación ilícita que prevé el artículo 10.2 a) de la LOPP se entiende por tal, en el artículo 515 del Código Penal, aquellas asociaciones que *“Aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución”* o *“Las que fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad.”*

La determinación de la concurrencia de las causas previstas en el artículo 9 y la consideración del partido político como asociación ilícita tienen su principal consecuencia en el artículo 10 de la LOPP, apartado cuarto y quinto, que establecen respectivamente *“El supuesto previsto en el párrafo a) del apartado 2 del presente artículo será resuelto por el Juez competente en el orden jurisdiccional penal, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el Código Penal.”* y *“Los supuestos previstos en los párrafos b) y c) del apartado 2 de este artículo serán resueltos por la Sala especial del Tribunal Supremo regulada en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo siguiente de la presente Ley Orgánica, que tendrá carácter preferente”*. Cuando ambos procedimientos concurren en el tiempo se tramitarán hasta su finalización cada uno de ellos, desplegando los efectos que le sean correspondientes.

Pues bien, el hecho de que una misma conducta puede ser incardinada en las actuaciones previstas en el artículo 9.2 (persecución por razón de raza o creencias y fomento de la violencia para la consecución de objetivos políticos) y lo establecido en el artículo 515 del CP (utilización de medios violentos y fomento del odio), plantea una posible vulneración del principio *non bis in ídem*. Sobre esta cuestión, y con ocasión de

un recurso de inconstitucionalidad presentado por el Gobierno Vasco, se pronuncia el Tribunal Constitucional en la STC 48/2003. Esta determina que los artículos del Código Penal condenan las conductas individuales llevadas a cabo por personas físicas, mientras que la LOPP penaliza aquellos comportamientos cuya atribución corresponde a la persona jurídica, es decir, a la totalidad del partido político. Considera que las causas de ilegalización y disolución recogidas en la LOPP cumplen con el objetivo de garantizar el respeto a las características definidoras de las formaciones políticas, pero en las mismas no existe componente punitivo alguno; se configura como un sanción reparadora que la Ley Penal incluye en el artículo 34.3, negándole el carácter de pena y, en base a ello, se debe desestimar la vulneración del principio *non bis in ídem*.

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Sala Especial del Tribunal Supremo que determina la ilegalización de Batasuna de 27 de Marzo de 2003 al considerar que *“las sanciones penales y las medidas previstas en la Ley Orgánica 6/2002 recaen sobre distintas personas. Las penales sólo recaen y sólo pueden recaer en personas físicas. Las previstas en la Ley Orgánica 6/2002 se deben aplicar sólo a personas jurídicas y con independencia de si se imponen sanciones penales a algún sujeto individual. Consecuentemente, no existe ninguna infracción del principio “non bis in ídem”, dado que en ningún caso las diferentes consecuencias jurídicas pueden recaer sobre el mismo sujeto”*

Ahora bien, esa diferencia parece no configurarse como suficiente pues *“¿Qué ocurriría si la Sala especial del TS del art. 61 ilegaliza a un partido político por promover, de forma reiterada y grave, atentados contra la integridad física de las personas (art. 9.2 LOPP y 515.1 CP) y, a su vez, o posteriormente, la Audiencia Nacional absuelve a ese mismo partido político de dicho comportamiento?”*⁷

Los efectos directos de la disolución de un partido político se reflejan en el artículo 12 de la LOPP que determina como consecuencias principales: el cese inmediato de toda la actividad del partido político disuelto, apertura del proceso de liquidación patrimonial y la prohibición de crear un partido político que continúe con la actividad de la formación política disuelta. Asimismo, serán ineficaces cuantas relaciones deriven de aquella relación de pertenencia o representación de los partidos disueltos.

4.5 Pérdida de la condición de diputado

Como punto de partida inicial es preciso determinar que la adquisición de la condición de cargo público representativo lleva aparejada la facultad de integrarse en el grupo institucional que el sujeto considere de forma voluntaria y, si no se hace uso de dicha facultad, se pasará *ex lege* al Grupo Mixto. Se trata de un derecho y deber que corresponde al cargo público representativo, pero que en ningún caso será ejercido por los partidos políticos. Una vez adquirida dicha condición, no se podrá acordar su pérdida sino por la concurrencia de una serie de situaciones objetivas, pues *“en la pérdida de la condición de parlamentario no cabe el subjetivismo. Esto es lógico teniendo en cuenta*

⁷ BAUTISTA PLAZA, D., *La función constitucional de los partidos políticos*, Comares, Granada, 2006, p.253

que faltaríamos a la esencia de la democracia si en el seno del Parlamento pudiera dejarse sin efecto la decisión del cuerpo electoral”⁸.

Podemos establecer como causas principales de la pérdida de condición de parlamentario las siguientes:

- Resolución judicial firme por la cual se anule la elección o la proclamación del parlamento en cuestión.
- Fallecimiento del parlamentario
- Incapacitación del parlamentario declarada por sentencia judicial firme.
- Fin del mandato, ya sea por la finalización de la legislatura o por haberse disuelto la cámara de forma anticipada.
- Renuncia del parlamentario
- Sentencia firme condenatoria que la imponga como pena. *“Se puede dar la circunstancia de que recaiga contra un parlamentario una sentencia penal que establezca como pena principal o accesoria la pérdida de la condición de parlamentario”⁹*

Una vez establecidas dichas causas, debemos analizar la relación entre grupo parlamentario y partido político, cuya vinculación también tiene consecuencias para los cargos públicos representativos. La determinación de la naturaleza jurídica de los grupos parlamentarios se convierte en una tarea de difícil resolución, si bien debemos destacar la existencia de un nexo político y sociológico entre estos y los partidos. Así, *“con independencia de su naturaleza jurídica, los grupos parlamentarios son, a la vez, componentes orgánicos del Parlamento y subunidades de la organización de los partidos; dicho de otro modo, constituyen una penetración de la organización del partido en la estructura del Parlamento”¹⁰*. Con respecto a esta cuestión, nuestro Tribunal Constitucional disocia conceptual y jurídicamente a los partidos políticos de los grupos parlamentarios, sin negar el claro reflejo que los primeros provocan en los últimos; pero teniendo en cuenta que también es importante atender a la independencia de voluntades que se produce entre ambos en determinados supuestos, tales como el caso de aquellos grupos parlamentarios que están constituidos por parlamentarios que proceden de distintas formaciones políticas.

En nuestro sistema constitucional, la disolución de un partido político no tiene un reflejo directo en sus cargos públicos representativos. Así, como ya se ha anunciado, solo se perderá el mandato representativo a causa de un procedimiento judicial que se centre en la actuación o en las circunstancias personales, solo aquellos cargos públicos representativos que hayan sido condenados o inhabilitados por sentencia judicial firme. Como ejemplo de ello destaca el caso de la disolución de los grupos parlamentarios emanación de Batasuna, pues el Juzgado central de instrucción número 5 en su auto de 26 de agosto de 2002, y posteriormente la Sala Especial del Tribunal

⁸SARMIENTO MÉNDEZ, X.A/ FERNÁNDEZ-SIMÓN BERMEJO, E./VISIEDO MAZÓN, F/ PAU I VALL, F/ PULIDO QUECEDO, M./ AUZMEDI DEL SOLAR, M./ MURIAS GIL, P. *Manual de actuación del parlamentario*, El Derecho y Quantor, Madrid, 2012, p.23.

⁹SARMIENTO MÉNDEZ, X.A/ FERNÁNDEZ-SIMÓN BERMEJO, E./ VISIEDO MAZÓN, F/ PAU I VALL, F/ PULIDO QUECEDO, M./ AUZMEDI DEL SOLAR, M./ MURIAS GIL, P. *Manual de actuación del parlamentario*, cit., p.24

¹⁰BAUTISTA PLAZA, D., *La función constitucional...*, cit., p.156

Supremo no impide a los cargos representativos formar parte de otros grupos parlamentarios, sino que únicamente disponen la disolución de un concreto grupo debido a la subordinación del mismo a un partido que reparte sus funciones con un grupo terrorista, pero ello sin perjuicio del mantenimiento de su condición de parlamentarios.

Respecto de esta cuestión, nuestro texto constitucional prevé la limitación externa de los partidos políticos, que solo pueden ser perseguidos por sus acciones, en base a una serie de motivos esenciales:

- Porque no cumplen con su función constitucional de expresión de la voluntad popular, bien por el quebrantamiento del límite interno de estructuración y funcionamiento democrático, o bien porque su finalidad principal la búsqueda de un encubrimiento bajo la forma de partido político para delinquir. En este último caso, el partido se configura como una asociación ilícita pudiendo sus portavoces e integrantes ser inhabilitados para el cargo público por el tiempo que se determine en el Código Penal.
- O bien porque en su actividad, a pesar de concurrir la formación y manifestación de la voluntad popular, existe una falta de respeto absoluta a los derechos de los demás partidos, a través de la utilización directa de medios violentos, o por existir una legitimación, apoyo e incitación al uso de la fuerza para la consecución de sus fines. En este supuesto, los miembros activos del partido que sean autoridades y funcionarios públicos pueden ser inhabilitados por encontrarse inmersos en un delito de asociación ilícita, y sus fundadores, directores y presidentes se les impondrá la pena de inhabilitación especial para el desempeño del cargo público.

Como podemos observar, las actuaciones de los partidos políticos pueden determinar su disolución, pero la pérdida de la condición de parlamentario por parte de sus miembros solo tendrá lugar cuando de sus propias acciones se derive una sentencia judicial que los inhabilite para el desempeño de dicho cargo.

4.6 Aplicación al concreto supuesto de hecho

En el presente caso que nos ocupa, se procede a la inscripción del partido Fuerza y Acción en el Registro de Partidos Políticos en enero de 2016, solicitando el Congreso de los Diputados su declaración de ilegalidad en noviembre de ese mismo año, sin que, en principio, se tenga constancia de ningún suceso relevante que pueda llevar a tal petición. Pues bien, se plantean dos hipótesis posibles:

1) Que el control preventivo previsto en el artículo 5.2 de la LOPP se realice de forma superficial y poco rigurosa, priorizando el derecho de asociación previsto en el artículo 22 de la Constitución Española, cuyo núcleo esencial se debe respetar en tanto que se configura como derecho fundamental. Así, el Tribunal Constitucional reconoce que el *“Registro de Partidos Políticos es un registro cuyo encargado no tiene más funciones que las de verificación reglada, es decir, le compete exclusivamente comprobar si los documentos que se le presentan corresponden a materia objeto del Registro y si reúnen*

los requisitos formales necesarios”¹¹. Asimismo, afirma el órgano constitucional español que los instrumentos para asegurar que el partido político se ajuste a la previsión que la Constitución tiene sobre los mismos han de centrarse fundamentalmente en el momento de la actuación de estos y por medio de un control judicial.¹²

2) Que en la documentación que el Partido Político debe presentar de forma obligatoria para su inscripción en el correspondiente registro, no figure información que pueda proporcionar indicios racionales de ilícito penal y que, como consecuencia de ello, se proceda a practicar la inscripción. Ahora bien, puede ocurrir que en los 10 meses que transcurren desde el alta en el registro hasta la aprobación de la proposición no de ley por parte del Congreso de los Diputados, la creación de un diario online y una organización juvenil dejen latente la ideología del partido político, de marcado signo islamófobo, y en ese momento se encuentren motivos suficientes para que el Gobierno inste los trámites tendentes a la declaración de ilegalidad.

Una vez permitida la inscripción, a fecha de 14 de noviembre de 2015, cuando los dirigentes del partido Fuerza y Acción se aventuran a anunciar la creación de un partido político propio, afirman que *“el país necesita urgentemente reaccionar frente a la invasión musulmana”*; declaraciones que demuestran un indudable odio, rechazo y persecución por razón de religión y creencias, que en ningún caso se pueden permitir en virtud de lo establecido en el artículo 9.2 a) de la LOPP que se encarga de prohibir toda *“exclusión o persecución de personas por razón de su ideología, religión o creencias”*. Asimismo, esta manifestación desvirtúa la legalidad del partido político partiendo de la premisa expresada en el apartado 1 del artículo 9 de la LOPP que dispone que los mismos en todo caso *“deberán respetar en las mismas los valores constitucionales, expresados en los principios democráticos y en los derechos humanos”*.

