



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Discurso del odio e ilegalización de partido político

Autora:

Eva María Vázquez Torreiro

Tutor:

Eduardo Cebreiros Álvarez

Prof. Dr. Historia del Derecho
y de las Instituciones

Grado en Derecho

Año 2017

Trabajo de Fin de Grado presentado en la Facultad de Derecho de la Universidad
de A Coruña para la obtención del Grado en Derecho

Índice de contenido

Índice de abreviaturas.....	3
-----------------------------	---

BLOQUE I: Análisis de cuestiones de Derecho Constitucional

Cuestión 1: Dictamen sobre las consecuencias de ilegalidad de “Fuerza y Acción” y, en particular, sobre la condición de diputados de Theo y Alexis.

1.1 Antecedentes de hecho.....	4
1.2 Fundamentos Jurídicos.....	4
1.1.1. Los partidos políticos y la democracia constitucional.....	4
1.1.2. Efectos jurídicos directos de la disolución de un partido político.....	6
1.1.3. Permanencia en el cargo de los parlamentarios.....	8
1.1.4. Efectos jurídicos colaterales de la disolución de un partido político.....	9
1.2. Conclusiones.....	12

Cuestión 2: Dictamen sobre el fundamento constitucional de la demanda de amparo de “FyA” y vías de recurso ante una eventual denegación del amparo.

2.1 Antecedentes de hecho.....	13
2.2 Fundamentos Jurídicos.....	13
2.2.1 Fundamentos del recurso de amparo ante el TC.....	13
2.2.2 Vías de recurso ante la denegación del amparo.....	15

BLOQUE II: Análisis de cuestiones de Derecho Penal

Cuestión 3: Dictamen sobre las eventuales responsabilidades de Theo y Alexis por las canciones incluidas en su disco.

3.1 Antecedentes de hecho.....	17
3.2 Fundamento Jurídico Único: Delito de provocación a la discriminación, odio o violencia contra grupos (art. 510 CP).....	17
3.3 Determinación de la participación y régimen concursal.....	21

Cuestión 4: Dictamen sobre las eventuales responsabilidades de Theo y Alexis por las declaraciones realizadas desde el inicio de su carrera política.

4.1 Antecedentes de hecho.....	22
4.2 Fundamentos Jurídicos.....	23
4.2.1 Declaraciones realizadas durante la campaña electoral.....	23
4.2.2 Declaraciones realizadas ostentando la condición de diputados.....	24
4.3 Determinación de la participación.....	25

Cuestión 5: Dictamen sobre las eventuales responsabilidades de Alexis por el asalto a la mezquita.

5.1 Antecedentes de hecho.....	26
5.2 Fundamentos Jurídicos.....	26
5.2.1 Delito de impedir o perturbar actos de confesiones religiosas (art. 523 CP).....	26

5.2.3 Delito de riña tumultuaria (art. 154 CP).....	29
5.3 Determinación de la participación.....	29

Cuestión 6: Dictamen sobre la eventual responsabilidad de Vigaray por el incidente del día 17 de marzo.

6.1 Antecedentes de hecho	30
6.2 Fundamentos Jurídicos	30
6.2.1 Delito de perturbación del orden (art. 558 CP)	30
6.2.2 Delito de amenazas al Jefe de Estado (art. 490.2 CP)	32
6.3 Determinación de la responsabilidad.....	32

Cuestión 7: Dictamen sobre la eventual responsabilidad de Deyverson por las falsas afirmaciones que ha realizado en su diario.

7.1 Antecedentes de hecho	33
7.2 Fundamentos Jurídicos	33
7.2.1 Delito de calumnia (art. 205 CP)	33
7.2.2 Responsabilidad por los resultados derivados de las publicaciones.....	36
7.3 Determinación de la participación	37

BLOQUE III: Análisis de cuestión de Derecho Procesal

Cuestión 8: Dictamen sobre los pasos procesales y órganos jurisdiccionales competentes ante las eventuales responsabilidades de Theo y Alexis.

8.1 La prerrogativa de la inmunidad parlamentaria.....	39
8.2 El aforamiento	41

Conclusiones generales.....	42
------------------------------------	-----------

Bibliografía.....	45
--------------------------	-----------

Legislación.....	46
-------------------------	-----------

Apéndice Jurisprudencial	47
---------------------------------------	-----------

Índice de abreviaturas

Art./arts.	Artículo/s
AJCI.....	Auto del Juzgado Central de Instrucción
AJPI	Auto del Juzgado de Primera Instancia
ANV	Acción Nacionalista Vasca
ASB	Abertzale Sozialisten Batasuna
ATS.....	Auto del Tribunal Supremo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE.....	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CGPJ.....	Consejo General del Poder Judicial
CP	Código Penal
Dir/dirs.....	Director/es
DOUE.....	Diario Oficial de la Unión Europea
DM.....	Decisión Marco
Ed.....	Editorial
FJ	Fundamento Jurídico
LeCrim.....	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOPP	Ley Orgánica de Partidos Políticos
LOLR.....	Ley Orgánica de Libertad Religiosa
LOPJ.....	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOPCDH.....	Ley Orgánica de Protección Civil del Derecho al Honor
LOREG.....	Ley Orgánica del Régimen Electoral General
Núm.	Número
p./pp.	Página/s
PCTV	Partido Comunista de las Tierras Vascas
RCD	Reglamento del Congreso de los Diputados
RD.....	Real Decreto
RS	Reglamento del Senado
SAP.....	Sentencia de la Audiencia Provincial
SJP	Sentencia del Juzgado de lo Penal
SJPI.....	Sentencia del Juzgado de Primera Instancia
STC.....	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ.....	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo
UE.....	Unión Europea

BLOQUE I: Análisis de cuestiones de Derecho Constitucional

CUESTIÓN 1: Dictamen sobre las consecuencias de ilegalidad de “Fuerza y Acción” y, en particular, sobre la condición de diputados de Theo y Alexis.

1.1 Antecedentes de hecho.

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.

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 de 2017 se convocan Elecciones generales en España. El día de las elecciones, 4 de marzo, FyA obtiene 606.557 votos (2,38% de los votos emitidos), consiguiendo que Theo y Alexis alcancen la condición de diputados en el Congreso.

El 20 de marzo de 2017 la Sala Especial del Tribunal Supremo dicta sentencia en que se declara ilegal FyA, 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*”.

1.2 Fundamentos Jurídicos.

1.2.1 Los partidos políticos y la democracia constitucional.

El art. 1.1 de la Constitución Española¹ (en adelante, CE) dispone que “*España se constituye en 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*”. Ocupa, por tanto, el pluralismo político dentro del articulado de la Norma Suprema una posición preeminente y, en cierta medida, evoca un rango axiológico superior que puede presumirse en los principios constitucionales y en los derechos fundamentales². Así pues, sin este valor superior no podría existir la democracia³ al no concurrir dos de sus atributos esenciales como son la libertad política y la ley como expresión de la voluntad general.

El pluralismo político se garantiza principalmente a través de los partidos políticos. Así se reconoce en el art. 6 CE, en consonancia con lo dispuesto por el TEDH, afirmando este último, que los partidos políticos ostentan un “*papel esencial para el mantenimiento del pluralismo y el buen funcionamiento de la democracia*”⁴. Del mismo modo, lo ha

¹ Publicado en BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978 (BOE-A-1978-31229).

² Vid. STC, de 22 de mayo de 2002, (RTC\2002\97).

³ Se establece en la STEDH, de 13 de febrero de 2003 (JUR\2003\50031) que “*en opinión del Tribunal, no hay democracia sin pluralismo*”.

⁴ Vid. STEDH, de 14 de febrero de 2006, § 62 (TEDH\2006\15); STEDH, de 30 de enero de 1998, §25 (TEDH\1998\1); STEDH, de 8 de diciembre de 1999, §37 (TEDH\1999\64); STEDH, de 25 de mayo de 1998, §29 (TEDH\1998\23), entre otras.

declarado el TC al indicar que “*es evidente que la apertura del ordenamiento a cuantas opciones políticas puedan y quieran nacer y articularse en la realidad social constituye un valor que sólo cabe proteger y propiciar*”⁵.

Por tanto, la creación de los partidos políticos es libre (art. 6 CE) y, en efecto, “*la Constitución, en su deseo de asegurar el máximo de libertad e independencia de los partidos, los somete al régimen privado de las asociaciones, que permite y asegura el menor grado de control y de intervención estatal sobre los mismos*”⁶. El control que se imponga al pluralismo político reenvía al tipo de democracia que se pretende. En este sentido, el TC ratificó que en nuestro ordenamiento constitucional “*no tiene cabida un modelo de democracia militante*”, esto es, un modelo en el que se imponga no sólo el respeto sino la adhesión positiva al ordenamiento y a la propia Constitución.

En el sistema constitucional español tienen cabida todas las ideas y todos los proyectos políticos, incluso, en propias palabras del TEDH aquellos que “*ofenden, chocan o inquietan*” incluyendo las que sean contrarias a la Constitución pretendiendo su sustitución o derogación. No obstante, la libertad de los partidos no es absoluta sino que el propio texto constitucional en sintonía con el Convenio Europeo, de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁷ (en adelante, CEDH), establece como límite la legalidad y los cauces democráticos, nunca usando la violencia y nunca recortando derechos fundamentales de los demás.

En el ámbito interno, estas ideas, al margen del amparo constitucional, se ratifican específicamente en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos⁸ (en adelante, LOPP) al afirmar que “*cualquier proyecto u objetivo se entiende compatible con la Constitución*”, siempre y cuando “*no se defienda una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales de los ciudadanos*”. En consonancia, se contemplan en el art. 9 LOPP dos supuestos que posibilitan la ilegalización de un partido: que su actividad no respete los principios democráticos, o bien, que persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático. En este mismo precepto se contemplan las conductas concretas que, de forma reiterada y grave, pueden desembocar en la realización de los supuestos anteriores y, en ningún momento se hace referencia a programas o ideologías, sino a actividades que promuevan o justifiquen la exclusión de personas o que impliquen apoyo al terrorismo o a la violencia.

Será la Sala Especial del TS el órgano competente para declarar la ilegalidad y disolución de un partido político en caso de concurrir los supuestos y conductas descritos en el párrafo anterior. A este respecto, cabe destacar la STS de 27 de marzo de 2003 (RJ\2003\3072) por la cual se declara la ilegalidad y disolución de los partidos políticos Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna debido a sus actividades antidemocráticas vinculadas a la violencia. Así pues, tras la aplicación de la técnica del levantamiento del velo, se constató que detrás de los tres partidos se encontraba la organización terrorista ETA, al existir unidad de designio creador, la misma función, identidad de personas, identidad sustancial de estrategias y programas de actuación, entre otras. De la ejecución de esta sentencia se derivaron las consecuencias jurídicas previstas en el fallo,

⁵ Vid. STC, de 12 de marzo de 2003, FJ 5º (RTC\2003\48).

⁶ Íbidem.

⁷ Publicado el Instrumento de Ratificación del CEDH en BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979, pp. 23564 a 23570 (BOE-A-1979-24010).

⁸ Publicada en BOE núm. 154, de 28 de junio de 2002 (BOE-A-2002-12756).

consistentes en la aplicación del art. 12.1 LOPP, pero, a su vez, se produjeron una serie de efectos colaterales.

1.2.2 Efectos jurídicos directos de la disolución de un partido político.

En primer lugar, la disolución de un partido político implica la pérdida de su personalidad jurídica. Así pues, teniendo la inscripción en el Registro de Partidos Políticos del Ministerio del Interior efectos constitutivos, la cancelación de la misma (art. 11.7 LOPP) debe conllevar, necesariamente, la muerte civil y, por tanto, la salida del partido de la vida jurídica. Como consecuencia, el partido disuelto perderá la capacidad para ser titular de relaciones jurídicas, es decir, de derechos y obligaciones, reputándose como ineficaces las constituidas hasta el momento⁹.

No obstante, durante el proceso de ejecución de la sentencia de disolución, a pesar de dicha extinción de la personalidad del partido, se permite la representación procesal del mismo a fin de que pueda alegar lo que estime conveniente y para que pueda oponerse, en su caso, a las diferentes resoluciones que se puedan dictar¹⁰. Así lo declaró el ATS, de 20 de mayo de 2003, FJ 2º (RJ\2003\4059) que frente a la oposición de la Abogacía del Estado a la representación del partido Batasuna ya disuelto afirma que: *“la capacidad reconocida para ser parte, y con arreglo a la cual se constituyó la relación jurídica procesal, por efecto de la litispendencia debe ser mantenida en los mismos términos durante el curso del procedimiento. Más aún, esa capacidad, reconocida en el procedimiento declarativo, debe ser también mantenida en el proceso de ejecución”*¹¹.

En segundo lugar, el partido político declarado ilegal y disuelto, tal y como se establece expresamente en el art. 12.1.a) LOPP deberá cesar inmediatamente en todas sus actividades, derivándose la responsabilidad penal correspondiente en caso de incumplimiento. Dicho efecto jurídico fue establecido en el fallo de la STS, de 27 de marzo de 2003, (RJ\2003\3072) pero los partidos políticos disueltos por esta sentencia ya habían visto suspendidas sus actividades por AJCI, de 26 de agosto de 2002, (ARP\2002\479) de tal forma que esta medida no requirió de ejecución concreta¹².

En tercer lugar, señala el art. 12.1.b) LOPP que se presumirá fraudulento y no será posible la utilización de un partido ya creado para dar continuidad al disuelto, ni la creación de uno nuevo que suceda en la actividad al mismo. Para determinar la conexión entre un partido político ilegal y el que pretenda continuarle o sucederle se tendrán en cuenta los elementos expuestos en el art. 12.3 LOPP que responden a la estructura, organización y funcionamiento, procedencia de los medios de financiación o cualesquiera otras circunstancias relevantes.

En relación a este punto, existen ejemplos de partidos aletargados, que estando inactivos durante grandes períodos de tiempo, resurgieron para presentarse en comicios electorales, una vez ejecutada la disolución de Batasuna, con la finalidad de suceder a este último. Ante esto, el TS declara la ilegalización del Partido Comunista de las Tierras Vascas

⁹ Vid. STS, de 27 de marzo de 2003, FJ 7º (RJ\2003\3072).

¹⁰ FERREIRO BAAMONDE, X.: *El proceso de disolución de partidos políticos*, Ed. Iustel, Madrid, 2008, pp. 119 y 120.

¹¹ Lo contrario entraría en contradicción con el principio procesal de la *perpetuatio iurisdictionis* que obliga a resolver los litigios de acuerdo con la situación existente en el momento de interposición de la demanda.

¹² Falló el AJCI, de 26 de agosto de 2002, (ARP\2002\479) la suspensión de *“todas las actividades orgánicas, públicas, privadas e institucionales en todos y cada uno de los ámbitos y organismos públicos, registros, bancos, notarios, fundaciones, asociaciones, sociedades y organismos similares de Herri Batasuna-Euskal Herritarrok-Batasuna, con éste u otro nombre que pudiera adoptar”*.

(PCTV)¹³ así como del partido Acción Nacionalista Vasca (ANV)¹⁴ debido a multitud de indicios que prueban, desde el punto de vista político, la plena colaboración de ambos partidos en la consecución de los objetivos por los que Batasuna mereció la ilegalización, así como el mantenimiento de un discurso que no se diferencia, esencialmente, del efectuado por el partido ilegalizado. Además, desde el punto de vista económico, existen indicios que muestran la vinculación existente de ambos partidos con el disuelto mediante la facilitación de medios infraestructurales y la constitución de una caja única para la gestión de las cuentas de estos partidos al servicio de Batasuna.

Por otra parte, el TS también consideró fraudulenta la inscripción de un nuevo partido con la denominación de Abertzale Sozialisten Batasuna (ASB) debido a la existencia de pruebas como la coincidencia de emblemas o la vinculación de tres personas promotoras del partido con Batasuna que muestran la finalidad de continuar la actividad de este último partido ya disuelto¹⁵. También el TS deniega la inscripción al partido SORTU¹⁶ al considerar que no es *“un proyecto ajeno a ETA y a Batasuna, ni, por tanto, puede considerarse una formación que se sitúe al margen de la violencia y del terror”*. Sin embargo, en este último caso, el TC consideró que dicha medida había sido vulneradora del derecho de asociación al basarse el TS en meras sospechas y no en pruebas. Además, argumenta el TC que el rechazo a la violencia contenida en los estatutos de la formación y reiterada por sus dirigentes es *“factor bastante para contrarrestar otros elementos de convicción que pudieran fundamentar la acreditación judicial de una estrategia defraudadora de la Sentencia de ilegalización de los partidos políticos Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna”*¹⁷.

Por último, el art. 12.1.c) LOPP señala que la disolución del partido político determinará la apertura de un proceso de liquidación patrimonial que será llevado a cabo por tres liquidadores designados por la Sala Sentenciadora. Se obliga en este precepto a que el saldo positivo de dicha liquidación, en caso de existir, se transfiera al Tesoro Público, con la finalidad de ser destinado a actividades de interés público.

Con respeto a esta última consecuencia, se ha determinado en el Informe del CGPJ al Anteproyecto de la LOPP, de 15 de abril de 2002, que no se trata de una medida expropiatoria ni confiscatoria puesto que constituye la única solución posible de disponibilidad de patrimonio de un partido ilegal. Se entiende, en tales extremos, que como un partido recibe fondos tanto públicos como privados con ocasión a los fines realizados, al ser declarado éste como ilegal, ha incumplido dichos fines y, por tanto, habrá usado estos fondos indebidamente¹⁸. En consecuencia, se excluye la entrega del patrimonio a los integrantes del partido, por haber contribuido con sus comportamientos a la declaración de ilegalidad, y como parte del destino es público, es razonable que se entregue a actividades sociales o humanitarias¹⁹.

¹³ Vid. STS, de 22 de septiembre de 2008 (RJ\2008\7173) por la que se ilegaliza PCTV.

¹⁴ Vid. STS, de 22 de septiembre de 2008 (RJ\2008\7036) por la que se ilegaliza ANV.

¹⁵ Vid. ATS, de 22 de mayo de 2007 (RJ\2008\6608) por el que se ilegaliza ASB.

¹⁶ Vid. ATS, de 30 de marzo de 2011 (RJ\2011\7364) por el que se ilegaliza SORTU.

¹⁷ Vid. STC, de 20 de junio de 2012 (RTC\2012\138) que declara inconstitucional la ilegalización de SORTU.

¹⁸ Existe un voto particular en este Informe del CGPJ que entiende que este proceso de liquidación se trata de una expropiación total, sin que se aprecie ni concurrencia de causa justificada de utilidad pública o interés social, ni establecimiento de la correspondiente indemnización.

¹⁹ PÉREZ-MONEO AGAPITO, M.: *La disolución de partidos políticos por actividades antidemocráticas*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 166.

1.2.3 Permanencia en el cargo de los parlamentarios.

La LOPP no prevé expresamente, entre las consecuencias jurídicas de disolución de un partido político, la pérdida de la condición de representante de aquellos que han sido elegidos bajo las siglas de dicho partido. Esto trae causa en que la ilegalización se produce por la concurrencia de ciertas actividades antidemocráticas que no, necesariamente, se predicen de los representantes electos en las listas, sino que se imputan al partido como persona jurídica²⁰. Además, tampoco se incluye dentro de las causas tasadas de pérdida del escaño de diputado, enumeradas en el art. 22 del Reglamento del Congreso de los Diputados, de 10 de febrero de 1982²¹ (en adelante, RCD), la ilegalización del partido político al que pertenecen. De igual modo, tampoco se contempla la pérdida de la condición de senador por la disolución de partido político entre las causas establecidas en el art. 18 del Reglamento del Senado, de 3 de mayo de 1994²² (en adelante, RS).

En la STS, de 27 de marzo de 2003, FJ 7º (RJ\2003\3072) no se privó de su cargo político a los militantes de los tres partidos ilegalizados sino que, a sensu contrario, se afirma que: “*el estatuto singular de los miembros de dichos partidos sigue la suerte prevista para ellos en las normas jurídicas que resulten de aplicación*” y, en ninguna de ellas, como se ha comentado, se prevé la pérdida del cargo público que ostentan.

Es más, el hecho de privar a los parlamentarios del escaño entraría en colisión con el derecho fundamental a la participación en la vida política de todos los ciudadanos, reconocida en el art. 23.1 CE, y, al mismo tiempo, chocaría con el derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos establecido en el art. 23.2 CE.

Así pues, los representantes son quienes resultan designados directamente por elección popular, de tal forma que hacen efectivo el derecho que corresponde a los ciudadanos a la participación política. La elección sólo puede recaer sobre personas determinadas y no sobre partidos o asociaciones que proponen las candidaturas al electorado. En este sentido, fundamenta el TC que el “*derecho a participar corresponde a los ciudadanos y no a los partidos, que los representantes elegidos lo son de los ciudadanos y no de los partidos y que la permanencia en el cargo no puede depender de la voluntad de los partidos, sino de la expresada por los electores*”²³. Por lo tanto, la representación política consiste en una unidad de voluntades entre representantes y representados que imputa a éstos los actos de aquéllos, de modo que la privación al representante de su función afecta tanto al derecho de éste como al derecho del representado²⁴.

Además del derecho de participación, argumenta el TC que también resultaría vulnerado el derecho de acceso a cargos públicos puesto que “*la garantía que dispensa el apartado 2 del art. 23 al acceso en condiciones de igualdad al cargo público se extiende a la permanencia en el mismo y al desempeño de las funciones que le son inherentes, en los*

²⁰ FERREIRO BAAMONDE, X.: *El proceso de disolución de partidos políticos*, op.cit., p. 124.

²¹ Publicado en BOE, núm. 55, de 5 de marzo de 1982, pp. 5765 a 5779 (BOE-A-1982-5196).

²² Publicado en BOE, núm. 114, de 13 de mayo de 1994, pp. 14687 a 14709 (BOE-A-1994-10830).

²³ Vid. STC, de 4 de febrero de 1982, FJ 4º (RTC\1983\5); STC, de 14 de octubre de 2002, FJ 3º (RTC\2002\177); STC, de 27 de febrero de 2003, FJ 2º (RTC\2003\40).

²⁴ CATALÀ I BAS, A.: “El difícil encaje de la causa de incompatibilidad sobrevenida en la institución del mandato representativo”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 86, 2013, pp. 132 y 133.

términos que establecen las leyes o, en su caso, los Reglamentos parlamentarios, pues no en vano se trata de derechos fundamentales de configuración legal”²⁵.

Por lo tanto, la falta de previsión expresa junto a la vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 23 CE conlleva que se concluya en la STC, de 8 de mayo de 2003, FJ 23º (RTC\2003\85) lo siguiente: *“la disolución de un partido no comporta la privación del derecho de sufragio, activo o pasivo, de quienes fueron sus promotores, dirigentes o afiliados”, y, por tanto, “los efectos de la disolución se contraen al ámbito del partido mismo, cuya existencia como persona jurídica cualificada por sus funciones, concluye, sin más, para el ordenamiento”.*

Por lo tanto, la pérdida del cargo público y, consecuentemente, la privación del derecho fundamental al *ius in officium*, sólo puede traer causa en un procedimiento judicial centrado específicamente en la conducta o en las circunstancias de una persona física concreta, y en el supuesto de concurrir las causas taxativamente fijadas por las leyes que resulten de aplicación.

1.2.4 Efectos jurídicos colaterales de la disolución de un partido político.

Tampoco se recoge en la LOPP como consecuencia jurídica de la disolución de un partido político que los grupos parlamentarios, forales o municipales vinculados al mismo debiesen correr la misma suerte que aquel. De modo consecuente con tal ausencia, tampoco el TS incluyó en la sentencia de ilegalización de Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna ninguna referencia expresa a la disolución de tales grupos.

A pesar de ello, el Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado presentan sendas demandas ejecutivas solicitando la disolución de los grupos que los partidos políticos ilegalizados hubieran podido constituir. En respuesta, se dictó el ATS, de 24 de abril de 2003, FJ 3º (RJ\2003\4051) mediante el cual se dispone que: *“La Sentencia dictada por la Sala [...] se extienda a la disolución de los Grupos parlamentarios constituidos por Batasuna cuya ilegalidad ha sido declarada en los Parlamentos Vasco y Navarro y también a los Grupos que tal Partido posea dentro de las Juntas Generales de los Territorios Históricos y corporaciones locales”.*

Cabe cuestionarse si el TS, ante la ausencia de previsión legal expresa y de la falta de concreción en la sentencia de ilegalización, puede en fase de ejecución proceder a la disolución de tales grupos. En su justificación, el TS afirma que dicha disolución debe ser consecuencia *“directa, fiel y obligada”* de la desaparición de la vida jurídica de los partidos políticos ilegalizados, *“bajo cuyas siglas acudieron a los procesos electorales los que en tales grupos se integran, y lo que importa más aún, cuya realidad organizativa previa se erige en único factor vertebrador”²⁶*. El TS utiliza, para llegar a esta conclusión, una interpretación finalista del fallo, en virtud del principio *pro actione*, para lograr *“la posibilidad de realización completa del fallo, infiriendo de él todas sus naturales consecuencias en relación con la causa petendi”²⁷*.

La Sala entiende, por tanto, que la disolución de los grupos puede inferirse fácilmente de la prohibición que se le ha impuesto al partido político de continuar con sus actividades.

²⁵ Vid. STC, de 11 de marzo de 2002, FJ 2º (RTC\2002\64).

²⁶ Vid. ATS, de 20 de mayo de 2003, FJ 3º (RJ\2003\4059).

²⁷ *Íbidem*.

Además, el mantenimiento de los grupos implicaría la subsistencia del partido mediante otra forma jurídica diferente, dando lugar a un abuso de superioridad, como manifestación específica del genérico fraude de ley, previsto en el art. 12.1.b) LOPP.

Fundamenta el TS esa continuidad del partido político a través del grupo parlamentario en la estrecha vinculación que existe entre ambos, de tal forma que, puede definirse al primero como una emanación directa del segundo²⁸. Además, si bien los grupos parlamentarios son una realidad jurídica diferente de los partidos, éstos carecen de una personalidad jurídica propia que implica que no pueda diferenciarse respecto de la del partido político originario²⁹. Por estas razones, concluye el TS que *“la diferenciación conceptual entre Partido Político y Grupo no alcanza entidad suficiente como para ocultar los reales vínculos que concurren entre unos y otros, y menos aún para evitar que la disolución del Partido proyecte sus efectos sobre su Grupo Parlamentario”*³⁰.

Como consecuencia de la disolución de los grupos, los parlamentarios que fueron elegidos en listas presentadas por el partido disuelto pierden sus derechos colectivos, sin perjuicio del mantenimiento de la condición de parlamentarios individuales y de su posible integración en el grupo mixto, si existiese, o se constituyese ex novo por cumplir éstos los requisitos exigidos por el Reglamento de la Cámara³¹.

Ante las argumentaciones expuestas por el TS existen opiniones doctrinales en contra. A este respecto, no se cuestiona que este órgano tenga la capacidad para extraer de la sentencia todas las consecuencias favorables al derecho a la tutela judicial efectiva, sino que lo discutido es si la relación entre grupo y partido está lo suficientemente motivada como para que tal interpretación tenga una base jurídica consistente.

En este sentido, determinados autores aceptan la vinculación existente entre partido político y grupo parlamentario pero con la matización de que ésta no alcanza la plenitud. Así pues, tanto ECHARRI CASI³² como PÉREZ MONEO defienden que *“como los partidos políticos no tienen capacidad de actuar de forma directa en el parlamento, necesitan la mediación de los grupos, pero esta vinculación es política. El TS debió separar lo jurídico de lo político, sin confundir lo que ambos aspectos suponen”*³³.

Así mismo, también se admite que los grupos parlamentarios carecen de personalidad jurídica pero ésta no se confunde con la del partido, sino con la de sus miembros, ya que son meras agrupaciones de parlamentarios individuales. Como consecuencia, al no perder éstos su cargo político, la efectividad práctica de la medida será, como poco, relativa. Ante tales extremos, afirma PORTERO MOLINA que *“no es por eso irrespetuoso*

²⁸ El ATS de 20 de mayo de 2003, FJ 2º (RJ\2003\4058) afirma que: *“los Partidos Políticos tienen con los Grupos Parlamentarios una intensa vinculación, a través de la cual los segundos normalmente materializan las directrices de los primeros; ello hasta el punto, por ejemplo, de que el ATC 12/1986, de 15 de enero, haya declarado que los Grupos son emanación de los Partidos Políticos”*.

²⁹ El ATS de 20 de mayo de 2003, FJ 2º (RJ\2003\4058) dispone que: *“si bien los Grupos Parlamentarios son una realidad jurídica diferente de los Partidos Políticos, es también revelador que tales Grupos carezcan de personalidad jurídica diferenciada”*.

³⁰ Vid. ATS, de 20 de mayo de 2003, FJ 3º (RJ\2003\4059).

³¹ Vid. ATS de 20 de mayo de 2003, FJ 2º (RJ\2003\4058).

³² ECHARRI CASI, F.: *Disolución y suspensión judicial de partidos políticos*, Ed. Dykinson, Madrid, 2003, pp. 37-39.

³³ PÉREZ-MONEO AGAPITO, M.: *La disolución de partidos políticos por actividades antidemocráticas*, op.cit., p. 172.

afirmar que resulta una medida jurídica por completo estéril e impropia de una resolución judicial del máximo rango”³⁴.

Ello sin olvidar, como expresan ÁLVAREZ CONDE y CATALÀ I BAS, que “*si esta medida era deseada por el legislador, bien podría haberla introducido expresamente en el art. 12 entre los efectos de la disolución*”³⁵. Opinión a la que se suma PORTERO MOLINA al expresar que el legislador era conocedor de la conexión existente entre partido y grupo, pero no tuvo a bien ofrecerle al juez una habilitación expresa para disolver este último. Ante esto, determina FERREIRO BAAMONDE que ante la falta de previsión expresa y estando en juego la limitación del derecho de participación política debe acudir a una interpretación favorable a la subsistencia del derecho fundamental³⁶.

Además de la disolución de los grupos parlamentarios, también ha sido especialmente problemática la decisión del TS de privar a ciertas agrupaciones de electores de acudir a comicios próximos, por considerarlas como un fraude de ley, al ser continuadoras de la actividad de los partidos ilegalizados: Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna. Tal decisión del TS se ampara en el art. 44.4 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General³⁷ (en adelante, LOREG) que dispone que no podrán presentar candidaturas las agrupaciones de electores que, de hecho, vengan a continuar o suceder la actividad de un partido político declarado judicialmente ilegal y disuelto o suspendido. Para entender producida tal sucesión deberán tenerse en cuenta los mismos elementos señalados en el art. 12.3 LOPP. No obstante, éstos no presentan carácter cerrado sino que el TS podrá añadir otros o incluso adaptar la apreciación a las circunstancias concretas³⁸.