Antes de proceder el Gobierno a presentar la demanda de ilegalidad, hecho que ocurre el 28 de Febrero de 2017, se convocan Elecciones Generales en España, presentándose FyA a dichos comicios. El día 25 de Febrero de 2017, de nuevo el presidente de FyA, Theo, decide fomentar la violencia en su discurso político introduciendo la necesidad de llevar a cabo una *“cruzada cristiana”*, concepto que indudablemente hace referencia a una situación de guerra y enfrentamiento, y que de nuevo nos reconduce al citado artículo 9 en su apartado 2 b) que condena en su contenido el *“Fomentar, propiciar o legitimar la violencia como método para la consecución de objetivos políticos”*.

Las conductas ahora descritas, como bien se había determinado en el apartado 2.5 de la presente cuestión, también se pueden incardinar en el artículo 515 del CP que recoge las características para considerar un grupo como asociación ilícita. En base a ello, y como

¹¹STC 3/1981, de 2 de Febrero de 1981. Tirant On Line. Dicha resolución versa sobre la inscripción en el Registro de Partidos Políticos del denominado «Partido Comunista de España (Marxista-Leninista)». Permite ver de forma clara como las funciones del encargado del registro se encuentran muy limitadas, otorgando preferencia al derecho fundamental de asociación sobre la investigación de los ilícitos penales cuando no existe continuación de partidos políticos declarados ilegales.

¹²STC 85/1986, Tirant On Line

ya se ha destacado, procede en este supuesto la apertura de un procedimiento penal al mismo tiempo se debe iniciar el procedimiento previsto en el artículo 11 de la LOPP.

Pues bien, si desde la creación del Partido Político hasta la presentación de la demanda de ilegalidad por parte del Gobierno se observan comportamientos que entran dentro de los supuestos de ilegalidad de los partidos políticos, y que acabamos de analizar, los hechos no finalizan en el momento en que el poder ejecutivo se decide a instar el inicio del procedimiento de ilegalización. Y ello ocurre, por la falta de adopción de medidas cautelares en el concreto caso de “Fuerza y Acción”, que le permiten seguir con su campaña electoral y lograr que tanto Theo como Alexis alcancen la condición de diputados tras los comicios del 4 de Marzo de 2017. Su actividad se extiende por tanto hasta el día 20 de Marzo, momento en el cual el Tribunal Supremo decide declarar ilegal Fuerza y Acción.

El artículo 11.8 de la LOPP dispone en relación con el procedimiento de declaración de ilegalidad que *“la Sala podrá acordar la suspensión cautelar de las actividades del partido hasta que se dicte sentencia, con el alcance y los efectos que estime oportunos para salvaguardar el interés general”*; y es precisamente la falta de esas medidas previas las que permiten que se desencadenen una serie de sucesos cuya responsabilidad analizaremos de forma exhaustiva en preguntas posteriores.

Podemos adelantar que se trata de hechos fomentan la violencia, el odio y la discriminación hacia un colectivo concreto, sin que en ningún caso estas asociaciones sean compatibles con el fin atribuido a los partidos políticos. Cuando hablamos de la libertad de expresión que caracteriza a estos últimos, como punto de inicio fundamental para la expresión del pluralismo político, es importante tener en cuenta que *“las actitudes, las ideas, los pensamientos, por muy radicalmente enfrentados que estén con el orden constitucional, en ningún caso lo vulneran salvo cuando postulan la violencia como forma de acción política o se traducen en actos o comportamientos concretos que lesionan derechos ajenos, tales como el honor individual o colectivo de otros miembros de la comunidad, o incurren en los delitos de provocación al odio, a la discriminación o a la violencia”*¹³.

Así, en la propia Sentencia que declara la ilegalidad del partido político, se aclara que existe una *“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”*.

¹³BAUTISTA PLAZA, D., *La función constitucional ...*, cit. p.228

V. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA DEMANDA DE AMPARO FRENTE A LA SENTENCIA DEL SUPREMO Y VÍAS DE RECURSO POSIBLES ANTE UNA DENEGACIÓN DEL AMPARO

5.1 Competencia y legitimación para la tramitación del Recurso de Amparo

El artículo 41 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de Octubre, del Tribunal Constitucional¹⁴ (en adelante LOTC) dispone que *“Los derechos y libertades reconocidos en los artículos catorce a veintinueve de la Constitución serán susceptibles de amparo constitucional”*. Dentro de este grupo de preceptos que gozan de protección constitucional, y en relación con una eventual lesión de derechos fundamentales derivada de la declaración de ilegalidad de un partido político, es fundamental mencionar el artículo 22.1 de la CE en el cual *“Se reconoce el derecho de asociación.”*, que debemos conectar de forma inevitable con el art. 6 del mismo texto legal al contener la promulgación del pluralismo político y la manifestación de la voluntad popular que corresponde a los partidos políticos. Con respeto a ello, el propio Tribunal Constitucional considera la LOPP como un desarrollo concreto del artículo 6 de la CE, que determina una serie de límites específicos separados de aquellos previstos en el art. 22 del texto constitucional. Asimismo, encuentra la justificación de este régimen normativo específico por las funciones cualificadas atribuidas a las formaciones políticas.

En lo que respecta a la legitimación, el artículo 44 de la LOTC dispone que *“Las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial, podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos siguientes:*

- a) Que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial.*
- b) Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquellas se produjeron, acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional.*
- c) Que se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello.”*

En relación con la legitimación también debemos destacar el artículo 47.1 de la LOTC que dispone *“Podrán comparecer en el proceso de amparo constitucional, con el carácter de demandado o con el de coadyuvante, las personas favorecidas por la decisión, acto o hecho en razón del cual se formule el recurso o que ostenten un interés legítimo en el mismo.”* Con la expresión “interés legítimo”, que figura en el citado precepto, se hace referencia a *“la titularidad potencial de una ventaja o utilidad*

¹⁴ «BOE» núm. 239, de 5 de octubre de 1979

*jurídica, no necesariamente patrimonial, que se puede llegar a obtener si prospera la pretensión*¹⁵. Una vez asentado dicho concepto, en el ámbito de las personas jurídicas debemos distinguir entre aquellas de Derecho Privado y las jurídico-públicas. En relación con las primeras, estarán legitimadas para defender los derechos que le han sido reconocidos explícitamente, siempre que sean congruentes con sus fines así como medio para la consecución de estos últimos. En base a ello, se reconoce la legitimación de las asociaciones en general, los sindicatos y también los partidos políticos. Estos últimos estarán legitimados desde el momento que adquieren personalidad jurídica propia, por medio de la inscripción en el Registro de Partidos Políticos (art. 4 LOPP)¹⁶.

En el caso concreto que nos ocupa, una vez dictada la resolución por el Tribunal Supremo, solo queda la posibilidad a nivel nacional de recurrir ante el Tribunal Constitucional, agotándose así toda vía judicial para la interposición de recursos. Asimismo, la vulneración proviene de una decisión directa del tribunal, en tanto que es la sentencia dictada por el mismo la que determina la ilegalidad de las actividades de la formación política y su consiguiente disolución, impidiendo a los miembros del mismo el ejercicio del derecho de asociación y libertad de expresión.

5.2 Argumentación jurídica de la demanda de amparo

Cuando hacemos referencia a la disolución de un partido político y a la suspensión de sus actividades, estamos afectando de forma simultánea a su posibilidad de cumplir con la función constitucional y a la libertad de un sector de la sociedad para expresarse y participar en los asuntos públicos. Es precisamente la importancia de los aspectos que se ven afectados por la disolución de un partido político lo que justifica que el límite externo impuesto a los mismos solo se pueda aplicar en defensa del pluralismo político, o bien en defensa de un libre ejercicio de la función constitucional por parte del resto de formaciones políticas. Sin olvidar, en ningún caso, el supuesto de una ilegalización de los partidos políticos por incitar o promover el uso de la fuerza, aun partiendo de unos medios que de forma directa no se puedan considerar violentos.

La interposición de un recurso de amparo podría sostenerse sobre la base de la infracción del derecho de asociación que promulga el art. 22 de la CE y su inevitable conexión con el art.6 del mismo texto legal que, como ya hemos analizado, se refiere de forma directa al tipo específico de asociaciones que configuran los Partidos Políticos. Anivel internacional, también existen una serie de normas que protegen el derecho de asociación de los ciudadanos, como ocurre con el art. 11 de la CEDH cuando hace referencia a la libertad de expresión, que comprende al mismo tiempo la libertad de opinión; el artículo 20.1 de la Declaración universal de derechos humanos que promulga

¹⁵ TENORIO,P., *El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Perspectivas de reforma*, Fundación WoltersKluwer, Madrid, 2014, p. 90

¹⁶STC 138/2012, de 20 de Junio de 2012. Tirant On Line. En la mismase reconoce que “*Sin embargo respecto a Sortu el Auto recurrido en amparo impide justamente la adquisición de personalidad jurídica y los demás importantes efectos que anuda a la inscripción en el Registro de partidos políticos el art. 4.3 de la ley orgánica 6 2002, de 27 de junio, de partidos políticos (LOPP). Si el partido no se inscribe, son solamente sus promotores quienes responden personal y solidariamente en el tráfico jurídico (art. 4.1 LOPP).*”. Es decir, el partido político desde la práctica de su inscripción en el registro correspondiente estará legitimado para la interposición del recurso de amparo, todo ello debido a la adquisición de la personalidad jurídica.

el derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas que corresponde a toda persona; sin olvidar, por último, el artículo 22.1 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos que reza así *“Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras”*.

Centrándonos en esa conexión del artículo 22 de la CE con el precepto sexto del mismo texto, cabe reseñar el papel fundamental del pluralismo político como símbolo de libertad y democracia, en tanto que permitirá un mayor número de opiniones que a su vez abrirá un mayor abanico de posibilidades políticas para la sociedad. Ahora bien, la Sentencia de la Sala Especial del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2003 que declara la ilegalización de Batasuna dispone que *“esa posición preeminente del pluralismo político en nuestro sistema constitucional no presupone reconocerle un carácter absolutamente ilimitado, hasta el punto, por ejemplo, de que frente a su talante expansivo deban ceder derechos fundamentales de los demás.”*

Pero la decisión judicial de disolver un partido político no solo afectará al derecho de asociación, sino que también la libertad de expresión se vulnerará con dicha decisión. Este derecho se reconoce y garantiza en el artículo 20 de nuestra Constitución, en el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, y en el 10 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Pero de nuevo en este caso, podemos hacer uso de la citada sentencia del Tribunal Supremo para determinar que la injerencia y limitación de un derecho fundamental está justificada en determinados casos pues *“Las invocaciones a la violencia o su justificación, por tanto, no sólo autorizan las restricciones de la actividad de los partidos políticos sino, también, de su libertad adicional de expresión. La Sentencia de 2 de octubre de 2001, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha señalado también que “Un factor esencial a tener en cuenta es la cuestión de si ha habido una llamada al uso de la violencia, un levantamiento o cualquier otra forma de rechazo de los principios democráticos (...) cuando haya habido incitación a la violencia contra una persona, o un agente público o un sector de la población, las autoridades del Estado gozan de un más amplio margen de apreciación al examinar la necesidad de una injerencia en la libertad de expresión”... Aunque ciertamente esas llamadas a la violencia que justifican la limitación de la libertad de los partidos políticos nunca pueden ser episódicas o excepcionales, sino que tienen que ser reiteradas”*

En definitiva, a pesar de tratarse de derechos fundamentales cuyo núcleo esencial debe ser respetado en todo caso, es cierto que no se pueden perder de vista los criterios sobre la aplicación de límites al ejercicio de los mismos, que se reproduce en diversos pronunciamientos jurisprudenciales. El partido político Fuerza y Acción podría argumentar la vulneración de ambos preceptos constitucionales pero es cierto que sus conductas reiteradas de incitación al odio y fomento e incitación a la violencia dificultarían la concesión del amparo Constitucional. Como bien afirma la Sentencia del Tribunal Supremo que acuerda la disolución de Batasuna *“ni el talante expansivo del pluralismo político en nuestra Constitución, ni los convenios internacionales suscritos por España (a caballo de su jurisprudencia aplicativa nos hemos venido refiriendo al Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos*

Humanos y de las Libertades Fundamentales) toleran la lesión de los derechos fundamentales de los demás. Una lesión que sin embargo aparece al instante en cuanto por un partido político se exhorta a la violencia o ésta se justifica.”

5.3 Vías de recurso posible ante la denegación del amparo por parte del Tribunal Constitucional

Con respecto al recurso de la declaración de ilegalidad, dispone el artículo 11.7 de la LOPP que *“La sentencia dictada por la Sala especial del Tribunal Supremo, que podrá declarar la disolución del partido político o desestimar la demanda, no será objeto de recurso alguno sin perjuicio, en su caso, del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, y será ejecutiva desde el momento de su notificación. Si se decreta la disolución, la Sala ordenará la cancelación de la correspondiente inscripción registral, y el fallo producirá los efectos que se determinan en el artículo siguiente de esta Ley Orgánica”*. Se dispone por tanto que dicha resolución puede ser recurrida únicamente en amparo ante el Tribunal constitucional, cuando se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 44 de la LOTC, antes mencionados.