En este sentido, el TS se ha basado, para apreciar el fraude de ley, en “*las importantes coincidencias que se dan entre personas que pertenecían a los partidos cuya ilegalidad ha sido declarada y que concurren como candidatos en las listas*”, adquiriendo un peso singular la presencia de las personas cuyas acciones se consideraron determinantes para dictar la disolución de los partidos políticos a los que pertenecían. Además, el TS otorga especial relevancia a la plataforma AuB a la que atribuye un “*puesto de centralidad nacional o de referencia*” alrededor de la cual se concentran “*una pluralidad de agrupaciones de cuya suma resulta, materialmente, un entramado equivalente a un partido político*”³⁹ que pretende la continuidad de los disueltos.

Por su parte, el TC señala que “*la continuidad, por definición, sólo puede lograrse entre categorías homogéneas*”. A este respecto, agrupación y partido son dos conceptos heterogéneos de tal forma que la única manera para que se produzca la similitud entre ambos es que la agrupación permanezca después de la candidatura, perdiendo, por tanto, el carácter espontáneo que la caracteriza, o bien, que exista una pluralidad de agrupaciones que alrededor de una entidad común constituya “*de facto*” un partido.

³⁴ PORTERO MOLINA, J.; “Fundamentos y secuelas de la prohibición de partidos”, en AAVV, *La prohibición de partidos políticos*, (MOTILLA MARTOS, J., Dir.), Universidad de Almería. Servicio de Publicaciones, Almería, 2004, pp. 39-43.

³⁵ ÁLVAREZ CONDE, E. y CATALÀ I BAS, A.: “Los efectos directos y colaterales de la disolución de Herri Batasuna”, en *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, núm.2, 2005, p. 141.

³⁶ FERREIRO BAAMONDE, X.: *El proceso de disolución de partidos políticos*, op. cit., p.130.

³⁷ Publicada en BOE núm. 147, de 20 de junio de 1985 (BOE-A-1985-11672).

³⁸ STS, de 21 de mayo de 2004, FJ 10º (RJ\2004\4114).

³⁹ STS, de 3 de mayo de 2003 (RJ\2003\4268).

A fin de apreciar dicha continuidad, argumenta el TC que la simple presencia de las personas que hubiesen pertenecido al partido disuelto no implica necesariamente la ilegalidad de la candidatura, sino que debe entenderse unida a la apreciación de otros indicios, que demuestren la existencia de una voluntad defraudadora de proseguir las actividades antidemocráticas que ocasionaron la ilegalización. En caso contrario, el hecho de utilizar como único criterio identificador la integración personal de las candidaturas podría conllevar ilógicamente la privación individual del derecho de sufragio pasivo⁴⁰.

Ante esto, en la STC, de 8 de mayo de 2003 (RTC\2003\85) se estima el recurso de amparo presentado por algunas de las agrupaciones que habían sido impugnadas por el TS, debido a que *“no puede considerarse acreditada la conexión fraudulenta con otras agrupaciones alrededor de la plataforma AuB en aquellos supuestos en los que no concurren acumuladamente una serie de factores como son, entre otros, un porcentaje significativo de candidatos vinculados con los partidos disueltos, un puesto relevante en la candidatura, la participación y eventual elección en anteriores comicios en las listas de aquéllos, la ocupación de cargos institucionales en representación de los partidos ilegalizados, la posición ocupada en la estructura de éstos o de la propia plataforma AuB o, finalmente, la eventual implicación en la trama defraudatoria”*.

En definitiva, la disolución de los partidos políticos no acarrió la prohibición de presentarse a los procesos electorales a gran parte de las agrupaciones que integraban en sus listas personas vinculadas a los primeros. Sin embargo, en determinados casos sí quedó probada la continuidad de las agrupaciones con las formaciones políticas ilegalizadas, privándoseles, por tanto, de permanecer en la vida política. Tal fue el caso de agrupaciones electorales como Herritarren Zerenda⁴¹, Aukera Guztiak⁴², Sozialistak Aberzaleak⁴³, entre otras.

1.3 Conclusiones.

La sentencia de ilegalización de *“Fuerza y Acción”* conllevará, de forma directa, las consecuencias jurídicas previstas en la LOPP: cancelación de la inscripción registral, la cesación de sus actividades, la prohibición de sucesión o continuación de otros partidos en fraude de ley así como la liquidación de su patrimonio. No obstante, la disolución no implicará la pérdida de la condición de representantes de Theo y Alexis que en virtud del art. 23 CE podrán permanecer en el desarrollo de las funciones inherentes a sus cargos.

Por último, en atención a la praxis jurisprudencial, la ilegalización de un partido también comportará la disolución de los grupos parlamentarios que se hubiesen constituido así como de las agrupaciones de electores de las cuales existan indicios objetivos de su continuidad con el partido disuelto. Si bien, en atención a la juventud del partido así como al hecho de que tan sólo mantiene dos diputados en el Congreso, parece difícil que se hubiesen podido constituir grupos o asociaciones con respecto a este partido.

⁴⁰ STC, de 8 de mayo de 2003, FJ 28º (RTC\2003\85).

⁴¹ STC, de 27 de mayo de 2004 (RTC\2004\99) que confirma la STS, de 17 de mayo de 2004 (RJ\2004\2666), de ilegalización de Herritarren Zerenda, en elecciones europeas 2004.

⁴² STC, de 31 de marzo de 2005 (RTC\2005\68) que confirma la STS, de 26 de marzo de 2005 (RJ\2006\2001) de la ilegalización de Aukera Guztiak, en elecciones autonómicas 2005.

⁴³ STC, de 10 de mayo de 2007 (RTC\2007\110) que confirma la ilegalización de Sozialistak Abertzaleak para las elecciones municipales 2007.

CUESTIÓN 2: Dictamen sobre el fundamento constitucional de la demanda de amparo de “FyA” y vías de recurso ante una eventual denegación del amparo.

2.1 Antecedentes de hecho.

Notificada la sentencia de disolución del TS, “Fuerza y Acción” interpone recurso de amparo ante el TC por vulneración del derecho a la participación política.

2.2 Fundamentos Jurídicos.

2.2.1 Fundamentos del recurso de amparo ante el TC.

De conformidad con los arts. 53.2 CE y 41.1 y 3 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional⁴⁴, en un recurso de amparo sólo pueden hacerse valer la vulneración de las libertades y derechos fundamentales garantizados en los arts. 14 a 29 CE así como del derecho a la objeción de conciencia reconocido en el art. 30.2 de la misma, de tal forma que, no pueden examinarse en este recurso la posible conculcación de otros preceptos constitucionales ni tampoco disposiciones contenidas en tratados internacionales.

De forma primordial, la disolución del partido político implica la privación de su derecho fundamental de asociación establecido en el art. 22 CE puesto que, en ningún caso, este precepto excluye de su protección a las formaciones que tienen una finalidad política. A este respecto, si bien el art. 6 CE no es un derecho fundamental y, por tanto, no puede ser objeto del recurso de amparo, su contenido debe ser tenido en cuenta para determinar la naturaleza de un partido político como asociación cualificada. Así pues, dicho precepto encomienda a estas formaciones una triple función: expresar el pluralismo político, concurrir a la formación y manifestación de la voluntad popular y ser el instrumento fundamental para la participación política. Les confiere, en definitiva, una serie de funciones de evidente relevancia constitucional pero no, por ello, se convierten en órganos estatales o titulares del poder público. A este respecto, afirma el TC que *“los partidos políticos en efecto no son órganos del Estado y la trascendencia política de sus funciones no altera su naturaleza asociativa”*⁴⁵ quedando, por tanto, amparados por el art. 22 CE ante una restricción o privación de este derecho.

Los partidos son, pues, instituciones jurídico-políticas, elemento de comunicación entre lo social y lo jurídico que hace posible la integración entre gobernantes y gobernados, ideal del sistema democrático. A través de sus funciones, estas formaciones contribuyen a hacer efectivo el derecho de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos reconocido en el art. 23 CE⁴⁶. De esta forma, para asegurar la voluntad popular debe operar el principio de libertad impidiendo cualquier intervención de los poderes públicos. Así, *“la Constitución, en su deseo de asegurar el máximo de libertad e independencia de los partidos, los somete al régimen privado de las asociaciones, que permite y asegura el menor grado de control y de intervención estatal sobre los mismos”*⁴⁷. El partido, en su creación, en su organización y en su funcionamiento, se deja a la voluntad de los

⁴⁴ Publicado en BOE, núm. 239, de 5 de octubre de 1979 (BOE-A-1979-23709).

⁴⁵ Vid. STC, de 12 de marzo de 2003, FJ 5º (RTC\2003\48).

⁴⁶ Es menester recordar que la disolución de un partido político no implica la vulneración del art. 23 CE, por cuanto, los representantes políticos permanecerán en el desarrollo de las funciones inherentes a su cargo.

⁴⁷ Vid. STC, de 12 de marzo de 2003, FJ 5º (RTC\2003\48).

asociados garantizando la existencia y subsistencia de cuantas opciones políticas quieran nacer y articularse en la realidad social⁴⁸.

Esta libertad de creación, organización y funcionamiento debe completarse con el contenido de la libertad ideológica y de la libertad de expresión garantizadas en los arts. 16 y 20.1.a) CE, respectivamente. Así pues, una asociación política tiene por finalidad la afirmación, defensa o propagación de ideas y creencias, haciendo partícipes de ellas a otras personas, transmitiéndolas, enseñándolas o propagándolas en un debate abierto. Actúa, por tanto, el derecho de asociación como verdadera proyección externa del carácter colectivo de estas libertades⁴⁹. Por lo tanto, la vulneración del primero implicará necesariamente la conculcación de las segundas. A este respecto, el TC afirma que *“infringir la libertad de creación de partidos es conculcar los derechos para cuyo ejercicio en el ámbito de la formación de la voluntad popular se ha concebido aquella libertad. Con todo, por más que todas esas infracciones sean inseparables, la reconocida en el art. 22 CE (en relación con el art. 6 CE) conforma el contexto en el que concurren las libertades ideológica y de expresión cuando su ejercicio no es estrictamente individual sino organizado en partidos políticos”*⁵⁰.

Como consecuencia, el TC hace especial hincapié en la necesidad de emplear una especial moderación en la represión de las actividades relacionadas con los partidos políticos, en base a que una sanción excesivamente gravosa produce un claro efecto disuasorio en el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales. De esta forma, debe existir una proporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo. De acuerdo con la LOPP, el objetivo de la medida, y que, por tanto, justificaría la disolución de un partido político, es garantizar el sistema democrático y las libertades esenciales de los ciudadanos⁵¹. Así pues, el doble principio limitador de la libertad política es: primero, que su actividad respete la constitución y las leyes y, segundo, que su estructura interna y funcionamiento sean democráticos (art. 6 CE).

En la medida en que el partido político preconice ideas o realice actividades que *“molesten, choquen o inquieten”* sin incitar propiamente al uso a la violencia y respetando los derechos de los demás, no supone motivación suficiente para dictar su disolución. Así pues, recordemos, que en el Estado español no tiene cabida un modelo de democracia militante basado en la adhesión positiva a la propia Constitución y a las leyes. En los partidos políticos, la necesaria e intensa conexión entre los medios (actividades) y los fines que se da en toda asociación afecta a menudo a los aspectos vitales del sistema de convivencia y a los fundamentos de ésta, pues lo que frecuentemente se discute, se promueve o se cuestiona es el orden de los mismos valores, la concepción de la democracia, de la sociedad o del Derecho.

⁴⁸ DE CARRERAS SERRA, F.: “Los partidos en nuestra democracia de partidos”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 70, 2004, p. 104.

⁴⁹ PERALTA MARTÍNEZ, R.: “Libertad ideológica y libertad de expresión como garantías institucionales”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 16, 2012, pp. 259 y 260.

⁵⁰ Vid. STC, de 20 junio de 2012, FJ 3º (RTC\2012\138).

⁵¹ ÁLVAREZ CONDE, E. y CATALÀ I BAS, A.: “La aplicación de la Ley Orgánica de Partidos Políticos. Crónica inacabada de la ilegalización de Herri Batasuna, Batasuna y Euskal Herritarrok”, en *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, núm. 00, 2004, p. 17.

2.2.2 Vías de recurso ante la denegación del amparo.

El art. 11.7 LOPP dispone que: “*la sentencia dictada por la Sala especial del Tribunal Supremo, que podrá declarar la disolución del partido o desestimar la demanda, no será objeto de recurso alguno sin perjuicio, en su caso, del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional*”. Por lo tanto, interpuesto el recurso de amparo contra la sentencia de disolución de un partido político, se agota la vía judicial interna, de tal forma que, sólo cabe acudir a la esfera internacional, en concreto, al TEDH por haberse privado al partido político de las libertades y derechos proclamados en el CEDH.

De forma específica, la disolución del partido entra en colisión con el derecho de asociación reconocido en el art. 11.1 CEDH al disponer que “*toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación (...)*”. La restricción de este derecho sólo puede traer causa en la concurrencia de tres requisitos: primero, la previsión de una ley interna de los supuestos y causas de la disolución; segundo, la legitimidad del fin perseguido y tercero, el carácter necesario de la ilegalización para la permanencia de los fundamentos de una sociedad democrática.

En cuanto a la primera condición, la expresión “*prevista por la Ley*” no solamente exige que la medida enjuiciada tenga una base en el derecho interno, sino que alude también a la calidad de la norma en cuestión, que ha de ser lo suficientemente precisa para permitir al ciudadano regular su conducta y prever las consecuencias de la misma y, además, ha de ser lo suficientemente accesible al requerirse su publicación en alguno de los cauces normales de difusión del Derecho⁵². Con lo cual, en los casos contra España por ilegalización de partidos lo primero que ha efectuado el Tribunal es examinar el ajuste de la LOPP al CEDH. En este sentido, el TEDH ha determinado que “*esta Ley definía de forma suficientemente precisa la organización y funcionamiento de los partidos políticos y las conductas susceptibles de provocar su disolución o suspensión judicial*”⁵³ y, en suma, era lo suficientemente accesible por haberse publicado en el BOE.

Al superar el primer filtro, procede analizar si la disolución persiguió alguna de las finalidades legítimas señaladas en el convenio. A este tenor, enumera el art. 11.2 CEDH una serie de límites, entre los que se encuentran “*la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos*”, que si se pusiesen en peligro podrían justificar la ilegalización y disolución del partido político infractor.

En caso de apreciarse el fin legítimo, el TEDH exige, por último, que la medida de disolución sea necesaria para la permanencia de la sociedad democrática. A este respecto, señala el Tribunal que “*para juzgar en tal caso la existencia de una necesidad en el sentido del art. 11.2, los Estados contratantes sólo disponen de un margen de apreciación reducido*”⁵⁴. Es decir, medidas tan severas como la disolución de todo un partido político sólo pueden aplicarse a los casos más graves. Para apreciar tal necesidad deben concurrir dos elementos: la necesidad social imperiosa y la proporcionalidad.