Ahora bien, para el caso de que el recurso de amparo sea denegado, y teniendo en cuenta la vulneración de diversos preceptos del Convenio Europeo de Derechos Humanos, se podría acceder al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que tiene jurisdicción obligatoria en todos los asuntos que versen sobre interpretación y aplicación del Convenio. Entre los derechos garantizados por este último se encuentra la libertad de expresión y la libertad de reunión y asociación, como ya se ha expuesto en el apartado anterior. En cuanto a la legitimación, el artículo 34 del Convenio prevé de que las personas físicas, organizaciones no gubernamentales o los grupos de particulares que se consideren víctimas de una vulneración del Convenio o de sus Protocolos cometida por un Estado parte puedan recurrir ante dicho Tribunal. En cuanto a las exigencias para la interposición de la demanda ante el TEDH, es necesario el agotamiento de la vía judicial previa, requisito cuyo *“Fundamento se encuentra en el carácter subsidiario del sistema de protección creado por el Convenio (en paralelo con idéntico requisito exigido en nuestro Derecho interno para interponer un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional –art. 50.1 a) en relación con el artículo 44.1 a) de la LOTC)”*¹⁷. En base a ello, se convierte en imprescindible el recurso ante el Tribunal Constitucional para poder proceder a invocar ante el TEDH la vulneración de derechos fundamentales.

De acuerdo con estas consideraciones podemos determinar que sería posible un recurso ante el TEDH, pero no recurriendo la resolución del Tribunal Constitucional en relación a la ilegalidad del partido político, que únicamente se establece como requisito procesal para acudir al TEDH, en tanto que se propugna como necesario el agotamiento de la vía judicial interna, sino interponiendo recurso frente a la sentencia del Supremo. En el caso concreto que nos ocupa, los miembros del partido *“Fuerza y Acción”* de forma individual pueden acudir ante el TEDH alegando la vulneración su derecho de asociación y libertad de expresión previstos en el CEDH, en tanto que el derecho de

¹⁷ MORTE GÓMEZ, C., *El procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los requisitos de admisibilidad de la demanda*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p.55

participación política no está recogido en dicho Convenio, si bien la imposibilidad de manifestar su opinión política así como de constituirse en formación política (derechos que sí ampara el Convenio) afectan de forma directa a la participación política que ellos consideran vulnerada. Con respecto a esta cuestión, cobra especial relevancia el caso Atutxa, sentencia publicada por el TEDH el 13 de Junio de 2017, en la que se condena a España en relación con la violación del art. 6.1 de la CEDH al expresidente del Parlamento vasco Juan María Atutxay de los exmiembros de la Mesa de la Cámara Gorka Knörr (EA) y Kontxi Bilbao (IU-EB), en relación al derecho a un juicio con todas las garantías, por dictar la sentencia sin ser escuchados los demandantes, sentencia que posteriormente fue ratificada por el Tribunal Constitucional.

VI. EVENTUALES RESPONSABILIDADES DE THEO Y ALEXIS POR LAS CANCIONES INCLUIDAS EN SU DISCO

En el año 2015, Theo y Alexis se consagran artísticamente como raperos y crean un álbum denominado “La Ley del Altísimo” con un marcado signo islamófobo. En concreto sus canciones incluyen frases tales como “No quedará en estas tierras ni un solo musulmán” o “Escuchad, moros: la autentica Cruzada [...] se hace dejando vuestros cuerpos cubiertos por mantas”. No se puede obviar el fomento del odio y hostilidad hacia el islam y, por extensión, el impulso de la discriminación hacia toda la raza musulmana.

Inicialmente con respecto a estas conductas es preciso determinar lo que se entiende por discriminación, considerando como tal *“el trato desigual no puramente arbitrario, sino que obedece a una serie de razones relacionadas siempre con caracteres diferenciales de la víctima; siendo estos últimos de los que pueden conducir a situaciones de marginación y rechazo social, por lo que el trato discriminatorio supone un menosprecio, un trato peyorativo”*¹⁸. Partiendo de esta concepción, las acciones discriminatorias afectarían al derecho de toda persona de ser tratado como un ser humano igual a los demás y, por ello, al bien jurídico de la dignidad personal. Pero además, estas conductas proyectan una serie de efectos a nivel colectivo y social, amenazando al modelo de convivencia plural y multicultural que se asienta como base de nuestro texto constitucional, en cuanto se configura como un pilar fundamental del Estado social y democrático de Derecho.

En relación a ello, nuestro Código Penal tipifica estas conductas como delito en su Capítulo IV denominado “De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas” y, concretamente en su artículo 510 se dispone que: *“1. Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses: a) Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.”*

La tipificación de conductas que suponen la difusión y elaboración de escritos y otro tipo de material que sea adecuado para el fomento de determinadas ideas, lleva aparejada la cuestión de los límites de la libertad de expresión. Las conductas a las que hace referencia el delito previsto en el artículo 510 del CP no se limitan a las creencias internas discriminatorias, que como tal no constituyen un hecho, sino únicamente una

¹⁸LANDA GOROSTIZA, J.M., *La intervención penal frente a la xenofobia: Problemática general con especial referencia al “delito de provocación” del artículo 510 del Código Penal*, Universidad del País Vasco/EuskalHerrikoUnibertsitatekoArgitalpenZerbitzua, Bilbao, 2000, p. 218

actitud interna. Por ello *“El objeto de la prohibición penal no es, por tanto, una personalidad peligrosa o una actitud interna inmoral, sino la realización de una conducta: fomentar en terceros algunas de las actitudes internas de discriminación, odio o violencia hacia las minorías a las que se refiere el precepto”*¹⁹.

De acuerdo con esto, es fundamental destacar que la realización de discursos de odio y elaboración de material orientado a la consecución de dicha finalidad supone un límite a la libertad de expresión, en tanto que debemos tener en cuenta los límites a este derecho fundamental, tales como: *“las manifestaciones innecesarias que atenten de forma particularmente intensa contra el honor y la dignidad de las personas (p. ej., mediante insultos graves) o la libertad (p. ej., a través de amenazas), o las que no se limiten a cuestionar teóricamente el sistema democrático, sino que lo pongan materialmente en peligro”*²⁰. En este sentido, la STS 820/2016 hace referencia a los pronunciamientos contenidos en la laSTC 136/1999, de 20 de julio considera que *“la utilización de símbolos, mensajes o elementos que representen o se identifiquen con la exclusión política, social o cultural, deja de ser una simple manifestación ideológica para convertirse en un acto cooperador con la intolerancia excluyente, por lo que no puede encontrar cobertura en la libertad de expresión, cuya finalidad es contribuir a la formación de una opinión pública libre” (FJ 4)*”. Asimismo reconocen en dicha sentencia que *“es obvio que las manifestaciones más toscas del denominado 'discurso del odio' son las que se proyectan sobre las condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas. Pero lo cierto es que el discurso fóbico ofrece también otras vertientes, siendo una de ellas, indudablemente, la que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no compartan el ideario de los intolerantes”*.

La conducta llevada a cabo tanto por Theo como por Alexis entra dentro de las previsiones del precepto de la ley penal, pues su finalidad era la elaboración de material, en este caso canciones, que fomentara e incitara al odio y la hostilidad por motivos racistas hacia el colectivo musulmán. Asimismo, no se trataba de actitudes internas y simples pensamientos discriminatorios y violentos, sino que su principal finalidad era la difusión de sus ideas en el seno de la sociedad, amenazando no sólo la dignidad personal de los individuos pertenecientes al colectivo discriminado, sino creando una situación de riesgo para la paz y tranquilidad del sistema de convivencia plural y multicultural que promulga nuestro texto constitucional.

¹⁹ GÓMEZ MARTÍN, V., *Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 y su aplicabilidad al discurso sexista*, visto en RECPC 18-20 (2016) – <http://criminet.ugr.es/recpc> – ISSN 1695-0194 p. 10, (última consulta 6/06/2017)

²⁰ GÓMEZ MARTÍN, V., *Incitación al odio y género. ...cit.*, p.10, (última consulta 6/06/2017)

VII. EVENTUAL RESPONSABILIDAD DE DEYVERSON POR LAS FALSAS AFIRMACIONES QUE HA REALIZADO EN SU DIARIO.

En Agosto de 2016 se crea el diario online de apoyo al partido “Fuerza y Acción”, denominado Nuestra Fuerza y dirigido por Dyverson cuya actividad más relevante a efectos penales se resume en lo siguiente:

-El 18 de Marzo de 2017 en un reportaje firmado por Deyverson, Nuestra Fuerza pública 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. Asimismo, en portada aparece una fotografía de este último con un sello encima con el lema de “Juzgado y condenado por alta traición”.

-La realización de un reportaje en el que acusa a diversos partidos políticos de estar financiados por Estados musulmanes. Se expone que la Unión Demócrata sufragó sus campañas con dinero iraní y el Partido Socialdemócrata con fondos procedentes de Arabia Saudí.

A efectos de esclarecer tales hechos, se crea una Comisión parlamentaria de investigación que concluye que: son falsas las afirmaciones emitidas sobre la financiación ilícita del Partido Socialdemócrata y la Unión Demócrata; Vigaray no ha sido torturado; y las publicaciones se realizaron sin comprobar su veracidad, limitándose a exteriorizar rumores existentes entre los seguidores de *Acción inmediata*. La creación de esta Comisión se realiza en virtud del artículo 76 de la CE española que reconoce la posibilidad al Congreso y Senado o, en su caso, a ambas Cámaras, de nombrar dichas comisiones para proceder a la investigación de hechos que ostenten relevancia pública.

Las afirmaciones falsas vertidas sobre el Comisario Sr. Camarasa por parte del Diario Nuestra Fuerza son constitutivas de un delito de calumnias previsto en el artículo 205 del CP que reza así “*Es calumnia la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad.*”

Conviene recordar cuantos requisitos o elementos han venido considerándose doctrinal y jurisprudencialmente como integrantes y definidores del delito de calumnia, y que al amparo de la STS90/1995, de 1 de Febrero de 1995 pueden sintetizarse en los siguientes:

- A. Imputar a una persona un hecho delictivo, lo que equivale a atribuir a otro una infracción criminal.
- B. Dicha imputación ha de ser falsa, subjetivamente inveraz, con manifiesto desprecio de toda confrontación con la realidad, o a sabiendas de su inexactitud; la falsedad de la imputación ha de determinarse fundamentalmente con parámetros subjetivos, atendiendo al criterio de la "actual malice".
- C. No bastan atribuciones genéricas, vagas o analógicas, sino que han de recaer sobre un hecho inequívoco, concreto y determinado, preciso y catalogable criminalmente, dirigiéndose la imputación a persona concreta e inconfundible, de indudable identificación,

- D. Dicho delito ha de ser perseguible de oficio, es decir, tratarse de delito público.
- E. En último término ha de precisarse la concurrencia del ánimo de infamar o intención específica de difamar, vituperar o agraviar al destinatario de esta especie delictiva; voluntad de perjudicar el honor de una persona, *animusinfamandi* revelador del malicioso propósito de atribuir a otro la comisión de un delito, sin perjuicio de que puedan hacer acto de presencia cualesquiera otros móviles inspiradores, criticar, informar, divertir, etc., con tal de que el autor conozca el carácter ofensivo de su imputación, aceptando la lesión del honor resultante de su actuar.

Siguiendo cada uno de estos requisitos y procediendo a su aplicación al caso que nos ocupa debemos determinar.

En cuanto a la imputación de un hecho delictivo, las torturas cometidas por funcionario público son constitutivas de un hecho delictivo previsto en el artículo 147 del CP que determina que *“Comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, y con el fin de obtener una confesión [...] la sometiére [...] sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión o que, de cualquier otro modo, atenten contra su integridad moral. El culpable de tortura será castigado con la pena de prisión de dos a seis años si el atentado fuera grave, y de prisión de uno a tres años si no lo es. Además de las penas señaladas se impondrá, en todo caso, la pena de inhabilitación absoluta de ocho a 12 años”*. En cuanto al delito de traición que se le atribuye al Señor Camarasa, dicha conducta se encuentra tipificada en el Código Penal, concretamente en su artículo 581 que reza así *“El español que indujere a una potencia extranjera a declarar la guerra a España o se concertare con ella para el mismo fin, será castigado con la pena de prisión de quince a veinte años.”* Una vez determinadas ambas acusaciones, apreciamos la gravedad de las penas que recaen en caso de llevar a cabo los citados delitos, por lo que la atribución de su comisión reviste especial gravedad.