⁵² CATALÀ I BAS, A.: “El respaldo del TEDH a la Ley Orgánica de Partidos Políticos”, en AAVV, *El reconocimiento de las víctimas del terrorismo a través de la legislación y la jurisprudencia* (CATALÀ I BAS, A., Dir.), Cátedra de Derecho Autonómico y Valenciano, Valencia, 2013, pp. 363 y 364.

⁵³ Vid. STEDH, de 30 de junio de 2009, §57 (TEDH\2009\70).

⁵⁴ Vid. STEDH, de 30 de junio de 2009, §77 (TEDH\2009\70).

En cuanto a la primera, la “*necesidad social imperiosa*” implica la existencia de tres condiciones: indicios que demuestren suficiente y razonablemente que el riesgo de atentar contra la democracia es próximo; que los actos y discursos de los miembros sean imputables al conjunto del partido y que éste último proporcione una imagen clara de contradicción con la democracia⁵⁵. Por su parte, para considerar la proporcionalidad de la medida, los estatutos y el programa de un partido político no pueden ser tenidos en cuenta como único criterio. Es preciso comparar el contenido de dicho programa con los actos y tomas de posición de sus miembros y dirigentes de tal forma que, conjuntamente, revelen que las intenciones del partido están en contradicción con una sociedad democrática⁵⁶.

Además de la apreciación de estos criterios, señala el Tribunal que pese a su papel autónomo y a la especificidad de su ámbito de aplicación, el art. 11 del CEDH debe contemplarse a la luz del art. 10 del mismo texto legal. Este precepto proclama que “*toda persona tiene derecho a la libertad de expresión*” lo que comprende, a su vez, “*la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras*”. La conexión se fundamenta en el hecho de que la protección de las opiniones y de la libertad de expresarlas constituye uno de los objetivos de la libertad de reunión y asociación, tanto más en el caso de los partidos políticos, habida cuenta de su papel esencial en el mantenimiento del pluralismo y en el buen funcionamiento de la democracia⁵⁷.

Así pues, una de las características principales de la democracia reside en la posibilidad de debatir mediante el diálogo y sin recurrir a la violencia las cuestiones que plantean las distintas corrientes de opinión. Es por ello que esta libertad es válida no solamente para las “*informaciones o ideas acogidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden*”. En este sentido, establece el TEDH que tienen cabida aquellos proyectos políticos que proclamen un cambio de legislación o de las estructurales legales o constitucionales de un Estado, siempre y cuando se respeten dos condiciones: primera, que los medios utilizados a este fin sean legales y democráticos, y, segunda, que el cambio de propuesta sea, asimismo, compatible con los valores democráticos y fundamentales⁵⁸.

Todos los criterios expuestos son los que examinará el TEDH, en el caso de que “*FyA*”, ante una eventual denegación del amparo, decida acudir a este cauce legal. No obstante, se debe tener en cuenta que si el Tribunal europeo no avala la sentencia de disolución nacional, su resolución no sustituye, automáticamente, la decisión adoptada por los tribunales nacionales. Así pues, sus resoluciones si bien son obligatorias y vinculantes no tienen fuerza ejecutiva alguna.

⁵⁵ VÍRGALA FORURIA, E.: “El TEDH avala la ilegalización de Batasuna (aspectos positivos y algunos pocos negativos de su jurisprudencia)”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 7, núm. 13, 2010, p. 420.

⁵⁶ IGLESIAS BÁREZ, M.: “La Ley de Partidos Políticos y el test de convencionalidad europeo. El diálogo entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno a la ilegalización de Herri Batasuna y Batasuna”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 25, 2010, p. 581.

⁵⁷ VÍRGALA FORURIA, E.: “El TEDH avala la ilegalización de Batasuna (aspectos positivos y algunos pocos negativos de su jurisprudencia)”, *op. cit.*, p. 419.

⁵⁸ Vid. STEDH, de 30 de junio de 2009, §79 (TEDH\2009\70). En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal en las siguientes resoluciones: STEDH, de 10 de diciembre de 2002, §46 (TEDH\2002\73); STEDH, de 13 de febrero de 2003, §98 (TEDH\2003\50031); STEDH, de 7 de diciembre de 2006, §36 (TEDH\2006\73).

BLOQUE II: Análisis de cuestiones de Derecho Penal

CUESTIÓN 3: Dictamen sobre las eventuales responsabilidades de Theo y Alexis por las canciones incluidas en su disco.

3.1 Antecedentes de hecho.

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

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

El dúo se hace viral en internet y sus vídeos alcanzan más de un millón de visualizaciones.

3.2 Fundamento Jurídico Único: Delito de provocación a la discriminación, odio o violencia contra grupos (art. 510 CP).

El contenido islamófobo de las canciones incluidas en el álbum “*La Ley del Altísimo*” podría ser constitutivo de un delito de provocación a la discriminación, odio o violencia contra grupos tipificado en el art. 510 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal⁵⁹ (en adelante, CP). Dicho álbum, elaborado por Theo y Alexis, fue editado en fecha de agosto de 2015 y, por tanto, tuvo lugar bajo la vigencia de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el CP⁶⁰, puesto que a tenor de su Disposición Final octava entró en vigor el 1 de julio de 2015⁶¹.

El bien jurídico protegido en este precepto es el derecho a no ser discriminado que se proclama en el art. 14 CE. Se constituyen, por tanto, como sujetos pasivos determinados grupos susceptibles de sufrir dicha discriminación, una parte del mismo o una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo. En el caso planteado es el colectivo musulmán el que por motivos racistas se presenta como probable sujeto pasivo.

Se incluyen en el art. 510 CP, tras la reforma operada, tres tipos delictivos en su apartado primero a fin de dar cumplimiento a la DM 2008/913/JAI, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal⁶². Se tipifican, por tanto, en el art. 510.1 CP las siguientes conductas: a) fomentar, promover o incitar directa o indirectamente⁶³ al odio, hostilidad,

⁵⁹ Publicado en BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995 (BOE-A-1995-25444).

⁶⁰ Publicado en BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015, pp. 27061 a 27176 (BOE-A-2015-3439).

⁶¹ La edición del álbum, en agosto de 2015, constituye el primero de una serie cronológica de hechos expuestos en el caso de “*Discurso del odio e ilegalización de partido político*”. De esta forma, si puede el primero de ellos ser enjuiciado por la nueva redacción del CP, también podrá aplicarse ésta a los hechos de fecha posterior que se expondrán en apartados subsiguientes.

⁶² Publicado en DOUE núm. 328, de 6 de diciembre de 2008, pp. 55 a 58 (DOUE-L-2008-82444). El objetivo de esta DM es que se castiguen los delitos de carácter racista y xenófobo en todos los Estados Miembros con al menos un nivel mínimo de sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias.

⁶³ Con la nueva redacción del CP no sólo se incriminan las conductas de incitación directa, sino que se sanciona expresamente la indirecta, de tal forma, que se establece explícitamente su separación con el delito de provocación tipificado en el art.18 CP.

discriminación o violencia b) producir, elaborar, poseer para distribuir, facilitar el acceso a terceros, distribuir, difundir o vender material idóneo para la realización de alguna de las conductas previstas en la letra anterior y c) negar, trivializar o enaltecer gravemente los delitos de genocidio, lesa humanidad o contra las personas o bienes protegidos en caso de conflicto armado o enaltecer a sus autores, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos.

En lo que respecta al caso, Theo y Alexis han llevado a cabo las conductas típicas, descritas en la letra b) del párrafo anterior, de producir y elaborar mediante la edición del álbum “*La Ley del Altísimo*”, al tiempo que, concurre la actividad de facilitar el acceso a terceros al colgar o publicar los vídeos de las canciones en internet. No obstante, estos materiales deben resultar idóneos para llevar a cabo las conductas previstas en la letra a), es decir, fomentar, promover o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, para que se pueda considerar ejecutado el ilícito penal. Esta cláusula de adecuación es mínima, pues la naturaleza del tipo delictivo no exige una idoneidad concreta en función de un contexto determinado y de ciertos destinatarios concretos, sino una idoneidad abstracta, que básicamente se deriva del propio contenido de los materiales⁶⁴. Describe esta letra un delito de peligro hipotético, sin que sea necesario la creación efectiva de un clima de violencia, odio, hostilidad o discriminación contra los grupos de referencia.

Por tanto, las conductas anteriores suponen un adelantamiento, es decir, se configuran como actos preparatorios, respecto a las descritas en la letra a) del art. 510.1 CP. De esta forma, en la medida que las canciones elaboradas por Theo y Alexis resulten idóneas para llevar a cabo las conductas previstas en la letra a), al haberlas hecho públicas en internet, se estarán llevando a cabo las actividades descritas en la misma. Sí se exige una idoneidad concreta en la letra a), de modo que las conductas típicas se deben llevar a cabo ante una concurrencia de personas o por algún medio que garantice la publicidad⁶⁵, pues así lo exige el propio precepto penal⁶⁶. Ante esto, la ejecución de esta letra implica la generación de un clima que puede estimular, directa o indirectamente, el odio, violencia, discriminación u hostilidad.

Cabe cuestionarse si las canciones producidas y publicadas por Theo y Alexis resultan idóneas para fomentar, promover o incitar, directamente o indirectamente al odio, la hostilidad, discriminación o violencia y, así lo han hecho al ser publicadas en internet, o bien, ante la ausencia de este presupuesto, podrían no ser constitutivas de delito alguno amparándose en el derecho a la libertad de expresión, concretamente, en el derecho a “*expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción*” [art. 20.1. a) CE].

A este respecto, la STC, de 7 de noviembre de 2007, FJ 4º (RTC\2007\235)⁶⁷ ha manifestado que la libertad de expresión extiende su cobertura al llamado discurso

⁶⁴ TAMARIT SUMALIA, J. M.: “Comentarios al artículo 510 CP”, en AAVV, *Comentarios al Código Penal Español. Tomo II (Artículos 234 a DF 7º)* (QUINTERO OLIVARES, G., Dir.), Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016. p. 1666.

⁶⁵ TAMARIT SUMALIA, J. M.: “Comentarios al artículo 510 CP”, *op.cit.*, p. 1665.

⁶⁶ Establece el art. 510.1.a) CP: “*Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo [...]*”. Este requisito de publicidad no se exige con respecto al art. 510.1.b) CP: “*Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan o vendan escritos o cualquier clase de material o soportes [...]*”.

⁶⁷ En esta STC, de 7 de noviembre de 2007 (RTC\2007\235) se declara inconstitucional la inclusión del negacionismo dentro de los delitos de apología al genocidio. Esto se fundamentó en la ausencia de una

ofensivo o impopular, es decir, aquellas ideas no sólo favorablemente recibidas “o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también aquellas otras que contrarían, chocan o inquietan al Estado o una parte cualquiera de su población”, “pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe sociedad democrática”.

Sin embargo, sí existe una difusión de ideas que rebasa el límite del derecho a la libertad de expresión: el denominado como “*discurso del odio*” o “*hate speech*”. Así pues, el TC con ocasión de la sentencia anteriormente nombrada manifiesta que este precepto constitucional no ofrece cobertura a “*las manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo [...] con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, ética o social, pues sería tanto como admitir que [...] la Constitución permite la violación de uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico como es la igualdad (art. 1.1 CE) y uno de los fundamentos del orden político y de la paz social: la dignidad de la persona (art. 10.1 CE)*”.

En consecuencia, en lo que atañe al caso planteado, cabe considerar que las canciones incluidas en el álbum “*La Ley del Altísimo*” exceden de los límites de la libertad de expresión y golpean el núcleo de la dignidad humana, integrándose en la categoría de discurso del odio. En este sentido, la letra de las mencionadas canciones, por ejemplo, la frase “*no quedará en estas tierras ni un solo musulmán*”, ponen en entredicho el derecho de los inmigrantes musulmanes a convivir pacíficamente dentro del Estado español definido constitucionalmente como social y democrático de Derecho.

En un sentido más concreto, el AJPI de Reus, de 25 de enero de 2016, FJ 4º (JUR\2016\24797) expone que “*se puede tener una política más o menos favorable a la inmigración, pero no se puede convertir en odiosa a la inmigración para defender tal política. Tales discursos del odio, dirigidos contra grupos nacional, racial o religiosamente diferenciados, suponen, a priori, una incitación a que el resto de la sociedad fabrique un enemigo artificial y predispone a que [...] se pueda llegar a canalizar cualquier acto violento contra esos inmigrantes*”.

Frases tales como “*No quedarán en estas tierras ni un solo musulmán*”, “*La auténtica Cruzada ya no se hace en Tierra Santa, se hace dejando vuestros cuerpos cubiertos por mantas*” o “*A vuestros hijos un gran favor les vamos a conceder haciendo que mueran incluso antes de nacer*” suponen la difusión de un mensaje que promueve o justifica el odio racial y la xenofobia contra los musulmanes, colocando el foco sobre ellos por el mero hecho de tener una condición nacional distinta, que puede derivar en conductas violentas contra este colectivo de personas, odio contra el que debe actuar el Derecho penal a pesar del principio de intervención mínima que lo caracteriza.

El discurso del odio ha sido enjuiciado por la jurisprudencia en supuestos similares al aquí analizado. Cabe destacar la SJP de Pamplona, de 11 de octubre de 2016 (ARP\2016\1108) en la que se condena al autor como responsable de un delito de odio penado en el art. 510 CP, por el hecho de incitar a la violencia contra las personas de

referencia junto a la negación de una adhesión valorativa al hecho criminal que permitiera proteger el derecho a la libertad de expresión y, además, no puede entenderse que “*toda negación de conductas jurídicamente calificadas como delito de genocidio persigue objetivamente la creación de un clima social de hostilidad*”. Esta sentencia abrió la puerta a que se castigase, tal y como se incorporó en la nueva redacción del CP, la negación cuando fuese un medio idóneo para promover o favorecer un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación.

religión judía, al colgar en su muro de Facebook un vídeo de contenido musical titulado “*Asesina a los judíos*” pronunciando reiteradamente la frase “*Mata, mata a los judíos*”. Por el mismo delito de provocación al odio se castiga en la SJP de Manresa, de 11 de noviembre de 2016, (ARP\2011\1360) el hecho de distribuir panfletos propagandísticos durante la campaña política que incluían expresiones en contra del estado musulmán como “*si ellos mandan en Vic expulsarán a todos vuestros compañeros ilegales y harán la vida imposible al resto*”.

Por tanto, en base a estos casos similares y a los fundamentos jurídicos expuestos se podría determinar la concurrencia de los elementos objetivos del tipo penal definido en el art. 510.1 CP. En lo que atañe a la tipicidad subjetiva del ilícito, en la letra b) el dolo exige el conocimiento de los diversos elementos típicos, incluida la idoneidad de los materiales para fomentar, promover o incitar directa o indirectamente al odio, dado que esta no puede entenderse como una mera condición objetiva de punibilidad⁶⁸. Por su parte, la letra a) implica la necesaria presencia de un móvil discriminatorio así como de un ánimo de provocación⁶⁹.

Se puede observar la actuación dolosa de los eventuales sujetos activos del caso, Theo y Alexis, por cuanto que compartieron los vídeos de sus canciones en internet, siendo la dinámica de este instrumento, precisamente, permitir el acceso a terceros de lo publicado. Por tanto, es posible deducir el ánimo en estos sujetos de hacer llegar el mensaje a otros individuos, siendo conscientes, consecuentemente, de la realización de las conductas típicas. Asimismo, también se puede suponer el ánimo de provocar un sentimiento de odio inferido del sentido de sus palabras así como por el hecho de manifestarlas ante terceros. Además, es probable inferir la realización del acto por motivos racistas⁷⁰ en cuanto a que no se establece justificación alguna de su ataque hacia los miembros del colectivo islámico, sino que éste se efectúa por el mero hecho de pertenecer al mismo.

Resulta extremadamente difícil conocer la influencia o el alcance real que éste tuvo en la población autóctona, mas ello radica en indiferente puesto que nos encontramos ante un delito de peligro abstracto que se consuma con esa provocación al odio anteriormente constatada, sin que sea necesario que el receptor del discurso modifique su conducta influenciado por el mismo⁷¹.

No obstante, es necesario tener en cuenta que Theo y Alexis publicaron las canciones a través de vídeos en internet que llegan a alcanzar más de un millón de visualizaciones. A este respecto, se establece en el art. 510.3 CP un tipo agravado que eleva la pena en su mitad superior cuando “*los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de internet, o mediante el uso de tecnologías de la información de modo que aquél se hiciera accesible a un elevado número de personas*”. Por tanto, en caso de apreciarse la subsunción de los hechos al tipo penal descrito en el art. 510.1 CP, resulta incuestionable que este debe aplicarse en la modalidad agravada traída a colación⁷².

⁶⁸ TAMARIT SUMALIA, J. M.: “Comentarios al artículo 510 CP”, *op.cit.*, p. 1666.

⁶⁹ TAMARIT SUMALIA, J. M.: “Comentarios al artículo 510 CP”, *op.cit.*, p. 1665.

⁷⁰ No puede aplicarse en el caso la agravante 22.4 CP: “*cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca*” por integrarse de forma explícita en el tipo subjetivo del ilícito del art. 510.1 CP.

⁷¹ Vid. SJP de Manresa, de 11 de noviembre de 2016 (ARP\2011\1360).

⁷² La aplicación del art. 510.3 CP exige que el hecho se haga accesible a un elevado número de personas de tal forma que, por exclusión, la publicidad a la que se refiere el art. 510.1.a) CP debe incluir únicamente

De más difícil encaje resulta la agravación por alteración de la paz pública o creación de un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo prevista en el apartado cuarto del mismo precepto legal. Así pues, en el momento de comisión de los hechos, tanto Theo como Alexis no ostentaban la condición de diputados sino que se trataban de dos raperos que difícilmente podrían causar gran terror con meras canciones en un espectador medio del colectivo islámico.

3.3 Determinación de la participación y régimen concursal.

Theo y Alexis son eventualmente responsables de un delito de provocación a la discriminación, odio o violencia contra grupos tipificado en el art. 510.1 CP. Esta responsabilidad lo es en concepto de autoría por su participación directa en los hechos enjuiciados (art. 28 CP).

Como se ha expuesto anteriormente, resultarían aplicables a los antecedentes de hecho expuestos tanto la letra a) de públicamente fomentar, promover e incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, así como la letra b) de producir, elaborar, facilitar a terceros el acceso o difundir, entre otras, cualquier clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para llevar a cabo las conductas descritas en la letra anterior.

De aplicar los dos letras anteriores se vulneraría la prohibición del “*nom bis in ídem*” y, por tanto, el principio de legalidad. A fin de resolver esta problemática, cabría aplicar un concurso aparente de normas regulado en el art. 8 CP puesto que ambas letras presentan el mismo fundamento jurídico e idéntico bien jurídico protegido. Concretamente, se emplearía la regla 2ª contenida en dicho precepto en base a la cual “*el precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible*”. Se puede intuir que la letra b) es una disposición subsidiaria por cuanto se trata de actos preparatorios de la letra a) siendo ésta última la que implica una probabilidad mayor de lesión al bien jurídico protegido al implicar la verdadera generación de un clima que pueda estimular odio, violencia, discriminación u hostilidad.

Por lo tanto, en caso de ser enjuiciables, los hechos se castigarán con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses teniendo en cuenta que ésta se impondrá en su mitad superior por ser aplicable la modalidad agravada prevista en el art. 510.3 CP relativa a la publicidad masiva.

aquellos supuestos de comunicación pública a una colectividad, pero sin uso de medios de comunicación masiva como la televisión o la radio. Podrían integrarse, por tanto, en éste último ponencias, conferencias, charlas o mítines políticos para un auditorio colectivo o incluso amplio, pero no masivo.

CUESTIÓN 4: Dictamen sobre las eventuales responsabilidades de Theo y Alexis por las declaraciones realizadas desde el inicio de su carrera política.

4.1 Antecedentes de hecho.

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*”. El 23 de febrero de 2017, durante un mitin electoral, Theo declaró: “*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*”.

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 2 de marzo, en un multitudinario mítin final de campaña en Burgos, ante 5.000 personas, Theo 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, tanto Theo como Alexis alcanzaron 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 18 de marzo de 2017, en el Congreso de los Diputados, estando en su turno de palabra, Theo, en nombre de FyA, expone que: “*renunciamos a toda vía de entendimiento con torturadores y traidores. A partir de ahora sólo hablaremos en el campo de batalla*”. Acto seguido, la presidenta del Gobierno, Sra. Soraya Rajoy, interviene para inquirir a Theo por el sentido exacto de sus palabras, momento en el que Alexis se levanta de su escaño y grita: “*Significa que vais a salir todos de aquí con los pies por delante y le vamos a prender fuego a este edificio*”. Alexis es inmediatamente expulsado del hemiciclo por el Presidente del Congreso.

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!”*.

4.2 Fundamentos Jurídicos.

4.2.1 Declaraciones realizadas durante la campaña electoral.

La primera de las declaraciones realizada por Theo: *“la Historia absolverá a Franco, porque ha sido el único que tuvo la visión correcta”* no puede ser constitutiva de delito alguno por cuanto no se tipifica como delito, ni en el CP español ni en ninguna norma internacional, la apología al régimen franquista, de tal forma que, dicha expresión se ampara en la libertad de expresión garantizada en el art. 20 CE.

En lo que se refiere a la segunda declaración, en la cual Theo acusa al Partido Socialdemócrata de fomentar los atentados terroristas islámicos, podría ser constitutiva de un delito de calumnia. Dicho tipo penal se recoge en el art. 205 CP al afirmar que *“es calumnia la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”*.

La conducta típica de la calumnia consiste, por tanto, en la imputación de un hecho falso constitutivo de un delito. En la afirmación proferida por Theo, éste imputa al sujeto pasivo un delito tipificado en el art. 572 CP que dispone que serán castigados *“quienes promovieran, constituyeran, organizaran o dirigieran una organización o grupo terrorista”*. No obstante, no es suficiente la mera imputación de un delito para encajar los hechos en este tipo penal, sino que se exige el elemento objetivo de que la acusación sea falsa. En este sentido, si se hubiese confirmado la veracidad de tal declaración, esto hubiese implicado la ilegalización del Partido Socialdemócrata, por cuanto el uso de la violencia o de un grupo terrorista se incluye dentro de las causas de disolución recogidas en el art. 9 LOPP. Sin embargo, no existe constancia de ello en el caso que nos atañe y, por tanto, cabe pensar en la falsedad de la expresión.

Además, en relación al tipo subjetivo, la imputación de un delito se debe realizar *“con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio a la verdad”*. Las declaraciones de Theo han sido realizadas en la modalidad de dolo eventual por cuanto no parece que éste haya comprobado la veracidad de las mismas sino que se ha limitado a manifestar una mera opinión o consideración personal. Por lo tanto, se cumplen los elementos objetivos y subjetivos para que dicha declaración sea constitutiva de un delito de calumnias.

A efectos punitivos, establece el art. 148 LOREG que *“cuando los delitos de calumnia e injuria se cometan en período de campaña electoral y con motivo u ocasión de ella, las penas privativas de libertad previstas al efecto en el Código Penal se impondrán en su grado máximo”*. Por lo tanto, en este caso se impondrá la pena de prisión de dos años.

Por último, la afirmación *“quien no esté a favor de la regeneración cristiana se arriesga a que el pueblo lo lleve a la horca”* debe ampararse en la libertad de expresión recogida en el art. 20 CE. Así pues, no puede ésta catalogarse como un delito de amenaza por cuanto no se cumple el elemento objetivo de anunciar un mal posible que adquiera la apariencia de seriedad y firmeza⁷³.

⁷³ MUÑOZ CONDE, F.; *Derecho Penal. Parte Especial.*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 133.

4.2.2 Declaraciones realizadas ostentando la condición de diputados.

Al adquirir Theo y Alexis la condición de diputados entra en juego la prerrogativa de la inviolabilidad establecida en el art. 71.1 CE: “*los Diputados y Senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones*”. También se reconoce en el art. 10 RCD así como en el art. 21 RS que los diputados y senadores, respectivamente, “*gozarán de inviolabilidad, aun después de haber cesado en su mandato, por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones*”. Cabe precisar que en el art. 20.2 RCD se expone que: “*los derechos y prerrogativas serán efectivos desde el momento mismo en que el Diputado sea proclamado electo*”. Por lo tanto, todas las declaraciones efectuadas desde el día 4 de marzo podrían ampararse en la inviolabilidad.

La dicción literal de los preceptos anteriores suscita problemas en la delimitación práctica acerca de lo que debe entenderse por opiniones manifestadas y cuál es el ámbito espacial que debe reconocerse al ejercicio de sus funciones. En cuanto al primero, el TS ha indicado que por opiniones manifestadas se debe comprender “*manifestaciones de voluntad, de pensamiento o de conocimiento*”. De esta forma, “*la mera imputación de hechos falsos con conciencia de su falsedad cuando los directamente afectados puedan rebatirla en el mismo escenario en el que se hubiere producido, bien sea directa y personalmente, por su condición de parlamentarios, bien sea a través de los miembros del Gobierno de los que orgánicamente dependan, por su relación directa con el ejercicio de sus funciones públicas, son abarcadas por la prerrogativa, al igual que las acusaciones ligeras o las expresiones proferidas en el calor del debate*”⁷⁴.

Ante esto, la expresión proferida por Theo “*renunciamos a toda vía de entendimiento con torturadores y traidores*” que, a priori, podría ser constitutiva de un delito de injurias o calumnias, estaría amparada por la inviolabilidad en la medida en que se refiere a los demás miembros de los partidos políticos representados en el Congreso y que, por tanto, tienen la oportunidad de defenderse en el mismo escenario. Además, no cabe duda de que en este caso Theo está en pleno ejercicio de sus funciones políticas.

Con respecto a la expresión en el ejercicio de sus funciones, el TS ha configurado un ámbito espacial bastante amplio al declarar que “*la función parlamentaria es inseparable de la condición de Senador y no queda reducida a la utilización de la palabra en la tribuna de oradores o desde el escaño que ocupa en el hemiciclo. La inviolabilidad se extiende también a las manifestaciones vertidas en los pasillos o dependencias de la Cámara Legislativa y no desaparece bruscamente por el hecho de traspasar el umbral del recinto parlamentario*”⁷⁵.

De esta forma, la inviolabilidad no debe entenderse constreñida exclusivamente a sus específicas funciones dentro de las Cámaras, si bien tal prerrogativa debe ser interpretada, en palabras del TS, “*con cautela y carácter restrictivo*” en los ámbitos exteriores. Por lo tanto, también se incluirían bajo la inviolabilidad aquellos actos que se realicen fuera del recinto de la Cámara y que supongan el ejercicio político de sus funciones, tales como propaganda, mítines, declaraciones políticas de carácter crítico, afirmaciones en medios de comunicación etc. encaminadas a mantener el debate político en todos los terrenos

⁷⁴ Vid. ATS de 23 enero de 2003, FJ 3º (RJ\2003\1071); ATS, de 29 de abril de 2003, FJ Único (JUR\2003\146072); ATS, de 2 de octubre de 2003, FJ 2º (JUR\2006\115048); entre otros.

⁷⁵ Íbidem.

posibles. En base a esto, las afirmaciones que efectuadas por Theo y Alexis en discursos, en rueda de prensa o en los pasillos podrían ampararse en la inviolabilidad.

No obstante, frases tales como “yo invito a todos los que de verdad quieren formar parte de esta reconquista que se hagan sentir el próximo día 17” y “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! no serían constitutivas de delito. Así pues, no se incluye la incitación a la delincuencia en general en el delito de provocación, tipificado en el art. 18 CP, que se refiere explícitamente a la incitación directa a perpetrar un delito concreto⁷⁶.

Por su parte, las frases “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” así como “id allí y comunicadles a todos estos traidores que su fin ha llegado. Y eso haremos: iremos a sentarnos entre ellos y a anunciarles que pronto verán el Parlamento arder” tampoco pueden ser constitutivas de delito alguno. A este respecto, como ya se ha comentado, para poder apreciar un delito de amenaza es necesario que se anuncie un mal que se prevea como futuro, concreto y con apariencia de seriedad y firmeza. Quedan excluidos, ante esto, los males inconcretos, poco serios o inverosímiles puesto que el bien jurídico protegido es el sentimiento de tranquilidad del sujeto. Las frases anteriores enunciadas por Theo y Alexis se dan en el contexto de un discurso triunfalista y, por tanto, se acercan más a la retórica política que al hecho de anunciar un mal que revista cierta entidad y seriedad como para que pueda ocasionar un sentimiento de inseguridad a los destinatarios.

Sin embargo, la expresión proferida por Alexis “significa que vais a salir todos de aquí con los pies por delante y le vamos a prender fuego a este edificio” sí podría ser encajar en un delito de amenazas. Así pues, se está anunciando un mal concreto constitutivo de un ilícito tipificado en el art. 351 CP que dispone que serán castigados “los que provocaren un incendio que comporte un peligro para la vida o integridad física de las personas”. Dicha frase es pronunciada en el hemiciclo y, por tanto, cabe pensar que reviste seriedad y firmeza pudiendo alterar la calma del resto de parlamentarios.

Además, no podría esta última expresión ampararse en la inviolabilidad por cuanto que, a pesar de que se cumple el ámbito espacial, temporal y funcional, no se trata de una opinión que guarde relación con las cuestiones debatidas en la Cámara. Así pues, en palabras del TS⁷⁷ “no deben ampararse bajo el paraguas de la inviolabilidad las ofensas vertidas, verbigracia, las que estuvieran integradas por un exabrupto o proclamaciones carentes de racionalidad y cualquier desviación de la temática tratada para, en fraude de Ley, alcanzar otros propósitos distintos al objeto del debate”. Determina, en definitiva, que “una cosa es que queden amparadas en el privilegio las opiniones delictivas, expresadas en directa relación con el debate o tema tratado, y otra muy diferente que el foro que la Ley brinda sea profanado, utilizando el privilegio como simple excusa para cometer delitos de expresión sin una vinculación material con las cuestiones tratadas”.

4.3 Determinación de la participación.

Theo es eventual responsable, en concepto de autor, de un delito de calumnias, tipificado en el art. 205 CP, que será castigado en su pena máxima por haberse ejecutado durante la campaña electoral (art. 148 LOREG). Por su parte, Alexis es eventual responsable, también en concepto de autor, de un delito de amenaza por la expresión “vais a salir todos

⁷⁶ MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: *Comentarios al Código Penal*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016, p. 90.

⁷⁷ STS, de 21 de diciembre de 2004, FJ Único (RJ\2004\7659).

de aquí con los pies por delante y le vamos a prender fuego a este edificio” al no poder ampararse la misma en la inviolabilidad.