Por lo que respecta a las atribuciones del delito, debemos distinguir las acusaciones al colectivo policial y a los “agentes de Estados musulmanes”, de las vertidas sobre el Comisario de la Policía Nacional, el señor Camarasa. En el primero de los casos, la imputación no se produce de forma suficientemente concreta que permita identificar a cada una de las personas a las que se dirige, pues no nos permite lograr una identidad inconfundible. Ahora bien, la acusación de alta traición e inducción de torturas que recae sobre el Señor Camarasa permite dar cumplimiento al requisito exigido por la doctrina y jurisprudencia, pues no solo se proporciona su nombre, sino que además se publica una imagen de mismo, por lo que la identificación se puede realizar de forma exacta y singular.

En cuanto a la falsedad de las afirmaciones realizadas sin ningún tipo de constatación con la realidad, confirma la Comisión Parlamentaria de Investigación, creada a tales efectos, que en ningún caso Vigaray había sido torturado y que se le había dado difusión de gran magnitud a simples rumores que existían dentro de una organización juvenil. Atendiendo a la imagen pública del acusado y al daño que en su reputación se puede causar, es totalmente inaceptable la manifestación de dichas acusaciones por medios de gran publicidad como el caso de un diario online.

Por lo que respecta a la necesidad de que se trate de un delito público perseguible de oficio, tanto la tortura como la traición se configuran como tal. La regla general es que los delitos previstos en el Código Penal se traten de delitos públicos, salvo aquellos que en su contenido tienen establecida la previsión de la denuncia del propio afectado o cualquier otro requisito que suponga la pérdida de la consideración de públicos. En el tenor literal de los delitos antes citados e imputados al Señor Camarasa no se aprecia ninguna de dichas previsiones por lo que se podrán perseguir de oficio y permitirán el cumplimiento de dicho requisito para la constatación de la existencia de calumnias.

Por último, en cuanto al requisito del ánimo de infamar, desde el momento en que el propio Vigaray es consciente de la falsedad de las afirmaciones y prescinde de toda constatación con la realidad, es más que evidente el ánimo de deshonorar. Se observa el *animus infamandien* su enorme falta a la verdad en atención a conseguir el descrédito público del individuo acusado, y aún cuando esta no fuera su finalidad última, el calumniador conocía el ánimo lesivo de sus acusaciones y aún así procede a emitirlas aceptando la lesión del honor del acusado. Este ánimo de perjudicar se encuentra justificado en mayor medida cuando la propagación de la información se realiza con publicidad; así el Código Penal recoge una pena superior para estos casos en su artículo 206 por considerar que la afectación es mayor *“Las calumnias serán castigadas con las penas de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a 24 meses, si se propagaran con publicidad y, en otro caso, con multa de seis a 12 meses.”*

En cuanto a la posible afectación del derecho a la libertad de expresión recogida en el art. 20 de la CE, ya se ha analizado en preguntas anteriores como no se trata de un derecho ilimitado que permita realizar manifestaciones que atenten contra el honor y la dignidad de las personas.

Por lo que respeta al segundo de los reportajes en los que se afirma la financiación de los partidos políticos por los Estados Musulmanes, concretamente procedentes desde Irán y Arabia Saudí, cabe destacar que el art. 7.2 de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos²¹ dispone que *“Los partidos no podrán aceptar ninguna forma de financiación por parte de Gobiernos y organismos, entidades o empresas públicas extranjeras o de empresas relacionadas directa o indirectamente con los mismos.”* En relación con ello, el artículo 304 bis 2.b) del Código Penal dispone que *“Los hechos anteriores serán castigados con una pena de prisión de seis meses a cuatro años y multa del triplo al quíntuplo de su valor o del exceso cuando: b) Se trate de donaciones recogidas en el artículo 7.Dos de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos, que superen el importe de 100.000 euros.”* Atendiendo a ambos preceptos, solo será constitutivo de delito la financiación por parte de un Estado extranjero cuando su importe exceda de 100.000 euros, en caso contrario, se tratará de una falta administrativa. Por ello, en este caso ante la falta de concreción sobre la acusación, no se produce un cumplimiento efectivo de los requisitos de la calumnia, pues no se hace referencia a la acusación de un tipo delictivo como bien exige el artículo 205 del CP.²²

²¹ «BOE» núm. 160, de 5 de julio de 2007

²² ATS 58/2001, de 26 de Junio de 2002, Tirant On Line. Se desestima el recurso de súplica interpuesto por la representación del Partido Popular, en atención a que se apreciara un delito de calumnias por acusar

VIII. EVENTUALES RESPONSABILIDADES DE THEO Y ALEXIS POR LAS DECLARACIONES REALIZADAS DESDE EL INICIO DE SU CARRERA POLÍTICA

Desde el momento de la constitución del partido político “FyA: Fuerza y Acción”, Theo y Alexis, su presidente y secretario general respectivamente, comienzan a realizar toda una serie de declaraciones de signo discriminatorio y de incitación a la violencia como única forma de conseguir acabar con una democracia que ellos consideran una farsa. Procederemos ahora a analizar cada una de dichas manifestaciones en función de su relevancia penal y la posible constitución de un delito por su manifestación.

8.1 Delito de odio

El primer grupo de manifestaciones que analizaremos son aquellas constitutivas de un delito de odio, a tener en cuenta:

- *“Porque este país necesita urgentemente reaccionar frente a la nueva invasión musulmana.”*
- *“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”*
- Theo acusa a la candidata del Partido Socialdemócrata de *“estar en conveniencia con los que quieren destruir España”* y asegura que *“los atentados terroristas islámicos están fomentados por el Partido Socialdemócrata y por todos los partidos que están vendiendo esta Nación a sus enemigos”*.
- *“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”*
- Con respecto a la abstención, Alexis asegura que los españoles *“No quieren que la falsa mayoría les imponga nada. 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”*.
- *“Este domingo es el día en que, este país dejará de estar arrodillado. [...] va a decir bien claro que quien no esté a favor de la regeneración cristiana se arriesga a que el pueblo lo lleve a la horca”*

En relación con el primer grupo de manifestaciones, estas se realizan en el seno de un partido político, aprovechando su pertenencia al mismo y la difusión que la participación en una campaña electoral proporciona a los ideales de ambos sujetos. Así, en este caso, la conducta llevada a cabo tanto por Alexis como por Theo es una simple continuación de la actividad que venían desempeñando durante su época como raperos, mediante la difusión de ideas discriminatorias y de incitación a la violencia. Por ello, resulta aplicable el mismo artículo 510 del CP analizado en la pregunta anterior, pero en

a dicho partido político de financiación ilícita, en tanto que el tribunal considera que *“las imputaciones hechas por el querellado carecen de la necesaria concreción”*

su apartado 1. a) que castiga 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.”*

En relación con este delito, es importante destacar diversa normativa Europea que nos permitirá analizar así la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y realizar una comparación con la jurisprudencia nacional en dicha materia. Inicialmente debemos asentar el concepto “delitos de odio”, cuya definición se ha logrado consolidar con amplio consenso en el ámbito europeo a través de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE). Según esta última se puede definir como delito de odio *“Cualquier infracción penal, incluyendo infracciones contra las personas (A) o las propiedades, donde la víctima, el local o el objetivo de la infracción se elija por su, real o percibida, conexión, simpatía, filiación, apoyo o pertenencia a un grupo como los definidos en la parte B. (B) Un grupo se basa en una característica común de sus miembros, como su “raza” real o percibida, el origen nacional o étnico, el lenguaje, el color, la religión, el sexo, la edad, la discapacidad intelectual o física, la orientación sexual”*.²³

Junto a esta primera aproximación, se debe tener en cuenta la Decisión Marco 2008/913/JAI²⁴, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal que constituye un apoyo importante. Según la misma *“Se considerarán punibles como delitos penales determinados actos cometidos con objetivos racistas o xenófobos, tales como la incitación pública a la violencia o al odio, dirigidos contra un grupo de personas o contra un miembro de dicho grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión o creencia, la ascendencia o el origen nacional o étnico. En esta categoría nos encontraríamos, pues, ante el llamado discurso de odio”*²⁵.

Asimismo, en materia de incitación al odio es fundamental destacar la acción del Consejo de Europa que resulta especialmente decisiva. En la Recomendación N° 97 (20) del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el Discurso del Odio define como “discurso de odio” aquellas *“formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y cualquier otra forma de odio fundado en la intolerancia, incluida la intolerancia que se exprese en forma de nacionalismo agresivo y etnocentrismo, la discriminación y hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas nacidas de la inmigración”*. Esta definición del término ha gozado de aceptación y ha sido adoptada tanto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

²³ QUESADA ALCALÁ, C., *La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al discurso de odio en los partidos políticos: coincidencias y contradicciones con la jurisprudencia española*, visto en <http://criminnet.ugr.es/recpc/18/recpc18-20.pdf> pp.3 y 4 (última consulta 6/6/2017)

²⁴ Diario Oficial de la Unión Europea L 328/55, 6 de diciembre de 2008

²⁵ QUESADA ALCALÁ, C., *La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al discurso de odio...cit.*, p.6,(última consulta 6/6/2017)

Pero la previsión a nivel europeo no es suficiente, por ello en las legislaciones internas también es necesario tipificar la incitación al odio. Así, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia del Consejo de Europa adoptó en el año 2002 la Recomendación N°7 relativa a las legislaciones nacionales para la lucha contra el racismo y la discriminación racial.

Una vez asentado el concepto de “discurso de odio” que toma relevancia en relación con este tipo de conductas penales, debemos analizar como la libertad de expresión se puede ver afectada por la tipificación de este tipo de actividades delictivas. Al respecto, nuestro Tribunal Constitucional afirma que la libertad de expresión regulada en el art. 20.1 de la CE no puede respaldar la realización de manifestaciones, expresiones o discursos racistas o xenófobos. Como bien dispone el art. 20.4 del texto constitucional, en ningún caso los derechos serán ilimitados permitiendo afectar a bienes constitucionales tales como la dignidad humana.²⁶

La realidad es que tanto a nivel europeo como a nivel nacional existen sentencias en ambos sentidos, otorgando preferencia a la penalización del discurso del odio sobre la libertad de expresión, y viceversa. Por ello, se convierte en necesario el análisis de las circunstancias que rodean a cada uno de los casos.

En el caso de “Fuerza y Acción”, y con respecto a la valoración de la intención del autor, no se trata de la difusión de un aspecto más que forma parte del programa electoral, sino que el presidente y el secretario general del partido por medio de sus manifestaciones buscan fomentar ideas racistas para generar un ambiente de odio contra el colectivo musulmán, intentando así conseguir el voto de extremistas y radicales. Además, aún teniendo en cuenta que en el ámbito del discurso político la limitación de la libertad de expresión debería estar minimizada, en el caso que nos ocupa las manifestaciones amenazan a la democracia y el pluralismo político que promulga nuestra Constitución, en tanto que su discurso incita a revelarse contra los demás partidos políticos y aquellos que no apoyan sus ideales; asimismo, uno de sus objetivos principales es la destrucción de una democracia que ellos consideran falsa, por medio de la violencia y rechazando el diálogo político; motivos más que suficientes para limitar la libertad de expresión en esta situación.

Pero su cometido no termina aquí, pues en Febrero de 2017 durante un mitin electoral Theo no repara en nombrar a Franco, asegurando que la historia lo absolverá y que solo él tuvo la visión correcta. Si bien es cierto que nuestro Código Penal no tipifica de forma concreta e individualizada como delito el enaltecimiento del Franquismo, no podemos dejar al margen el reconocimiento en el art. 510.1 c) de la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses a quienes “*Públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra*

²⁶STC 49/2001, de 26 de Febrero de 2001, Tirant On Line. En dicha sentencia el Tribunal determina que el derecho al honor opera como un límite infranqueable que la Constitución (art. 20.4) impone al derecho a expresarse libremente [art. 20.1 a)], prohibiendo que nadie se refiera a una persona de forma insultante o injuriosa, o atentando injustificadamente contra su reputación haciéndola desmerecer ante la opinión ajena. Al igual que el derecho al honor, el derecho a la dignidad humana se configura como un bien jurídico susceptible de ser protegido y suficiente para limitar la libertad de expresión.

una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad". Indudablemente los ataques franquistas consisten en la violencia ejercida contra todos aquellos que no apoyaban la dictadura de Franco, manifestaban su oposición y quienes constituían o podían constituir un peligro para esta; una persecución indudable contra un grupo concreto de población que se fundamentaba en su ideología política.