CUESTIÓN 5: Dictamen sobre las eventuales responsabilidades de Alexis por el asalto a la mezquita.

5.1 Antecedentes de hecho.

El 18 de marzo de 2017, 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.

5.2 Fundamentos Jurídicos.

5.2.1 Delito de impedir o perturbar actos de confesiones religiosas (art. 523 CP).

El delito del art. 523 CP trata de proteger penalmente las afrentas más graves contra la dimensión subjetiva⁷⁸ del derecho fundamental a la libertad religiosa, expresamente reconocido en el art. 16 CE así como en diversa normativa de ámbito internacional⁷⁹. Esta dimensión subjetiva comprende a su vez una doble esfera: por un lado, la interna que garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias vinculado a la propia personalidad y dignidad individual y, por otro lado, la externa de *agere licere* que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros⁸⁰. Es precisamente la esfera externa de la dimensión subjetiva la que constituye el bien jurídico protegido por el art. 523 CP, al tratar de salvaguardar el derecho de los fieles a reunirse o manifestarse públicamente y asociarse para desarrollar las actividades religiosas y de culto propias de cada confesión⁸¹.

Dispone el tenor literal del art. 523 CP lo siguiente: *“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”*. Es posible extraer de este precepto los elementos típicos que caracterizan el ilícito penal a fin de determinar su concurrencia en los antecedentes de hecho expuestos.

En lo que atañe a los elementos objetivos, constituyen las conductas típicas el empleo de la violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho. La violencia a que se refiere el precepto se identifica con la propia del sentido gramatical como agresión o acometimiento físico a las personas, excluyendo, por tanto, la fuerza sobre las cosas o *vis in rebus*⁸². Por su parte,

⁷⁸ El derecho a la libertad religiosa tiene dos dimensiones, una objetiva y otra subjetiva. La dimensión objetiva comporta la neutralidad de los poderes públicos y la aconfesionalidad del Estado junto al mantenimiento de relaciones de cooperación de éste con las diversas confesiones.

⁷⁹ Artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y art. 9 CEDH.

⁸⁰ Vid STC de 13 de febrero de 1985, FJ 2º (RTC\1985\19); STC, de 27 de junio de 1990, FJ 10º (RTC\1990\120); STC, de 19 de junio de 1990, FJ 8º (RTC\1990\137); entre otras.

⁸¹ FERNÁNDEZ BAUTISTA, S.: “Título XXI. Delitos contra la Constitución”, en AAVV, *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015* (CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S., Dirs.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 1632.

⁸² SAP de Islas Baleares, de 13 de octubre de 2016, FJ 3º (ARP\2016\1222).

la intimidación consiste en la amenaza de causar un mal (art. 169 CP). El tumulto se trata, según VIVES ANTÓN⁸³, de “*la confusión o el desorden causados por una multitud de personas, aun cuando hayan sido provocados por una sola*”. Por último, las vías de hecho, hipótesis de carácter residual, incluye conductas relacionadas con el ejercicio abusivo de las funciones públicas⁸⁴.

En los antecedentes de hecho, el medio comisivo utilizado para llevar a cabo el eventual ilícito penal es el tumulto puesto que Alexis acude en compañía de un numeroso grupo de afiliados de *Acción Inmediata*. No se especifica en los hechos narrados si su irrupción ha provocado confusión o desorden pero el TS⁸⁵ ha considerado “*tumulto como sinónimo de gregario, amorfo, caótico, anárquico, inorgánico y desordenado o en tropel, aunque nada impide, según opinión unánime que se considere tumulto en caso de que fuera organizado y ordenado*”, de tal forma que, la falta de pormenorización no impide apreciar la concurrencia del tumulto. No obstante, el TS sí que exige que éste abarque “*un número considerable de personas aunque no es preciso que constituyan multitud o muchedumbre*”. Tampoco se especifica en el caso el número concreto de individuos que han participado en el asalto, si bien se hace referencia a un grupo numeroso, y, al no ser presupuesto necesario la multitud, cabe entender que se ha ejecutado la conducta típica.

A consecuencia del medio comisivo, en este caso el tumulto, debe producirse alguno de los tres resultados definidos en el tipo penal: impedir, interrumpir o perturbar. El primero de ellos implica la imposibilidad de seguir con la actividad religiosa. Interrumpir, en contraposición, supone la continuidad del acto tras la intervención del sujeto activo. Finalmente, perturbar implica la continuidad sin interrupción, pero con las molestias propias de una acción objetivamente tendente a alterar la normalidad⁸⁶. Es posible deducir que, rociados en sangre los fieles y tras producirse la reyerta posterior resultando cuarenta heridos, se imposibilitó la continuación de la ceremonia religiosa que en la mezquita se estaba llevando a cabo y, por tanto, se produjo el resultado lesivo de impedir⁸⁷.

Producido el resultado de la conducta típica, se presentan como sujetos pasivos: en primer lugar, la confesión religiosa y, en segundo lugar, los miembros afectados individualmente. No obstante, no todas las confesiones quedan tuteladas por el art. 523 CP, sino que, únicamente, se comprenden las confesiones debidamente inscritas en el correspondiente Registro de Entidades Religiosas dependiente del Ministerio de Justicia e Interior, de conformidad con lo previsto en el art. 5 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa⁸⁸ (en adelante, LOLR).

Se especifican en el art. 2 del Real Decreto 594/2015, de 3 de julio, que regula el Registro de Entidades Religiosas⁸⁹ las corporaciones inscribibles, entre ellas: “*las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas, así como sus Federaciones*”. En lo relativo a la religión islámica, existen dos federaciones inscritas, denominadas “*Federación Española de Entidades Religiosas Islámicas*” y “*Unión de Comunidades Islámicas de España*”,

⁸³ TAMARIT SUMALIA, J. M.: “Comentarios al artículo 523 CP”, *op.cit.*, p. 1707.

⁸⁴ GÓMEZ TOMILLO, M.: “Delitos contra la Constitución, el orden público”, en AAVV, *Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo VI* (GÓMEZ TOMILLO, M. y JAVATO MARTÍN, A., Dirs), Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2015, p. 256.

⁸⁵ Vid. STS, de 10 de octubre de 1980, FJ 1º (RJ1980\3683).

⁸⁶ MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: *Comentarios al Código Penal, op.cit.*, p. 1537.

⁸⁷ La especificación del resultado resulta indiferente desde el punto de vista punitivo puesto que cualquiera de los tres (impedir, interrumpir y perturbar) se castigan con la misma pena. Debido a su distinta afectación al bien jurídico se trata de un precepto cuestionado por la doctrina penal, si bien, ésta aboga por exigir que la perturbación sea grave, limitando una posible interpretación extensiva de la norma.

⁸⁸ Publicado en BOE núm. 177, de 24 de julio de 1980, pp. 16804 a 16805 (BOE-A-1980-15955).

⁸⁹ Publicado en BOE núm. 183, de 1 de agosto de 2015, pp. 66721 a 66737 (BOE-A-2015-8643).

que, a su vez, han constituido una entidad religiosa inscrita con la denominación de “*Comisión Islámica de España*”, como órgano representativo del Islam en España ante el Estado para la negociación, firma y seguimiento de los acuerdos adoptados. Por tanto, sí se cumple el requisito de la inscripción en la confesión islámica y, por tanto, se configurarían como sujeto pasivo en caso de aplicación del tipo penal.

Además, se exige en el art. 523 CP que el resultado se produzca sobre los actos, funciones, ceremonias o manifestaciones de las confesiones religiosas inscritas⁹⁰. Las funciones y las ceremonias deben entenderse conforme al Diccionario de la Real Academia como modalidades de actos relacionados estrechamente con el culto. De más difícil interpretación se presentan las manifestaciones pero dentro de este término se suelen englobar las procesiones y otros actos públicos semejantes⁹¹. En definitiva deben tratarse de celebraciones de contenido religioso, de tal forma que, quedan excluidos del tipo penal “*las actividades [...] relacionadas con el estudio y experimentación de los fenómenos psíquicos o parasicológicos o la difusión de valores humanísticos o espiritualistas u otros fines análogos ajenos a los religiosos*” (art. 3.2 LOLR).

Además del carácter religioso se exige en el art. 523 CP que se traten de actos, funciones, ceremonias o manifestaciones propios de las confesiones religiosas inscritas. A este respecto, se reconoce en el art. 6 LOLR que “*las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas tendrán plena autonomía y podrán establecer sus propias normas de organización, régimen interno y régimen de su personal*”. Será dentro de estas normas donde se establecerán y definirán cuáles son los ritos y actos propios de cada confesión. Con respecto a la religión islámica, establece el art. 6 de la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España⁹² que “*son funciones islámicas de culto, formación y asistencia religiosa, las que lo sean de acuerdo con la ley y la tradición islámica, emanadas del Corán o de la Sunna*”.

En los antecedentes de hecho se hace referencia a que Alexis y demás afiliados de “*Acción Inmediata*” irrumpen durante el rezo del *Magrib*, que se trata de la oración de la puesta de sol, realizada poco después del ocaso. En el Corán se estipula la oración como segundo pilar fundamental para todo musulmán, por detrás de la profesión de la fe, de modo que deben rezar cinco veces al día en dirección a La Meca, siendo el *Magrib*, la cuarta oración del día. Por tanto, con la acción llevada a cabo por los sujetos activos se ha impedido que los creyentes pudiesen officiar el acto religioso propio de su confesión.

En base a lo anterior, se cumplen cada uno de los presupuestos objetivos del tipo definido en el art. 523 CP por lo que resulta preciso analizar la concurrencia del tipo subjetivo. Si bien el precepto no incluye ningún elemento subjetivo específico, es necesario el dolo en el sujeto activo de que está ante un acto o manifestación de las confesiones religiosas y que con la acción de violencia, amenaza, tumulto o vía de hecho desplegada se perturba, impide o interrumpe dicho acto⁹³.

⁹⁰ En la SAP de Madrid, de 16 de diciembre de 2016, FJ 3º (JUR/2016/270986) se descarta la concurrencia del art. 523 CP por cuanto que en el momento de comisión de los hechos “*no se estaba celebrando propiamente ninguna ceremonia o rito religioso, por más que algunos feligreses se encontraban rezando*”.

⁹¹ MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: *Comentarios al Código Penal*, op. cit., p. 1537.

⁹² Publicado en BOE núm. 272, de 12 de noviembre de 1992, pp. 38214 a 38217 (BOE-A-1992-24855).

⁹³ En el AJI de Córdoba, de 15 de septiembre de 2010 (ARP\2011\246) se consideró que no concurría un ánimo concreto, en el grupo de personas que realizó un acto de oración según el rito de la religión musulmana en la Catedral de Córdoba, de interrumpir la manifestación religiosa estática de exposición del Altísimo que con ocasión de la Semana Santa estaba teniendo lugar, por cuanto resultaría “*lógico pensar para cualquier persona profana que no se estaría afectando ni importunando ningún concreto acto de rito propio de la religión católica*”.

No cabe pensar que los sujetos activos actuaron desde la ignorancia de realidades de fácil conocimiento como la hora y lugar de celebración del culto islámico. Además, en el supuesto hipotético de que éstos desconociesen que se celebraba un acto religioso, al entrar en la mezquita, se tendrían que haber apercibido de la interrupción del acto que allí se celebraba y, sin embargo, no optaron por marcharse sino por rociar a los fieles que se congregaban.

Por último, la norma distingue, a efectos punitivos, según la conducta se lleve a cabo en sitio destinado al culto o en cualquier otro lugar, presumiendo *iuris et de iure* mayor gravedad en la primera. El lugar destinado al culto abarca aquel cuya función es exclusivamente la de culto como iglesias, mezquitas, sinagogas o lugares de semejantes características⁹⁴. Por lo tanto, al haberse efectuado el ilícito penal en una mezquita, resulta de aplicación la pena mayor.

5.2.3 Delito de riña tumultuaria (art. 154 CP)

Tras las actuaciones de Alexis y del grupo de afiliados de Acción Inmediata se provocó una reyerta en la que hubo cuarenta heridos. Ante esto, cabe plantearse si Alexis podría haber incurrido en un delito de riña tumultuaria tipificado en el art. 154 CP. Para la aplicación de este ilícito deben presentarse tres elementos conjuntamente: participación en la riña, acometimiento recíproco y utilización de medios o instrumentos peligrosos⁹⁵. Por lo tanto, el CP no castiga la mera participación en riña sino la intervención utilizando medios o instrumentos que pongan en peligro la vida o la integridad física. Ante esto, existe la posibilidad de que sea autor del delito la persona que porte dicho instrumento peligroso pero no se extiende este uso individual a los restantes contendientes⁹⁶.

En el caso que nos atañe, si bien Alexis ha participado en la riña no ha usado ningún medio o instrumento peligroso de tal forma que su conducta no puede integrarse en el tipo penal descrito. Esto unido al hecho de que no es posible determinar si Alexis lesionó a alguna de las personas allí presentes implica que su actuación, en lo que a la riña se refiere, deba ser calificada como penalmente impune.

5.3 Determinación de la participación.

Alexis es eventual responsable de un delito de impedir, interrumpir o perturbar los actos de confesiones religiosas, tipificado en el art. 523 CP. Esta responsabilidad lo es en concepto de autoría por su participación directa en los hechos enjuiciados (art. 28 CP) sin que concurra ninguna circunstancia modificativa de dicha responsabilidad. La pena a aplicar oscila entre seis meses y seis años por haberse ejecutado la conducta típica en un lugar destinado al culto como es la mezquita.

Por otra parte, al no ser posible determinar si Alexis lesionó a alguna de las personas congregadas, no cabe la imputación de un delito de lesiones, al tiempo que tampoco se puede apreciar la aplicación de un delito de riña tumultuaria al no haber sido usado instrumento peligroso alguno, quedando esta actuación impune penalmente.

⁹⁴ GÓMEZ TOMILLO, M.: “Delitos contra la Constitución, el orden público”, *op. cit.*, pp. 256 y 257.

⁹⁵ Vid. STS, de 29 de enero de 1999, FJ 2º (RJ\1999\490).

⁹⁶ MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: *Comentarios al Código Penal*, *op. cit.*, p. 621.

CUESTIÓN 6: Dictamen sobre la eventual responsabilidad de Vigaray por el incidente del día 17 de marzo.

6.1 Antecedentes de hecho.

El día 17 de marzo [día de la solemne apertura de la legislatura], 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.

6.2 Fundamentos Jurídicos.

6.2.1 Delito de perturbación del orden (art. 558 CP).

Las actuaciones de Vigaray podrían ser constitutivas de un delito de perturbación del orden previsto y penado en el art. 558 CP. Establece este precepto, de forma específica, una enumeración de lugares y actos en los que podría ocasionarse el resultado típico tales como: la audiencia de un tribunal o juzgado, actos públicos propios de cualquier autoridad o corporación, colegio electoral, oficina o establecimiento público, centro docente y espectáculos deportivos o culturales. La concreción del ámbito espacial en el que se realiza la perturbación del orden resulta de vital importancia por cuanto la concurrencia de este elemento específico produce el desplazamiento del tipo básico de desórdenes públicos, reconocido en el art. 557 CP, a favor de este tipo cualificado⁹⁷.