En este punto, es importante destacar la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura²⁷, en cuyo artículo 15 se reconoce "*Las Administraciones públicas, en el ejercicio de sus competencias, tomarán las medidas oportunas para la retirada de escudos, insignias, placas y otros objetos o menciones conmemorativas de exaltación, personal o colectiva, de la sublevación militar, de la Guerra Civil y de la represión de la Dictadura. Entre estas medidas podrá incluirse la retirada de subvenciones o ayudas públicas*" y reconoce que "*Lo previsto en el apartado anterior no será de aplicación cuando las menciones sean de estricto recuerdo privado*". Pues bien, si se debe proceder a la retirada de todo signo público que rememore o suponga un homenaje hacia Franco y el Franquismo, y al mismo tiempo se reconoce que única y exclusivamente el recuerdo de signo privado es amparado por dicha ley, ¿es legal enaltecer la figura de un dirigente que buscaba exterminar a todo aquel que no lo apoyaba en el seno de una campaña electoral, es decir, un acto público?

Por lo que respecta a las manifestaciones realizadas el 27 de Febrero de 2017 durante el transcurso de un debate televisivo, en el cual se acusó a Susana Sánchez, candidata del Partido Socialdemócrata, de estar en conveniencia con los que quieren destruir España; así como a este último partido y a todas las demás formaciones políticas de apoyar el terrorismo, debemos determinar que ambas actuaciones no son constitutivas de un delito de calumnias. Pues bien, como hemos expuesto con anterioridad, dentro de los requisitos exigidos por la doctrina y la jurisprudencia es necesario que existan, entre otros aspectos, la acusación de una conducta constitutiva de delito y que esta se dirija a una persona concreta y fácilmente identificable.

En lo que respecta a los citados hechos, cuando las acusaciones se dirigen a Susana Sánchez, y por tanto se identifica con claridad la identidad del sujeto, la conducta imputada no se describe de forma suficientemente detallada como para poder encajarla dentro de ningún tipo delictivo de los contenidos en el Código Penal, pues el hecho de "estar en conveniencia con los que quieren destruir España" no se presenta como la conducta típica de ningún delito. Si nos referimos al segundo caso, el delito está claro, se trata del fomento y la colaboración de actividades terroristas tipificadas en nuestro CP en los artículos 577 y siguientes; ahora bien, en este supuesto la acusación se dirige frente a un grupo no identificado al hacer referencia a "*todos los partidos políticos*" o incluso al "*Partido Socialdemócrata*", pues en este caso no se imputan conductas delictivas a una persona concreta y determinada.

²⁷ «BOE» núm. 310, de 27 de diciembre de 2007

Aún no constituyendo un delito de calumnias, y en relación con el delito de odio y el fomento de la hostilidad, las declaraciones referentes a los partidos políticos demuestran que el rechazo no solo se presenta con respecto a la raza musulmana, sino también frente a las restantes formaciones políticas y concretamente al partido Socialdemócrata pues, como hemos visto, Theo los acusa de ser traidores, torturadores y brindar apoyo e impulso a los ataques terroristas islámicos. Así, el artículo 510.2 del CP establece que *“Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses: a) Quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología”*. Por medio de estas declaraciones se impulsan actitudes de odio basadas únicamente en la práctica de una ideología diferente a la mantenida por los dirigentes de “Fuerza y Acción. De esta forma se pretende crear en la sociedad un ambiente de rechazo e inseguridad que podría afectar a la paz y seguridad del Estado Social y Democrático de Derecho que propugna nuestra Constitución.

8.2 Delitos contra las instituciones del Estado

También merecedora de análisis es la siguiente manifestación que realiza Theo como presidente de “Fuerza y Acción”: *“La voz del pueblo no se puede sustituir. Por eso yo invito a todos los que de verdad quieran formar parte de esta reconquista que se hagan sentir el próximo día 17”* (Día previsto para la solemne apertura de la legislatura)

Con respecto a la misma, prevé el artículo 494 del CP que *“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.”*. En este caso concreto, Theo no hace una referencia expresa a la sede del Congreso de los Diputados, si bien es cierto que promueve la realización de una manifestación el propio día de la apertura de la legislatura; si bien posteriormente es Acción Inmediata, como organización juvenil de apoyo al partido, la que convoca una concentración en las inmediaciones de la Cámara Baja que consiguió reunir a 500 jóvenes.

Teniendo en cuenta lo expuesto, no se puede obviar, por ende, la clara conexión entre la solicitud realizada por el presidente del partido político Fuerza y Acción, y la consiguiente respuesta de su organización juvenil de apoyo, que con una clara intención de reforzar y secundar aquello que la formación política considera adecuado y necesario, procede a realizar la manifestación en las inmediaciones del Congreso de los Diputados. Asimismo, y reforzando la vinculación evidenciada, el presidente del partido político hace referencia a la realización de la manifestación el día concreto de la apertura de la legislatura, cuando es conocedor de que se encontrarán reunidos los miembros de la Cámara.

8.3 Prerrogativas individuales de los diputados

En tanto que miembros de una asamblea legislativa, se le ha reconocido a los diputados dos privilegios: la inmunidad y la inviolabilidad parlamentaria. En realidad, no son facultades personales de dichos sujetos, sino que se les atribuyen por formar parte de los cuerpos legislativos. Ahora bien, *“La inmunidad y la inviolabilidad no pretenden proteger interés personal alguno de los diputados, sino que pretenden, de forma exclusiva, proteger la independencia y autonomía del poder legislativo”*²⁸. Centrándonos en el primero de los privilegios mencionados, la Constitución española en su artículo 71.1 reconoce que *“Los Diputados y Senadores gozará de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones”*.

Este reconocimiento concede a los diputados la irresponsabilidad por todas las declaraciones expresadas en el ejercicio de sus funciones oficiales como parlamentarios. Su otorgamiento se produce en aras de la libre crítica y el debate en un Estado democrático. Ahora bien, se hace necesaria su delimitación material y funcional, cuestión apoyada por la doctrina mayoritaria en tanto que consideran que *“aunque nuestra Constitución, a diferencia de otros códigos políticos (como el alemán o el griego), no establece expresamente ninguna limitación, es evidente que la inviolabilidad está sujeta a límites. En ella, por ejemplo, no pueden encontrar amparo ni las calumnias, ni las injurias, ni conceptos ofensivos contra personas o instituciones, ni la apología para la comisión de delitos, pues tales manifestaciones mal pueden contribuir al ejercicio de las funciones parlamentarias”*.²⁹ En lo que respecta a la delimitación funcional, el artículo 71.1 de la CE hace referencia a la inviolabilidad en el ejercicio de sus funciones y, asimismo, el Reglamento del Senado³⁰ dispone en su artículo 21 que se garantiza dicha prerrogativa en *“las opiniones manifestadas en los actos parlamentarios”* y *“los votos emitidos en el ejercicio de su cargo”*.

El Tribunal Constitucional, en su sentencia 51/1985 reconoce que cuando la CE hace referencia en el precepto 71 a la inviolabilidad, se refiere solo al caso de las funciones parlamentarias y determina que a nivel reglamentario *“se precisa cuáles de sus actividades constituyen sus funciones y resultan cubiertas por la garantía de la inviolabilidad. Al margen de ellas podrán los Senadores formular las críticas a la acción del Gobierno que tengan por conveniente, como cualquier ciudadano, pero sin gozar de la protección del art. 71.1, sino solo de la genérica libertad que reconoce el art. 20 de la Constitución”*. Asimismo, se establece en la citada sentencia que la inviolabilidad, como bien mantiene la mayoría de la doctrina española y extranjera, únicamente alcanza la conducta de su titular en tanto que miembro del Congreso, cesando cuando el sujeto despliegue su conducta, incluso con trascendencia política, al margen de las funciones parlamentarias, y por ello determina que *“El interés, a cuyo servicio se encuentra establecida la inviolabilidad es el de la protección de la libre discusión y decisión parlamentarias (en este sentido, Sentencia de la Corte Constitucional italiana de 27 de marzo de 1975, núm. 81), decayendo tal protección cuando los actos hayan sido realizados por su autor en calidad de ciudadano (de*

²⁸SARMIENTO MÉNDEZ, X.A/ FERNÁNDEZ-SIMÓN BERMEJO, E./VISIEDO MAZÓN, F/ PAU I VALL, F/ PULIDO QUECEDO, M./ AUZMEDI DEL SOLAR, M./ MURIAS GIL, P. *Manual de actuación del parlamentario*, El Derecho y Quantor, Madrid, 2012, p.19.

²⁹FERNANDEZ SEGADO, F., *“La doctrina constitucional sobre las prerrogativas parlamentarias en España”*, en <http://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/38209/36968> (última consulta 30/05/2017)

³⁰«BOE» núm. 114, de 13 de mayo de 1994

"político" incluso)". Esta interpretación restrictiva de las prerrogativas parlamentarias permite no devenir privilegios que pueden acabar lesionando derechos fundamentales de terceros.

De acuerdo con lo dispuesto por la jurisprudencia del TEDH, en ningún caso se pueden amparar bajo la libertad de expresión y la consiguiente inviolabilidad parlamentaria los mensajes intolerantes, así como aquellos que propugnen la defensa de la violencia para alcanzar objetivos políticos. En este sentido cabe destacar *"En el caso Zana de 25 de noviembre de 1997 en el que el Tribunal de Estrasburgo no amparó al demandante por defender los métodos violentos del PKK, o la Decisión de inadmisibilidad Ruffi Osmani de 11 de octubre de 2001 en la que tampoco se amparó al demandante al haber apelado a la violencia para defender su proyecto político"*³¹

Ahora bien, dentro del ámbito parlamentario reconoce el ATS, 2ª, de 23 de enero de 2003 que *"la inviolabilidad aplicada en el ámbito penal, puede cubrir tipos delictivos como las calumnias, las injurias, las amenazas, las falsedades, o el descubrimiento o revelación de secretos"*. Pero solo en el caso de que las manifestaciones se refieran a un parlamentario que pueda defenderse de las acusaciones de forma directa y personal, así como a una persona que ejerce funciones públicas y tenga oportunidad de rebatir las declaraciones realizadas en su contra. En el mismo sentido se pronuncia otro ATS, de 28 de Junio de 2013, al determinar que *"En ocasiones, no está en juego la inviolabilidad parlamentaria. Pero todas ellas tienen en común la idea de que el debate político sobredimensiona la libertad de expresión y relativiza el contenido material de los derechos vinculados al honor (art. 18.1 CE). Y éste es el precio obligado para que la argumentación política no se autolimita con el riesgo potencial de sufrir el ejercicio de acciones penales"*

El propio Reglamento del Congreso de los Diputados, reconoce a los presidentes de las Cámaras las facultades de tomar medidas sancionatorias si alguno de los Diputados prolifera palabra ofensivas al decoro de la Cámara o sus miembros. Y el artículo 106 del mismo texto citado reconoce que *"Cualquier persona que en el recinto parlamentario, en sesión o fuera de ella y fuese o no Diputado, promoviere desorden grave con su conducta de obra o de palabra, será inmediatamente expulsado. Si se tratare de un Diputado, el Presidente le suspenderá, además, en el acto en su condición de Diputado por plazo de hasta un mes, sin perjuicio de que la Cámara, a propuesta de la Mesa y de acuerdo con lo previsto en el artículo 101, pueda ampliar o agravar la sanción."*

Atendiendo al caso concreto que ahora nos ocupa, en sede parlamentaria, tanto Theo como Alexis, una vez alcanzan la condición de Diputados, proceden a emitir una serie de manifestaciones gravemente ofensivas y amenazantes, no solo contra todos los miembros del Congreso, sino también frente a la propia institución. Así, el primero de ellos procede a definir como torturadores y traidores a los restantes diputados, al mismo tiempo que opta por la violencia como único medio de instauración de sus ideales políticos. Por su parte, Alexis, amenaza a todos los allí presentes con *"salir de aquí con los pies por delante"* y asegura que prenderán fuego al propio edificio. Una vez expulsado del hemiciclo por el Presidente del Congreso en virtud de la potestad

³¹CATALÀ I BAS, A., "La inviolabilidad parlamentaria a la luz de la sentencia del TSJ del País Vasco de 5 de septiembre de 2003" en <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:Derechopolitico-2004-61-DE2A4F48&dsID=PDF>p.19, (última consulta 30/05/2017)

sancionadora que le atribuye el texto constitucional y el propio Reglamento de la Cámara, realiza un llamamiento para que todos sus afines salgan a tomar las calles con violencia.