A este respecto, hay que tener en cuenta que los hechos se producen en las inmediaciones del Congreso de los Diputados con ocasión a la apertura de la nueva legislatura. Esta solemne ceremonia aparece recogida en el art. 5 del RCD que dispone que: “*dentro del plazo de los quince días siguientes a la celebración de la sesión constitutiva, tendrá lugar la solemne sesión de apertura de la legislatura*”. Ante esta previsión legal, se puede considerar que estamos ante un acto oficial de las Cámaras, es decir, un “*acto público propio de autoridad*”, cuyo normal desarrollo quedará, por tanto, amparado en el art. 558 CP, al resultar de preferente aplicación. Ante esto, resulta preciso examinar si se cumplen los demás elementos objetivos caracterizadores de este tipo.

En lo que respecta a la conducta típica, el precepto no describe ningún medio comisivo determinado, por lo que cualquier actividad que se muestre como idónea para perturbar el orden será típica. Hay que tener en cuenta que se alude al orden y no al orden público, expresión que se refiere al funcionamiento normal y pacífico de los lugares y actos que en dicha norma se contemplan⁹⁸. Del mismo modo lo sostiene el TS⁹⁹ que afirma lo siguiente: “*el desorden consistirá en la transgresión de las reglas o normas de disciplina y respeto a que se sujetan las audiencias, los actos de las autoridades o corporaciones y las actividades electorales en relación a Centros docentes y oficinas o establecimientos públicos*”, es decir, “*el desorden estribará en la inobservancia de las normas que rigen*

⁹⁷ Vid. SJP de San Sebastián, de 16 de junio de 2005, FJ2º (ARP\2005\479).

⁹⁸ VALIENTE IVANEZ, V.: “Delitos de desórdenes públicos”, en AAVV, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. (CORCOY BIDASOLO, M., Dir.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 749.

⁹⁹ Vid. STS, de 27 de septiembre de 1999, FJ 2º (RJ\1999\8083).

el funcionamiento de tales lugares”. A este respecto, la apertura de la legislatura se trata de una ceremonia solemne que, como tal, comporta una serie de formalismos que se han de respetar, entre ellos, la entrada del Jefe de Estado. No obstante, el carácter público del acto hace presuponer que la perturbación tendrá, asimismo, el carácter de pública¹⁰⁰.

Si bien se ha producido la perturbación del orden, esto no es suficiente para entenderse ejecutado el delito, sino que se requiere que el resultado de la perturbación sea grave, es decir, que revista una cierta entidad o relevancia. Para apreciar dicha gravedad se debe atender a las circunstancias del caso¹⁰¹. En primer lugar, hay que tener en consideración la trascendencia del acto que Vigaray ha interrumpido debido a su importancia en la esfera política así como a su repercusión pública. En segundo lugar, cabe atender a los medios utilizados por Vigaray, consistentes en traspasar el cordón de seguridad formado por la policía y abalanzarse contra el vehículo, favoreciendo y amparando, con sus actuaciones, la realización, por otros componentes del grupo, de nuevos actos violentos contra los agentes, después de que éste fuese detenido. En la intensidad de la perturbación del orden, Vigaray incluso llegó a amenazar al Jefe del Estado. En tercer lugar y, por último, se debe valorar la duración de la perturbación, es decir, si los hechos se caracterizan por su carácter pasajero o bien existe una evidente persistencia en la resolución criminal¹⁰². Si bien no se hace referencia en el caso de cuál ha sido el tiempo de duración de las actuaciones, cabe apreciar la persistencia en base a que no existe desistimiento por parte de los activistas sino que es la policía la que tiene que intervenir y poner fin a la perturbación. En definitiva, sí es posible apreciar la gravedad en el supuesto planteado.

Por otra parte, en lo que respeta al sujeto activo del delito, el precepto no exige la concurrencia de un sujeto plural sino que éste puede ejecutarse por una sola persona. En base a esto, si bien Vigaray ha actuado en grupo, constituido por alrededor de 500 jóvenes, la mera ejecución en solitario habría sido suficiente para la imputación del ilícito. No obstante, al valerse éste de la compañía de otras personas para la comisión del delito, cabría aplicar la agravante del art. 22.2 CP consistente en *“ejecutar el hecho...aprovechando la circunstancia de auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente”*.

Por último, si bien el precepto no establece de forma explícita la finalidad de alterar el orden o la paz pública, la jurisprudencia ha entendido que el mismo, dada su ubicación entre los desórdenes públicos, demanda la concurrencia de un específico ánimo de alterar la paz pública. A este respecto, cabe decir que *“la finalidad legítima y ajena a la provocación de un desorden público, no impide la comisión del delito que nos ocupa en aquellos casos (...) en los que junto a la finalidad perseguida (...), se aprecia la aceptación por parte de los mismos de unas consecuencias evidentes y unidas de manera inescindible a su comportamiento”*¹⁰³. Por lo tanto, independientemente de cuál fuese la intención última de Vigaray o del resto de sus acompañantes, éstos conocían que simultáneamente con sus actividades perturbarían el orden del acto al que asistían. Con lo cual, cabe apreciar la presencia de los elementos objetivos y subjetivos que conforman el ilícito del art. 558 CP.

¹⁰⁰ Íbidem.

¹⁰¹ MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: *Comentarios al Código Penal, op. cit.*, p. 1593.

¹⁰² En la STS, de 27 de septiembre de 1999 (RJ/1999/8083) se estima el recurso de casación por cuanto no se aprecia la gravedad en la alteración del orden, al carecer ésta de entidad bastante, puesto que sólo se produjo una interrupción de no más de diez minutos consistente en los insultos proferidos y no existió constancia de la presencia de fricciones físicas.

¹⁰³ Vid. SAP de Navarra, de 2 de marzo de 2015, FJ 6º (ARP\2015\790).

6.2.2 Delito de amenazas al Jefe de Estado (art. 490.2 CP).

La frase “*la próxima vez encendida*” que exclama Vigaray al Jefe de Estado podría ser constitutiva de un delito de amenazas recogido en el art. 490.2 CP. Se aplicará este precepto con carácter preferente al tipo básico de amenazas, comprendido en el art. 169.2 CP, debido a la especificidad del sujeto pasivo: en este caso, el Jefe de Estado. Es decir, estamos ante un concurso de normas que debe resolverse según el principio de especialidad a favor del art. 490.2 CP. No obstante, para estimar el carácter amenazante de la expresión es necesario que se reúnan los requisitos o elementos del tipo básico.

En primer lugar, la conducta típica ha de tratarse de una conminación dirigida a una persona consistente en el anuncio de causarle a ella o a cualquier miembro de su familia o persona íntimamente vinculada a ella, un mal que sea determinado. Dicho mal debe ser constitutivo de delito, pero no de uno cualquiera sino, uno de los enumerados en el art. 169 CP: “*de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidación, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico*”. La frase que profirió Vigaray constituyó un aviso malintencionado de poder sufrir un mal el Jefe de Estado. No estamos ante una advertencia meramente cautelar efectuada con la intención de prevenir al destinatario sino, contrariamente, ante una comunicación dirigida al mismo con una clara voluntad intimidatoria y, por tanto, criminal. Además, no cabe duda de que la frase proferida por Vigaray cumple el requisito de enunciar un mal constitutivo de un delito de lesiones contra el Jefe de Estado.

En segundo lugar, el mal debe ser futuro, más o menos inmediato, injusto, posible, dependiente en su realización de la voluntad del sujeto activo, y capaz de producir en el sujeto pasivo un sentimiento de inquietud, desasosiego o intranquilidad, aunque el mismo no llegue a producirse, pues el bien jurídico protegido es la libertad personal y el derecho al sosiego y a la tranquilidad personal¹⁰⁴. A este respecto, hay que tener en cuenta que Vigaray ha conseguido llegar a lanzarle una antorcha al Jefe de Estado y, aunque nada se dice al respecto de que se le hayan causado lesiones, este hecho prueba que podría volver a producirse, con mayor gravedad, en un futuro más o menos próximo y, por tanto, su frase podría haber alterado la quietud de la persona a la cual fue dirigida.

Por último, a efectos punitivos, el art. 490.2 CP distingue la pena según la amenaza fuese grave o leve. La amenaza leve se identificaba con las faltas del derogado art. 620 CP, pero, aun suprimidas éstas por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, los criterios de valoración no han cambiado¹⁰⁵. A este respecto, se identificaría con la falta y, por tanto, como leve, el anuncio de un mal que no fuese constitutivo de delito. Por lo tanto, cabe determinar la amenaza de Vigaray como grave y, ante esto, aplicar la pena mayor.

6.3 Determinación de la participación.

Vigaray es eventual responsable, en concepto de autor, de un delito de desorden público previsto en el art. 558 CP y penado con pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses. Además, hay que tener en cuenta la concurrencia de la circunstancia agravante de la responsabilidad criminal prevista en el art. 22.2 CP.

Asimismo, también es responsable, en concepto de autor, de un delito de amenaza al Jefe de Estado previsto en el art. 490.2 CP que, debido a la gravedad de la misma, está castigada con pena de prisión de tres a seis años.

¹⁰⁴ MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: *Comentarios al Código Penal, op. cit.*, p. 657.

¹⁰⁵ MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: *Comentarios al Código Penal, op. cit.*, p. 1473.

CUESTIÓN 7: Dictamen sobre la eventual responsabilidad de Deyverson por las falsas afirmaciones que ha realizado en su diario.

7.1 Antecedentes de hecho.

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 Democristiana sufraga sus campañas con dinero iraní y el Partido Socialdemócrata con fondos procedentes de Arabia Saudí. Ambos partidos niegan estas aseveraciones y anuncian medidas legales. Esa noche, personas no identificadas realizan pintadas amenazantes en las sedes de ambos partidos.

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

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*.

7.2 Fundamentos Jurídicos.

7.2.1 Delito de calumnia (art. 205 CP)

Los hechos anteriormente descritos parecen encajar en el tipo penal del art. 205 CP cuyo tenor literal es el que sigue: “*es calumnia la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad*”.

El bien jurídico protegido es el derecho al honor reconocido constitucionalmente en el art. 18.1 CE. Mas no existe una definición de este término dentro del ordenamiento jurídico puesto que como afirma la STC, de 26 de septiembre de 1995, FJ 5º (RTC\1995\139): “*Se trata de un concepto dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento, que encaja sin dificultad, por tanto, en la categoría conocida de conceptos jurídicos indeterminados*”¹⁰⁶. Afirma BOLEA BARDÓN¹⁰⁷ que conviven en la doctrina penal tres conceptos de honor. Primero, el honor en sentido

¹⁰⁶ En el mismo sentido se han pronunciado sentencias posteriores: STC de 14 de abril de 2008, FJ 3º (RTC\2008\51); STC de 25 de febrero de 2002, FJ 5º (RTC\2002\52); STC de 26 de febrero de 2001, FJ 5º (RTC\2001\49).

¹⁰⁷ BOLEA BARDÓN, C.; “Delitos contra el honor”, en AAVV, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. (CORCOY BIDASOLO, M., Dir.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 337 y 338.

subjetivo que hace referencia a la valoración que uno hace de sí mismo (autoestima). Segundo, el honor en sentido objetivo que se identifica con la fama o reputación de la que goza el individuo en la vida social (heteroestima). Tercero, el honor en sentido normativo que se vincula con la dignidad de la persona.

La delimitación del concepto de honor resulta fundamental a fin de determinar quiénes pueden ser titulares de este bien jurídico y, por tanto, convertirse en sujeto pasivo ante una lesión del mismo. No existe duda de que los agentes de la Policía Nacional al tratarse de personas físicas tienen derecho al honor por el mero hecho ser persona. Sin embargo, la vinculación del honor a la dignidad humana provoca que la doctrina mayoritaria considere que no se pueden reputar a las personas jurídicas, en este caso el Partido Socialdemócrata y la Unión Demócrata, como sujetos pasivos del derecho al honor¹⁰⁸.

También el TC se mostraba contrario a que las personas jurídicas pudieran ser titulares del derecho al honor en atención al carácter personalista de este derecho. Sin embargo, con la STC de 26 de septiembre de 1995, FJ 5º (RTC\1995\139) se produce un giro jurisprudencial al establecer que: *“aunque el honor es un valor referible a las personas individualmente consideradas, el derecho a la propia estimación o al buen nombre o reputación en que consiste, no es patrimonio exclusivo de las mismas”*. Dispone esta sentencia que: *“la persona jurídica también puede ver lesionado su derecho al honor a través de la divulgación de hechos concernientes a su entidad, cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena”*. De modo específico, se argumenta en la STC de 28 de mayo de 2014, FJ 3º (RTC\2014\79) que: *“no cabe excluir a los partidos políticos de la protección que dimana el derecho al honor frente a aquellas afirmaciones y expresiones que los difamen o los hagan desmerecer en la consideración ajena”*.

Por otra parte, al extinguirse la personalidad por la muerte de la persona, considera parte de la doctrina que tampoco pueden los difuntos ser sujetos pasivos. Recordemos, a este respecto, que al Sr. Camarasa varios individuos no identificados le causan la muerte. Sin embargo, la protección del derecho al honor se determina según el momento en que se produce la lesión y ésta ya se había ejecutado en vida. En base a todo lo anterior, gozan del derecho al honor todos los sujetos difamados en el caso que nos ocupa. Ante esto, es menester analizar si concurren los elementos objetivos caracterizadores del delito de calumnia a fin de imputar este tipo penal al correspondiente sujeto activo.

La conducta típica de la calumnia consiste en la imputación de un hecho falso constitutivo de un delito¹⁰⁹. Dicha imputación debe referirse a hechos concretos y hacerse contra personas determinadas o determinables sin requerir una calificación jurídica por parte del autor¹¹⁰. En cuanto al suceso primero, el diario *“Nuestra Fuerza”* acusa a los partidos políticos Unión Demócrata y Partido Socialdemócrata de sufragar sus campañas con dinero procedente de estados extranjeros, hecho que de ajustarse a la realidad sería subsumible en un delito de financiación ilegal. En lo que respecta al segundo hecho, el reportaje firmado por Deyverson acusa al Sr. Camarasa y demás agentes de policía de

¹⁰⁸ BOLEA BARDÓN, C.; “Delitos contra el honor”, *op.cit.*, pp. 337.

¹⁰⁹ No se tiene en cuenta la gravedad de la infracción penal imputada ni la forma de intervención en el delito (autoría o participación) ni tampoco el grado de ejecución alcanzado (tentativa o consumación). Tampoco se distingue si los delitos son públicos o sólo perseguibles a instancia de parte, a diferencia del CP anterior que limitaba la calumnia a la imputación de delitos perseguibles de oficio.

¹¹⁰ MUÑOZ CONDE, F.; *Derecho Penal. Parte Especial.*, *op. cit.*, p. 266.

torturar a miembros de “Acción Inmediata”, de tal forma que les culpa de un delito de torturas realizadas por autoridad o funcionario público recogido en el art. 174.1 CP.

Cabe hacer especial mención a la STS de 4 de julio de 2012 (RJ\2012\8020) en la que se confirma la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid y, por tanto, se condena a una periodista por afirmar en el programa televisivo “59 segundos” que detrás del partido político “Ciudadanos de Cataluña” estaba la FAES dando por sobreentendido su apoyo económico a aquel partido. Considera el TS que no fueron “*meras opiniones sino informaciones inveraces*” que “*atentan contra el honor, buen nombre y prestigio de la actora al imputarla una actividad que no sólo vulneraría sus Estatutos en cuanto al objeto y fines que en ellos se definen, sino que también quebraría lo previsto tanto en la propia Ley de Régimen Electoral como en la entonces Ley Orgánica 3/1987, sobre Financiación de los Partidos Políticos*”.