En este punto, y con la finalidad de determinar la responsabilidad de ambos diputados, es necesario definir la extensión de la inviolabilidad parlamentaria. Por lo que de acuerdo a la jurisprudencia analizada podemos determinar que quedarán bajo la protección del citado privilegio las manifestaciones realizadas en sesión parlamentaria o ejerciendo su función como diputados, y más cuando se dirigen a los demás miembros de la Cámara allí presentes. Aún tratándose de conductas irrespetuosas, que merecen reproche, deben estar bajo la protección de la inviolabilidad para permitir así que los miembros de “Fuerza y Acción” puedan manifestar libremente su opinión en tanto que contribuyen a la formación de la voluntad de la Cámara, si bien *“a tal efecto, no es que los delitos que se cometan deban quedar impunes, mas no deben ser sancionados por otra autoridad que no sea parlamentaria, como es el caso de los presidentes de las Cámaras, cuya función es dirigir los debates, mantener el orden de los mismos, cumplir y hacer cumplir el reglamento de las Cámaras, interpretarlos y, en caso de omisión, integrarlos (artículos 32 RCD y 37 RS).”*³². Pero la extensión de la prerrogativa debe limitarse y no se podrán amparar bajo la misma las manifestaciones realizadas fuera de la Cámara, tanto en ruedas de prensa como en otros discursos políticos en los que se fomenta la violencia frente al Congreso y sus integrantes, la violencia en las calles y se resalta la conciencia cristiana en un intento por rechazar cualquier tipo de religión o raza que no se ajuste a esta.

Al amparo del art. 106 del Reglamento del Congreso y en conexión con la extensión de la inviolabilidad, la potestad disciplinaria se despliega al exterior de las sesiones, tanto cuando se trate de un Diputado como cuando no, siempre que se cause un desorden grave de palabra. Pues bien, la redacción literal del artículo prevé que si se tratare de un Diputado, el Presidente del Congreso lo suspenderá de su condición de Diputado hasta el plazo de un mes; y teniendo en cuenta esto, podemos concluir que también la inviolabilidad parlamentaria se extiende a los pasillos de la Cámara y no solo a sus sesiones, en tanto que para suspenderle en su condición como diputado por los actos realizados fuera del hemiciclo debe considerarse que en ese momento sigue actuando como tal y por tanto ostentando los privilegios que le confiere esta posición.

La pérdida de la inviolabilidad parlamentaria supone la posibilidad de abrir un proceso o procedimiento judicial frente a los Diputados y Senadores para exigirle de esa forma responsabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de su cargo político, que no por las emitidas en cuanto parlamentario. Además, de este modo se evitaría la incidencia negativa sobre el artículo 24.1 de la Constitución Española que propugna el derecho a la tutela judicial efectiva, como bien ha establecido el Tribunal Constitucional.³³

³²ESPIGADO GUEDES, D. Los privilegios parlamentarios en cuestión: una revisión de la inmunidad y el aforamiento en el derecho español, en <https://www.uam.es/otros/roed/docs/espigado3.2013.pdf>, p.4 (última consulta 14/6/2017)

³³STC 243/1988, de 19 de diciembre. Tirant On Line. Se reconoce que la inviolabilidad e inmunidad parlamentarias inciden negativamente en el ámbito del derecho a la tutela judicial, pues la primera de ellas impide la apertura de cualquier clase de proceso o procedimiento que tenga por objeto exigir

IX. EVENTUAL RESPONSABILIDAD DE ALEXIS POR EL ASALTO A LA MEZQUITA

El 18 de marzo de 2017 Alexis acompañado de numerosos miembros de la organización juvenil vinculada al partido acuden a una mezquita y rocían con sangre de cerdo a los fieles allí presentes. A consecuencia de esto, se desata un fuerte enfrentamiento que se salda con varios heridos, entre ellos Alexis, sin que en ningún caso se pueda determinar si este ha lesionado a alguno de los allí presentes.

Pues bien, teniendo en cuenta dichos hechos, la conducta llevada a cabo por Alexis es constitutiva de un delito contra los sentimientos religiosos previsto en el artículo 523 del CP que reza así *“El que con violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho, impidiere, interrumpiere o perturbare los actos, funciones, ceremonias o manifestaciones de las confesiones religiosas inscritas en el correspondiente registro público del Ministerio de Justicia e Interior, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años, si el hecho se ha cometido en lugar destinado al culto, y con la de multa de cuatro a diez meses si se realiza en cualquier otro lugar.”*

En relación con la libertad religiosa que se ve afectada en este tipo delictivo cabe reseñar que es reconocida por la CE en su artículo 16 cuando propugna que *“Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y de las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”*. Asimismo, en este sentido, la Declaración Universal de los derechos humanos en su art. 18 proclama que toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; y reconoce además que este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.

El Convenio de Roma de 4 de Noviembre de 1950 reconoce que el derecho de libertad de religión implica también la libertad de manifestar su religión, en público o privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observación de los ritos. En ese mismo sentido se manifiesta el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU con respecto a este derecho. Pero, volviendo al ámbito nacional, la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa³⁴, afirma en su artículo 2 reconoce que la libertad religiosa y de culto que garantiza el texto constitucional comprende el derecho a practicar los actos del culto y recibir asistencia religiosa de su propia confesión con la consiguiente inmunidad de coacción.

En cuanto al análisis de los elementos objetivos del tipo, debemos distinguir entre las conductas típicas *“Empleo de violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho”* y el resultado típico *“impedimento, interrupción o perturbación de los actos, funciones,*

responsabilidad a los Diputados o Senadores por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones; y la segunda somete determinados procesos al requisito de la autorización de la Cámara legislativa respectiva.

³⁴«BOE» núm. 177, de 24 de julio de 1980

ceremonias o manifestaciones de las confesiones religiosas inscritas en el correspondiente registro público del Ministerio de Justicia e Interior”.

En lo que respecta a la conducta típica, se define tumulto como *“motín, confusión, alboroto producido por una multitud y como confusión agitada o desorden ruidoso.”*. En este mismo sentido, la STS de 10 de octubre de 1980 que se remite a otra de 2 de julio de 1934, *“exige para el tumulto que el número de partícipes no sea inferior a treinta, y afirma que la doctrina más caracterizada, partiendo de que "tumulto" es desorden y confusión producido por un conjunto de personas, sostiene que habrán de ser varias y en número suficiente para la consecución del fin propuesto”*³⁵. Y se define como vía de hecho *“como la pura actuación material no amparada siquiera aparentemente por una cobertura jurídica”*. Teniendo en cuenta ambas explicaciones jurisprudenciales, debemos entender que concurre en este caso concreto tanto tumulto, pues el supuesto revela la presencia en la Mezquita de Alexis con un numeroso grupo de afiliados de Acción Inmediata y posteriormente se constata una reyerta que se salda con 40 heridos, lo que nos lleva a entender que se trataba de un grupo de personas suficiente para considerarse tumulto; en cuanto a la vía de hecho, la misma se cumple con la simple acción física de arrojar la sangre de cerdo sobre los fieles allí congregados, sin que la misma merezca mayor explicación.

Se debe destacar que en los últimos tiempos son muchos los casos en los que se ha utiliza a estos animales como un modo de profanar terrenos destinados a la construcción de mezquitas, pues una vez que la sangre del cerdo se hace presente en esos lugares, se consideran no aptos para el culto y se vuelve impuro. Destaca por ejemplo el caso de Sevilla, en 2010, donde se llevó a cabo la conocida como ‘Operación Gorrino’ por parte de Democracia Nacional contra la mezquita del barrio de San Jerónimo y que desencadenó la cancelación de las obras. Utilizando este paralelismo, podemos extraer las consecuencias que para un musulmán tiene el hecho de ser rociado con sangre de cerdo, que van mucho más allá de una simple amenaza, y que por tanto exige que este acto se considere violento en tanto interpretado al amparo del contexto religioso de que se trata.

En cuanto al resultado, como ya se ha destacado, implica una afectación a "actos, funciones, ceremonias o manifestaciones de las confesiones religiosas". Se incluye desde la perturbación hasta el impedimento pasando por la interrupción, sin que exista ninguna duda de que en este caso concreto la celebración del rezo del Magrib se configura como un acto de manifestación o culto religiosa de especial relevancia para los musulmanes.

Además, atendiendo a los elementos subjetivos del tipo, no podemos obviar la existencia de dolo, no pudiendo proceder a su realización de forma no dolosa. Los asaltantes de la mezquita ocuparon la misma a las ocho menos diez de la tarde, hora en la que se prepara el rezo del Maghrib y se ocupan las mezquitas por parte de sus fieles. En el Islam se distinguen cinco oraciones que son el Fajr, Dhuhr, Asr, Maghrib y Isha; y se llevan a cabo al amanecer, inmediatamente después del mediodía, a la mitad de la tarde, al ponerse el sol y en la noche, respectivamente. El hecho de que portaran sangre de cerdo, y no cualquier otro líquido o material también deja patente el conocimiento

³⁵Sentencia Audiencia Provincial de las Illas Balears 102/2016, de 13 de Octubre de 2016. Tirant On Line

por parte de los asaltantes de su intención de herir el sentimiento religioso de los allí presentes, pues se trata de un hecho notorio la consideración del cerdo y la sangre como elementos prohibidos para los musulmanes por el Corán.

Asimismo, el precepto mencionado del Código Penal impone diferentes penas en función de si los hechos se produjeron en lugar destinado al culto o en cualquier otro espacio, imponiendo penas más severas en el primer caso. En el supuesto que nos ocupa, no se plantea ninguna duda sobre la consideración de la mezquita como un lugar destinada al culto.

Con respecto a la posible confrontación entre el derecho a la libertad religiosa y la libertad de reunión y manifestación, cabe destacar que *“el derecho fundamental de reunión se concibe como una manifestación colectiva del derecho de expresión. La manifestación pública colectiva como especie del ejercicio del derecho de reunión está también sometido a exigencias, y límites (art. 21. 2 de la Constitución y LO 9/1983). Señalemos también que el Tribunal Constitucional en su sentencia 195/2003 reitera que por su propia naturaleza, el derecho de manifestación requiere la utilización de lugares de tránsito público.”*³⁶. Asimismo, esta STC 195/2003, de 27 de Octubre de 2003 sobre un recurso de amparo en relación a una concentración en la plaza contigua a una Iglesia dispone en su contenido que *“hemos de convenir en que la proscripción del uso de la megafonía impuesta por la autoridad gubernativa, circunscrita al tiempo de la celebración de los "oficios religiosos" y no absolutamente impeditiva del uso de aquel vehículo material de expresión para los congregados de la plaza, sino temporalmente limitativa de dicho uso, supuso una limitación adecuada y necesaria para la preservación del ejercicio otro derecho fundamental, en este caso, el derecho a la libertad religiosa, amparado por el art. 16.1 CE como manifestación religiosa de culto”*; pues bien, más ilícita es la manifestación contra los musulmanes y el Islam cuando se produce en el interior de una mezquita durante el oficio religioso. En todo caso los acusados podrían haber expresado de forma colectiva sus ideas sin optar por el momento, la forma y el lugar que lo hicieron.

En cuanto a la reyerta desatada a raíz de los hechos analizados que finalizó con unos 40 heridos, debido a la elevada cantidad de sujetos implicados y la inexistencia de los autores reales de cada una de las lesiones provocadas, podríamos pensar en la existencia de un delito de riña tumultuaria del artículo 154 del CP. Pero a diferencia de lo que ocurre en este caso, y siguiendo las exigencias jurisprudenciales, se establece como requisitos esenciales para su apreciación el uso de armas, como bien dispone el Tribunal Supremo *“1º. Que haya una pluralidad de personas que riñan entre sí con agresiones físicas entre varios grupos recíprocamente enfrentados; 2º. Que en tal riña esos diversos agresores físicos se acometan entre sí de modo tumultuario, sin que se pueda precisar quién fue el agresor de cada cual; 3º. Que en esa riña tumultuaria haya alguien (o varios) que utilicen medios o instrumentos que pongan en peligro la vida o integridad de las personas.”*³⁷

³⁶Sentencia Audiencia Provincial de las Illas Baleares 102/2016, de 13 de Octubre de 2016. Tirant On Line

³⁷ STS 86/2001, de 31 de enero de 2001. Tirant On Line

X. EVENTUAL RESPONSABILIDAD DE VIGARAY POR EL INCIDENTE DEL DÍA 17 DE MARZO

El día 17 de Marzo de 2017 durante una manifestación delante del Congreso de los Diputados de 500 jóvenes convocados por la organización juvenil de apoyo al partido “Fuerza y Acción”, Vigaray arroja una antorcha apagada a la cara del Jefe de Estado y manifiesta que la próxima vez será encendida.

El Código Penal prevé en el capítulo relativo a los delitos contra la Corona, y concretamente, en su artículo 490.2 que *“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.”*. Asimismo, el artículo 169.2 del citado texto contiene la amenaza con un hecho constitutivo de delito pero para el caso de que estas no sean condicionales *“Con la pena de prisión de seis meses a dos años, cuando la amenaza no haya sido condicional.”*

Pues bien, partiendo de ambas consideraciones y atendiendo a la prácticamente inexistente jurisprudencia relativa a las amenazas frente al rey, procederemos a realizar el análisis de las amenazas no condicionales dirigidas frente a cualquier otra persona que no reciba una especial protección penal. Así, analizando la Sentencia de la Audiencia Nacional 4/2007, de 21 de Febrero de 2007, se hace referencia en la misma a que *“puntualiza la STS 609/2014 que “el lenguaje no está constituido solo por palabras. Está formado por palabras en un contexto y en un entorno [...]”* Razona también la sentencia que, para analizar el acierto de la subsunción jurídica de las frases proferidas en el delito de amenazas, se ha de *“contextualizar las expresiones e indagar en el entorno concreto su idoneidad para considerarse creíbles, no en el sentido de que el acusado estuviese decidido a llevar a cabo los propósitos exteriorizados, lo que no es requisito de las amenazas, ni de que la víctima considerase factible o probable que se materializasen esas amenazas; lo que se exige es que la víctima perciba las amenazas como reales, es decir, como manifestación de que el emisor quiere amedrentarle, más allá de que se pueda sentir más o menos atemorizada o incluso nada atemorizada por esas expresiones”*; aclarando el TS en dicha resolución que el delito de amenazas no es de resultado: no exige un efectivo amedrentamiento de la víctima.

En el caso que nos ocupa, la seriedad de las amenazas queda totalmente justificada pues Vigaray advierte al Jefe de Estado con lanzar una antorcha encendida en un futuro, pero en ese momento y con ocasión de intimidarlo, salta el cordón de seguridad que la policía había establecido y se abalanza con agresividad sobre el vehículo en el que era transportado el Rey arrojándole la antorcha apagada. Atendiendo a su forma de actuar, resulta totalmente creíble que el individuo procederá en un futuro a ejecutar sus palabras, pues en el presente no repara en lanzarle el objeto con el que decide amenazarlo.

En cuanto a la exigencia de que las amenazas revistan seriedad y para apreciar la gravedad de las mismas, debe ser analizado todo el contexto en el que se produce el altercado. Así, debemos destacar que el Jefe de Estado se encontraba circulando en un vehículo y existía un cordón de seguridad policial para su efectiva protección, por tanto el individuo al que se le imputa la comisión del hecho delictivo actúa con agresividad

para saltarlo y abalanzarse sobre el vehículo, sin ningún tipo de temor ni respeto a las autoridades policiales. Posteriormente, y portando una antorcha apagada, se la arroja al Rey y le expresa verbalmente que la próxima vez será encendida.

En el contexto de que se trata, no se puede considerar que la utilización de dicho instrumento se realice con la intención de lesionar, sino más bien como un modo de agravar las amenazas, pues aporta credibilidad al hecho de que en un momento futuro se le podrá volver a lanzar para provocar lesiones al Jefe de Estado. Asimismo, el hecho de que en ese momento el sujeto se encontrara protegido por la policía, también aumenta la inseguridad y el temor del receptor de las amenazas pues, si en ese contexto no se encuentra protegido, ¿lo estaría en su intimidad? Obviamente demuestra que Vigaray supone un extremo peligro para la vida del Rey e intentará llevar a cabo sus objetivos sin ningún tipo de causa que frene sus intenciones.

Por lo que respecta a la frase emitida en sí, “*¡La próxima vez encendida!*” no resulta amenazante en su tenor literal pero siguiendo lo dispuesto en la citada sentencia del Tribunal Supremo, debe entenderse la misma en el contexto en que se producen. En este caso, el hecho previo de arrojar la antorcha ya otorga esa gravedad a la frase, pues en caso de ejecutarse lo manifestado, se atentaría contra la integridad física e incluso la vida del Rey.

A pesar de analizar las amenazas no condicionales del artículo 169.2 del CP, no podemos olvidar que el sujeto frente al cual se proliferan las mismas es la persona del Rey, por lo que la pena aparejada a este hecho debe ser la que se prevé en el artículo 490.2 del CP, donde se regulan los delitos contra la corona.

XI. EN CASO DE QUE EXISTA RESPONSABILIDAD DE THEO Y ALEXIS POR ALGUNO DE LOS ANTERIORES HECHOS, PASOS PROCESALES A SEGUIR Y ÓRGANOS JURISDICCIONALES COMPETENTES

En relación al enjuiciamiento de los hechos constitutivos de delito de los que son responsables tanto Theo como Alexis, es necesario distinguir entre las vulneraciones de la Ley Penal cometidas antes de la obtención de la condición de diputado, y aquellas perpetradas tras la adquisición de la misma.

En el primero de los casos, no cabe duda de que se debe proceder a la aplicación de la prerrogativa de la inmunidad reconocida en artículo 11 del Reglamento del Congreso de los Diputados y en el artículo 71.2 de la CE que dispone que *“Durante el periodo 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 autorización a la que hace referencia el precepto se conoce con el nombre de “suplicatorio”, y opera en el seno del Congreso y del Senado, si bien no dentro de las cámaras autonómicas. Esta prerrogativa está estrechamente vinculada con lo que se conoce como “fuero especial”, que consiste fundamentalmente en que, para el enjuiciamiento de Diputados y Senadores, la responsabilidad penal será siempre exigible ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de acuerdo con el artículo 57.1.2º de la LOPJ *“La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo conocerá: 2.º De la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra el Presidente del Gobierno, Presidentes del Congreso y del Senado, Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, Presidente del Tribunal Constitucional, miembros del Gobierno, Diputados y Senadores”* y el artículo 71.3 de la CE que establece que *“En las causas contra Diputados y Senadores será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo”*.

Mientras que se reconoce la inviolabilidad antes citada como un privilegio sustantivo, en tanto que exime de responsabilidad a los diputados por las manifestaciones realizadas; la inmunidad simplemente establece un cauce específico para la persecución de los ilícitos penales cometidos por los diputados, sin determinar a priori la exención de responsabilidad. Asimismo, es imprescindible tener en cuenta que a diferencia de la inviolabilidad, la inmunidad recae sobre todo tipo de acción delictiva cometida por el parlamentario, tanto en el ejercicio de la función política como fuera de la misma.

En lo relativo al ámbito temporal del privilegio de la inmunidad, esta despliega sus efectos a lo largo de todo el mandato, por lo que se hace efectiva desde la proclamación como electo del representante, para que no se produzcan vacíos de desprotección a estos efectos. Con respeto a esta cuestión, toma especial relevancia el caso de la necesidad de solicitar autorización a las Cámaras para la continuación de un proceso iniciado con anterioridad al nacimiento del mandato parlamentario, o para mantener un arresto *“Si el fundamento tradicional de la inmunidad es el control del Poder judicial para impedirle influir, por sí o por manipulación del Gobierno, en la composición del Parlamento destruyendo de esta forma su libertad e independencia, parece indudable que esta influencia podría hacerse tanto durante las sesiones parlamentarias como en la fase*

preelectoral. Bastaría iniciar procedimientos penales contra los candidatos más significados que se pretenda eliminar”³⁸.

En relación a dicha cuestión, el artículo 22 del Reglamento del Senado establece la necesidad de autorización en aquellos procedimientos que se estuviesen instruyendo contra personas que, hallándose procesadas o inculpadas, accedan al cargo de Senador; el Reglamento del Congreso de los diputados, por su parte, únicamente prevé la necesidad de suplicatorio para procesar a los Diputados, sin hacer referencia a los supuestos antes mencionados. Si bien *“Esta disparidad de criterios podría salvarse por vía de integración analógica si se entendiera que el art. 22 del Reglamento del Senado constituye un parámetro válido de interpretación del correlativo precepto del Reglamento de la Cámara Baja, y en tal sentido la exigencia de autorización para proseguir los procedimientos instruidos contra persona que, hallándose procesadas o inculpadas, accedan a la condición de parlamentarios, se haría extensiva*”³⁹.

Por su parte, el ámbito material de la prerrogativa también ofrece complicaciones, pues si esta únicamente busca evitar que un diputado o senador pueda ser apartado de forma arbitraria de su función, aquellos hechos que no sean constitutivos de una pena privativa de libertad no deben estar amparados por la inmunidad, pues su aplicación no obedece a la finalidad fijada por el constituyente.

En lo relativo al ámbito temporal del aforamiento antes mencionado, debemos determinar que este se mantiene durante la vigencia del mandato, es decir, en tanto que el sujeto ostente la condición de parlamentario, sin que en ningún caso proceda su renuncia pues *“Al igual que la inviolabilidad y la inmunidad, el aforamiento resulta de obligada aplicación siempre que concurra el presupuesto de hecho que lo activa, como bien dicen la STC 22/1997 y el Auto del TSJ de Andalucía de 20 de enero de 1995. No cabe la renuncia al fuero, por tanto, sino que se debería renunciar al cargo al que el fuero va aparejado, igual que ocurre con la inmunidad”*. Asimismo, en cuanto a su finalidad, entiende el Tribunal Constitucional que esta prerrogativa no solo se dirige a asegurar la independencia y tranquilidad del órgano legislativo, sino también del jurisdiccional. Se trata de un mecanismo que busca evitar presiones que provengan del exterior o que pueda realizar el propio procesado en atención a su cargo político e institucional.⁴⁰

Una vez analizada la inmunidad y el aforamiento, debemos entender de acuerdo con su fundamento y finalidad que las mismas se mantienen en el enjuiciamiento de los delitos cometidos con anterioridad al alcance de la condición de diputado. Pues lo realmente relevante en este punto no es el momento de la comisión del ilícito penal, sino la condición que ostenta el sujeto en el momento de su enjuiciamiento. Así, para evitar la afectación a la composición de las Cámaras que se produciría en caso de detención o privación de libertad del Diputado, se hace necesario el correspondiente Suplicatorio; y en tanto que el sujeto ostenta la condición de parlamentario, la atribución de la

³⁸FERNANDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., La inmunidad parlamentaria en la actualidad, 1977, en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1427589.pdf>, p.10, (última consulta 12/06/2017)

³⁹ALEGRE ÁVILA, JM., “La inviolabilidad y la inmunidad parlamentarias: precisiones conceptuales y examen de la tramitación constitucional del artículo 71”, 1986, en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/815577.pdf>, p.16, (última consulta 12/06/2017)

⁴⁰STC 22/1997, de 11 de Febrero de 1997. Tirant On Line

competencia al Tribunal Supremo viene respaldada por la necesidad de prevenir todo tipo de presiones exteriores que pudiera recibir un órgano jurisdiccional ordinario cuando se trata de enjuiciar cargos públicos o institucionales. De hecho, una vez que el Diputado pierda tal condición, ya no existe motivo para la aplicación de la prerrogativa de tal forma que, como determina la STC 22/1997, “cuando se constate por la Sala Segunda del Tribunal Supremo la pérdida sobrevenida de la condición de parlamentario, la devolución de la causa al Juzgado de Instrucción no supondrá vulneración alguna del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y al juez predeterminado por la ley (art. 24.2 CE), toda vez que la cognición del Tribunal Supremo en este tipo de procesos sólo se justifica constitucionalmente por razón de la prerrogativa de aforamiento (art. 71.3 CE)”

El artículo 13 y 14 se centran en el procedimiento que se debe seguir cuando se pretende el enjuiciamiento de un diputado por los delitos cometidos. Así, el artículo 13 determina que “1. Recibido un suplicatorio, en solicitud de la autorización del Congreso a que se refiere el artículo 11, el Presidente, previo acuerdo adoptado por la Mesa, lo remitirá, en el plazo de cinco días, a la Comisión del Estatuto de los Diputados. No serán admitidos los suplicatorios que no fueren cursados y documentados en la forma exigida por las leyes procesales vigentes; 2. La Comisión deberá concluir su trabajo en el plazo máximo de treinta días, tras la audiencia del interesado. La audiencia podrá evacuarse por escrito en el plazo que la Comisión fije u oralmente, ante la propia Comisión; 3. Concluido el trabajo de la Comisión, la cuestión, debidamente documentada, será sometida al primer Pleno ordinario de la Cámara.”. Asimismo, y para completar el procedimiento que se inicia en virtud precepto citado, el artículo 14 se refiere al plazo de ocho días, a partir del acuerdo del Pleno de la Cámara sobre denegación o concesión de la solicitud, del que dispone el Presidente de la Cámara para trasladarle la decisión a la autoridad judicial y comunicarle la necesidad de que los Autos y Sentencias que afecten al Diputado en cuestión deben ser puestas en su conocimiento. Asimismo, hace referencia a la denegación del suplicatorio en caso de que la Cámara no se pronuncie en el plazo de setenta días naturales, computados a partir del día siguiente a su recepción durante el periodo de sesiones.

El enjuiciamiento de los diputados a través de unos cauces especiales viene justificado por la necesidad de proteger su condición y la independencia de los órganos que lo juzgan, no por el momento de la comisión de los hechos delictivos ni por la naturaleza de los mismos. Así “las prerrogativas parlamentarias han de ser interpretadas estrictamente a partir de una comprensión del sentido de la prerrogativa misma y de los fines que ésta procura”⁴¹

⁴¹ FERNANDEZ SEGADO, F., “La doctrina constitucional sobre las prerrogativas parlamentarias en España”, en <http://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/38209/36968>, p.14, (última consulta 30/05/2017)

XII. CONCLUSIONES

PRIMERA.-en relación a la declaración de ilegalidad del partido político, consideramos que se fundamenta en la promoción de la violencia para la consecución de objetivos políticos y la persecución de personas por razón de su raza e ideología, ambas conductas previstas en el artículo 9.2 de la LOPP. Son precisamente estas actuaciones las que desembocan en la disolución de la formación política prevista en el art. 10.2 de la LOPP que, además, prevé la disolución penal por cumplir con los requisitos exigidos en el artículo 515 del CP para constituirse como asociación ilícita. Es importante distinguir la disolución por incurrir en los supuestos del artículo 9 de la LOPP y la disolución penal, pues de la primera se derivan consecuencias para “Fuerza y Acción” en tanto que persona jurídica; si bien en el segundo caso, las responsabilidades recaen a nivel individual en cada uno de los miembros del partido que pueda ser considerado como autor de un ilícito penal en relación con la actividad desarrollada en el seno del mismo.

Con respeto a la condición de diputados que ostentan Theo y Alexis, aún cuando proceda la disolución del partido político, esta no se verá afectada, pues para ello se deberá seguir un procedimiento judicial contra cada uno de los mismos que permita declarar su responsabilidad y consiguiente inhabilitación para el desempeño de dicho cargo.

SEGUNDA.-por lo que respeta a la fundamentación constitucional de la demanda de amparo que puede ejercitar el partido político frente a la Sentencia del Tribunal Supremo, entendemos que se puede esgrimir la vulneración del derecho de asociación previsto en el artículo 22.1 de la CE en relación con el art. 6 del mismo texto; así como la vulneración de la libertad de expresión del art. 20 del texto constitucional. Si bien, ya se han señalado los límites de los derechos fundamentales que, como tales deben ser respetados en su contenido esencial pero en ningún caso se debe permitir que supongan el ejercicio de violencia o discriminación, ni siquiera en el ámbito del discurso político.

En caso de que se proceda a la denegación del amparo, a los miembros de la formación política solo le quedaría la posibilidad de acudir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pues se cumple el requisito del agotamiento de la vía judicial interna. A nivel europeo, entendemos que deberán recurrir la vulneración que la STS le causa en relación a su derecho de asociación y libertad de expresión, reconocidos en el CEDH, pero en ningún caso se recurrirá ante dicho órgano la ilegalización del partido político.

TERCERA.- en lo relativo a las canciones elaboradas por Theo y Alexis durante su época como raperos debemos concluir que de las mismas se derivan responsabilidades penales por la comisión de un delito de odio previsto en el artículo 510.1 a), debido a la elaboración de material que atenta contra la dignidad de las personas y las discrimina por razón de su raza, fomentando el odio en la sociedad. Precisamente, la penalidad de su actitud deviene de la manifestación exterior de sus ideales, por no tratarse únicamente de conductas internas sin mayor trascendencia. En ningún caso se puede permitir que ambos individuos amenacen con sus creaciones la pluralidad y libertad del sistema democrático.

CUARTA.-en cuanto a la responsabilidad de Deyerson por las afirmaciones falsas vertidas sobre el Comisario Sr. Camarasa, estimamos que su actuación es constitutiva

de un delito de calumnias previsto en el artículo 205 del CP, por acusar al mismo de un delito de alta traición así como de un delito de tortura, tipificados en el Código Penal con largas condenas en atención a su gravedad. Se atenta así, a sabiendas de la falsedad de las afirmaciones, contra la dignidad y el honor del comisario, provocando un total rechazo hacia el mismo por parte de los afines al ideario del partido político en cuestión.

QUINTA.-en lo que concierne a las declaraciones realizadas tanto por Theo como por Alexis a lo largo de su carrera política, el contenido de las mismas nos permite determinar la concurrencia de un delito de odio, no solo con respecto a la raza musulmana, sino también en relación con todo el sistema democrático al que tachan de ficticio y hacia todos aquellos que no comparten sus ideales, los cuales intentan infundir por medio de llamadas a la violencia, constituyendo ambas actividades un delito del artículo 510.1 apartado a) y c) respectivamente. Asimismo, el enaltecimiento del franquismo no constituye un delito en el Código Penal español, si bien las actitudes de elogio hacia el mismo pueden ser incardinadas en el artículo 510.2 del citado texto legal, por tratarse de una forma de genocidio, pues la estrategia de Franco se basaba en el exterminio de todos aquellos que no apoyaban su ideología. Asimismo, Theo incurre en un delito contra las instituciones del Estado, en tanto que induce a la realización de una manifestación ante el Congreso de los Diputados, actitud penalizada en el artículo 494 del CP.

Con respecto a las declaraciones realizadas desde el alcance de su condición de parlamentarios, es fundamental analizar la prerrogativa de la inviolabilidad. Consideramos que esta última se extenderá a las declaraciones realizadas en sesión parlamentaria o ejerciendo la función de diputado, aplicando únicamente sanciones disciplinarias en el ámbito de la Cámara por las manifestaciones insultantes y amenazantes expresadas. Ahora bien, en tanto que ciudadanos, e incluso políticos, entendemos que las declaraciones ofensivas y el fomento de la violencia para la consecución de objetivos políticos no quedan dentro del alcance de la prerrogativa.

SEXTA.-en lo que atañe al asalto a la mezquita realizado por Alexis, su conducta ya no solo se reduce a expresiones, sino que lleva a cabo la profanación de un lugar de culto incurriendo a nuestro entender en un delito contra la libertad religiosa previsto en el artículo 523 del CP, realizando tal conducta por medio de tumulto y vía de hecho, como bien exige el precepto penal. Así, en ningún caso la libertad de expresión del mismo alcanza expansión suficiente como para vulnerar el derecho fundamental de los fieles allí presentes previsto en el art.16 de la CE y sin que, el ejercicio de tal libertad sea argumentación suficiente para justificar dicho acto.

SÉPTIMA.-por lo que se refiere a la responsabilidad de Vigaray, debemos concluir que su conducta es constitutiva de un delito de amenazas no condicionales del art. 169.2 que, por dirigirse frente al Jefe de Estado, debe enlazarse con el precepto 490.2 del mismo texto legal, relativo a los delitos contra la Corona. Así, se cumplen todos los requisitos para apreciar tal ilícito penal, en tanto que las amenazas revisten gravedad y seriedad suficiente, y Vigaray demuestra que ni las autoridades policiales frenarán su objetivo de atentar contra el Rey, aumentando la inseguridad y el temor del receptor.

OCTAVA.- en lo que afecta al enjuiciamiento de todos los delitos en los que incurren Theo y Alexis, tanto por los ilícitos penales anteriores como los posteriores al alcance de la condición de diputados gozarán de inmunidad y aforamiento. Estas prerrogativas

se traducen respectivamente en la necesidad de solicitar autorización a la Cámara correspondiente para iniciar un procedimiento contra sus miembros, así como la tramitación del mismo ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. En relación a los delitos anteriores, los problemas que se plantean son mayores debido a la falta de claridad y concreción de los preceptos constitucionales y reglamentarios a tales efectos, pero debemos establecer que se sigue mantenido la necesidad del Suplico ante el Congreso de los Diputados, pues se sigue buscando mantener la integridad de su composición; asimismo, en relación con el aforamiento y su finalidad, que es fundamentalmente evitar que un parlamentario sea juzgado por un tribunal ordinario una vez que alcanza dicha condición, para el conocimiento de los ilícitos penales anteriores también será competente el Tribunal Supremo, en concreto la Sala de lo Penal.

XIII. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ CONDE, E/ GARRIDO MAYOL, V./ TUR AUSINA, R., Derecho Constitucional, Tecnos, Madrid, 2011

ALZAGA VILLAAMIL, O./ GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I./ REVIRIEGO PICÓN, F./ SALVADOR MARTÍNEZ M., Derecho Político Español según la Constitución de 1978 II Derechos Fundamentales y órganos del Estado, 5º ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2012

BAUTISTA PLAZA, D., La función constitucional de los partidos políticos, Comares, Granada, 2006

CÁMARA VILLAR, G/ LÓPEZ AGUILAR, J.F/ BALAGUER CALLEJÓN, M.L/ MONTILLA MARTOS, J.A., Manual de Derecho Constitucional, Volumen II, 5º ed., Tecnos, Madrid, 2010

FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, P., La inviolabilidad e inmunidad de los Diputados y Senadores: La crisis de los “privilegios” parlamentarios, 1º ed., Civitatis, Madrid, 1990

LANDA GOROSTIZA, J.M., La intervención penal frente a la xenofobia: Problemática general con especial referencia al “delito de provocación” del artículo 510 del Código Penal, Universidad del País Vasco/ Euskal Herriko Unibertsitateko Argitalpen Zerbitzua, Bilbao, 2000

MARTÍN HUERTAS, A., El contenido esencial del Derecho de asociación, Serie Monografías núm.79, Congreso de los Diputados, Madrid, 2009

MORTE GÓMEZ, C., El procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los requisitos de admisibilidad de la demanda, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004

SARMIENTO MÉNDEZ, X.A/ FERNÁNDEZ-SIMÓN BERMEJO, E./ VISIEDO MAZÓN, F/ PAU I VALL, F7 PULIDO QUECEDO, M./ AUZMEDI DEL SOLAR, M./ MURIAS GIL, P. Manual de actuación del parlamentario, El Derecho y Quantor, Madrid, 2012

TENORIO, P., El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Perspectivas de reforma, Fundación WoltersKluwer, Madrid, 2014

<http://criminet.ugr.es/recpc> – ISSN 1695-0194 (última consulta 6/06/2017)

<http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-20.pdf> (última consulta 6/06/2017)

<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:Derechopolitico-2004-61-DE2A4F48&dsID=PDF> (última consulta 30/05/2017)

<http://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/38209/36968> (última consulta 30/05/2017)

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1427589.pdf> (última consulta 12/6/2017)

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/815577.pdf> (última consulta 12/6/2017)

<https://www.uam.es/otros/roed/docs/espigado3.2013.pdf> (última consulta 14/6/2017)

XIV. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

- STEDH 13.2.2003 [TOL833.942]
- STEDH 2.10.2001 [TOL223.194]
- STEDH 25.5.1998 [TOL217.854]
- STC 20.6.2012 [TOL2.579.440]
- STC 27.10.2003 [TOL319.143]
- STC 12.3.2003 [TOL241.992]
- STC 26.2.2001 [TOL104.641]
- STC 20.7.1999 [TOL81.189]
- STC 11.2.1997 [TOL83.166]
- STC 19.12.1988 [TOL80.090]
- STC 25.6.1986 [TOL79.631]
- STC 10.4.1985 [TOL79.466]
- STC 2.2.1981 [TOL109.398]
- STC 2.11.2016 [TOL5.861.245]
- STS 23.9.2014 [TOL4.529.122]
- STS 27.3.2003 [TOL248.863]
- STS 31.1.2001 [TOL4.916.303]
- STS 1.2.1995 [RJ 1995\720]
- STS 10.10.1980 [TOL2.306.673]
- ATS 23.5.2014 [TOL4.405.060]
- ATS 23.1.2003 [TOL3.473.422]
- ATS 26.6.2002 [TOL3.503.286]
- SAN 21.02.2007 [TOL5.989.712]
- AJCI 26.8.2002 [TOL172.274]
- SAP de las Illas Baleares 13.10.2016 [TOL5.892.547]