Sin embargo, no basta la mera imputación de un delito para encajar los hechos en el tipo de calumnias, sino que se exige la condición necesaria de que la acusación sea falsa¹¹¹. A este respecto, establece el art. 207 CP que “*el acusado por delito de calumnia quedará exento de toda pena probando el hecho criminal que hubiere imputado*”. No obstante, en lo que atañe al caso, la Comisión Parlamentaria de Investigación corroboró la falsedad de todas las acusaciones publicadas en el diario “*Nuestra Fuerza*” cumpliéndose, por tanto, este requisito.

En relación al tipo subjetivo, la imputación de un delito se debe realizar “*con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio a la verdad*”. Indica la STS de 12 de diciembre de 2012, FJ 4º (RJ\2013\227) que: “*la descripción típica actual configura el delito de calumnias como una infracción eminentemente dolosa, que ya sea en la forma de dolo directo –conocimiento de la falsedad de la imputación- o en la modalidad de dolo eventual –temerario desprecio hacia la verdad-, agotan el tipo subjetivo*” quedando excluidos, por tanto, los supuestos de imprudencia. El precepto obliga, por tanto, a decidir si el sujeto era consciente de la falsedad de su afirmación o, cuando menos, le importaba muy poco que fuese cierta o falsa, de modo que no se preocupó lo más mínimo de contrastar su exactitud¹¹². Cabe pensar que en ambos reportajes las acusaciones realizadas en el diario “*Nuestra Fuerza*” han sido efectuadas en la modalidad de dolo eventual por cuanto no se conocía la certera falsedad o veracidad de lo publicado sino que se limitaron a exteriorizar consideraciones en el primer hecho o rumores que circulaban entre los seguidores de Acción Inmediata en atención al segundo.

Precisamente por no haber comprobado Deyverson la veracidad de las noticias publicadas no puede ampararse en el derecho a la libertad de expresión y, concretamente, en el derecho a “*comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión*” [art. 20.1.d) CE]. Así pues, para el TC “*información veraz en el sentido del art. 20.1.d), significa información comprobada según los cánones de la profesionalidad informativa, excluyendo invenciones, rumores o meras insidias*”¹¹³. No puede apreciarse la diligencia adecuada de un profesional en las publicaciones de Deyverson y, por tanto, estas serán penalmente típicas.

¹¹¹ MUÑOZ CONDE, F.; *Derecho Penal. Parte Especial.*, op. cit., p. 266.

¹¹² BOLEA BARDÓN, C.; “Delitos contra el honor”, op. cit., pp. 341.

¹¹³ Vid. STC de 26 de septiembre de 1995, FJ 7º (RTC\1995\139).

Se debe tener en cuenta a efectos punitivos que las calumnias se han propagado con publicidad al ser expuestas en el diario online “*Nuestra Fuerza*”. A este respecto, establece el art. 211 CP que “*la calumnia y la injuria se reputarán hechas con publicidad cuando se propaguen por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio de eficacia semejante*” encajándose un diario online dentro de la última categoría. Así apreció la SAP de A Coruña, de 18 de julio de 2014, FJ 2º (JUR\2014\214848) el subtipo agravado por la utilización de “*un medio de acceso público, como es internet, en el que el autor deja de tener el control claro sobre su destino y sobre la limitación de acceso a terceros*”, especificando que “*internet es uno de los medios más potentes de propagación [...] que actualmente existen en la sociedad y en cualquier caso de eficacia semejante a la imprenta o la radiodifusión*”.

La calumnia cometida con publicidad se castiga con una pena más severa al considerarse que cuanto mayor sea la difusión del hecho falso, mayor será el daño al bien jurídico protegido y más difícil su reparación. Prevé el art. 206 CP para este tipo de calumnias una pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses, siendo el único delito contra el honor que tiene prevista una pena privativa de libertad.

El principio de intervención mínima del Derecho Penal exige que sólo se atribuya relevancia jurídico-penal a los ataques al honor especialmente graves quedando los restantes amparados en la vía civil. No obstante, se establece en el art. 1.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil de derechos al honor, intimidad personal y propia imagen¹¹⁴ (en adelante, LOPCDH) que “*el carácter delictivo de la intromisión no impedirá el recurso al procedimiento de tutela judicial*” previsto en esta Ley. De esta forma, la conducta de Deyverson puede ser castigada simultáneamente en vía penal así como en vía civil si los agraviados interponen tanto querrela como demanda. En caso de no interponer esta última, el sujeto activo está igualmente obligado a reparar el daño causado, si su conducta resultase finalmente constitutiva de delito, mediante compensación económica que se indicará en la sentencia penal, siendo calculada esta responsabilidad civil en base a los criterios establecidos en la LOPCDH.

7.2.2 Responsabilidad por los resultados derivados de las publicaciones.

En el caso se establecen dos supuestos presuntamente relacionados con las publicaciones de “*Nuestra Fuerza*”: de un lado, se realizan pintadas amenazantes en las sedes de los partidos políticos acusados de financiación ilegal y, de otro lado, se le causa la muerte al Sr. Camarasa dejando una copia del reportaje de Deyverson sobre su cuerpo.

Resulta excesivo y poco admisible, en relación al caso que nos atañe, sostener una responsabilidad por inducción puesto que esto supondría la existencia de dolo en el autor, es decir, que éste con su acción previó, calculó y deseó el resultado finalmente ocasionado. No obstante, dada la falta de diligencia al no verificar la certeza de las afirmaciones publicadas, cabe analizar si podría imputársele al autor de dichos reportajes los delitos cometidos en la modalidad de imprudencia.

Así pues, determina el TS que “*puede reputarse autor de un determinado hecho punible, no solamente a quien hubiese realizado la acción directamente productora del resultado típico, como v.g. la de matar en los delitos de homicidio o asesinato, sino también a quien,*

¹¹⁴ Publicado en BOE núm. 115, de 14 de mayo de 1982, pp. 12546 a 12548 (BOE-A-1982-11196).

sin haberla realizado, hubiese causado el resultado y, asimismo, que un resultado típico de los delitos de lesión, puede ser causal, aun sin que entre ellas hubiese mediado acuerdo o ni siquiera se conociesen entre sí, siéndoles imputable el resultado en atención a su grado de culpabilidad, de modo que puede ser imputado a título de dolo a unas y de culpa a otras, porque aquéllas hubiesen querido el resultado y éstas no”¹¹⁵.

Por lo tanto, con carácter esencial, para poder imputar al autor del reportaje el resultado de tales hechos resulta necesaria la apreciación de un nexo causal entre las afirmaciones contenidas en sus artículos y los delitos finalmente cometidos. Determina el TC que *“la determinación del nexo causal ha de inspirarse en la valoración de las circunstancias y condiciones que en el buen sentido señale al examinar cada caso como índice de responsabilidad dentro del número y multiforme encadenamiento de causas y efectos”¹¹⁶.*

A este respecto, en lo relativo al primer supuesto, consistente en la realización de pintadas amenazantes, no puede observarse dicho nexo vinculante entre reportaje y resultado. Así pues, no existen indicios objetivos de que las personas no identificadas hayan cometido el delito atendiendo a las calumnias proferidas en el diario *“Nuestra Fuerza”*, o bien, hayan actuado motivadas por decisiones personales propias u otras circunstancias diferentes e independientes al artículo periodístico.

Sin embargo, en lo que atañe al segundo supuesto, no se puede olvidar que sobre el cuerpo sin vida del Sr. Camarasa dejan una copia del reportaje publicado por Deyverson y, en consecuencia, podría apreciarse el nexo causal entre la publicación y el homicidio. Esta conexión se observó en un supuesto similar en el cual se condenó al periodista Vinader por las publicaciones realizadas en *“Ediciones Z.S.A”* a raíz de las cuales la banda terrorista ETA asesina a dos de los hombres calumniados en su artículo.

Así pues, se determinó en la STS, de 29 de enero de 1983, (RJ\1983\702) que *“quien lanza la semilla del peligro en campo abonado en cuento se conoce que existen personas dispuestas a recogerla y llevarla a sus últimas consecuencias, no puede considerarse jurídicamente ajeno al resultado, por lo que no puede desconocerse el engarce o conexión entre éste y la imprudente conducta inicial desencante del proceso causal, que puso en peligro un bien jurídicamente protegido, como es la vida de otra persona”*.

Continúa afirmando el TS que *“el peligro, no es más que la posibilidad cognoscitiva de que se produzca el daño, por lo que cuando el daño potencial se convierta en real, ha de entenderse ligado en relación de causalidad a la referida conducta aunque sólo sea de manera mediata, especialmente, cuando [...] la posibilidad adquiriría caracteres de alta probabilidad, dado que, la información que se daba en los artículos periodísticos, marcaba, por así decirlo, a determinadas personas, con expresión de nombres y profusión de detalles, como enemigos irreconciliables de una organización que tiene como práctica habitual el dar muerte a los que, sea por la razón que fuere, reputa ser sus enemigos”*.

En lo que atañe al caso, es difícil que Deyverson pudiese prever o siquiera conjeturar que con su artículo periodístico ponía en riesgo el bien jurídicamente protegido de la vida. Así pues, si bien las opciones políticas de *“FyA”* pueden resultar cuestionables, en ningún

¹¹⁵ STS, de 29 de enero de 1983, (RJ\1983\702).

¹¹⁶ STC, de 23 de noviembre de 1983, (RTC\1983\105).

caso, se ha constatado que alrededor del partido político exista una organización criminal o banda terrorista. Tampoco se hace mención en el caso de que se hayan cometido delitos de homicidio o, siquiera, lesiones en relación a las personas vinculadas al mismo como, por ejemplo, los miembros de Acción Inmediata. Por lo tanto, cabe descartar también la existencia de nexo causal en este supuesto.

7.3 Determinación de la participación.

En atención a los delitos de calumnias contra los partidos políticos: Unión Demócrata y Partido Socialdemócrata, se dice textualmente “*Nuestra Fuerza publica un reportaje*” de tal forma que no se conoce con seguridad si es Deyverson el autor de la noticia. Si así lo fuese su responsabilidad penal lo sería en concepto de autoría y en caso contrario sería impune penalmente. Por otra parte, si bien éste es el director del diario, nada se sabe acerca de la propiedad del medio electrónico y, a este respecto, hay que tener en cuenta que será responsable civil solidaria “*la persona física o jurídica propietaria del medio informativo a través del cual se haya propagado la calumnia o injuria*” (art. 212 CP).

En lo relativo a las calumnias contra el Sr. Camarasa y restantes agentes, se especifica que “*en un reportaje firmado por Deyverson, Nuestra Fuerza publica que Vigaray y otros miembros de Acción Inmediata han sido torturados*” de tal forma que es posible imputar, sin lugar a dudas, un delito de calumnias en concepto de autor a Deyverson. La comisión del delito se castigará en la modalidad agravada de publicidad prevista en el art. 206 CP con una pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de la responsabilidad civil que pudiera derivarse.

Finalmente, no es posible considerar a Deyverson como autor imprudente por los resultados de las pintadas amenazantes ni de la muerte del Sr. Camarasa por cuanto no se puede apreciar en ninguno de ellos el nexo causal estrictamente necesario.

BLOQUE III: Análisis de cuestión de Derecho Procesal

CUESTIÓN 8: Dictamen sobre los pasos procesales y órganos jurisdiccionales competentes ante las eventuales responsabilidades de Theo y Alexis.

8.1 La prerrogativa de la inmunidad parlamentaria.

Tanto Theo como Alexis alcanzaron la condición de diputados el día 4 de marzo y, por lo tanto, opera para ellos la inmunidad recogida en el art. 71.2 CE, al disponer este precepto que “*durante su mandato los Diputados y Senadores gozarán asimismo de inmunidad y sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito*”. De igual modo se contempla en el art. 11 RCD, de aplicabilidad en este caso, así como en el art. 22 RS.

La inmunidad se trata de una “*prerrogativa de naturaleza formal que protege la libertad personal de los representantes populares contra detenciones y procesos judiciales, que pueden desembocar en privación de libertad*”¹¹⁷. La fundamentación de esta medida no estriba en la improcedencia de las acciones penales dirigidas contra los parlamentarios, puesto que no hay mayor defensa frente a tales riesgos o defectos de tipo jurídico que la proporcionada por la jurisdicción ordinaria, sino en la necesidad de evitar que la vía penal sea usada con la intención de perturbar el funcionamiento de las Cámaras o de alterar la composición que a las mismas ha dado la voluntad popular¹¹⁸. Así pues, la inmunidad se trata de una prerrogativa de carácter colectivo en el sentido de que protege al Parlamento en su conjunto y, a su vez, es también personal porque protege a cada parlamentario considerado de forma individual¹¹⁹.

En base a la finalidad que persigue dicha prerrogativa, ésta podría utilizarse ante eventuales procesos penales que pudieran incoarse frente a los miembros de las Cámaras por actos producidos tanto antes como durante su mandato, en la medida en que de dichos procesamientos pueda resultar la imposibilidad de un parlamentario de cumplir efectivamente sus funciones¹²⁰. Por lo tanto, podrían ampararse en la inmunidad los eventuales delitos cometidos por Theo y Alexis antes de ser diputados así como los ejecutados durante su mandato parlamentario.

No se puede configurar la inmunidad como una causa de exención de la pena, de ser así iría en contra de la propia finalidad de la inmunidad, sino que se trata de una condición de procedibilidad¹²¹. A este respecto, establece el art. 71.2 CE que los diputados y senadores “*no podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva*”. Es decir, el órgano que conozca de un procedimiento contra un parlamentario deberá obtener la autorización favorable de la Cámara pertinente, el Congreso de los Diputados o el Senado, para poder proseguir la causa contra el mismo.

¹¹⁷ Vid. STC, de 18 de enero de 1990, FJ 3º (RTC\1990\9).

¹¹⁸ FERNÁNDEZ SEGADO, F.: “La doctrina constitucional sobre las prerrogativas parlamentarias en España”, en *Foro, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, núm. 14, 2011, p. 38.

¹¹⁹ GUDE FERNÁNDEZ, A.: “La inmunidad parlamentaria en la doctrina constitucional”, en *Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, núm. 1, 1994, p. 269.

¹²⁰ FERNÁNDEZ SEGADO, F.: “La doctrina constitucional sobre las prerrogativas parlamentarias en España”, *op.cit.*, p. 38.

¹²¹ GUDE FERNÁNDEZ, A.: “La inmunidad parlamentaria en la doctrina constitucional”, *op. cit.*, p. 270.

Así pues, sólo las Cámaras pueden valorar el significado político que conllevarán las acciones penales contra un diputado y, no así, los órganos jurisdiccionales ordinarios.

En base al art. 755 del RD, de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹²² (en adelante, LECrim), *“la autorización se pedirá en forma de suplicatorio, remitiendo con éste, y con carácter de reservado, el testimonio de los cargos que resulten contra el Senador o Diputado, con inclusión de los dictámenes del Fiscal y de las peticiones particulares en que se haya solicitado la autorización”*.

A este respecto, ha resultado problemático el momento en que el órgano jurisdiccional debe de solicitar dicho suplicatorio a las Cámaras. Finalmente, el TC ha considerado que la prerrogativa de la inmunidad no impide que el juez pueda llevar a cabo las investigaciones oportunas sobre las actuaciones de un parlamentario, en la medida que éstas no suponen impedimento alguno a que éste desarrolle sus funciones con naturalidad. No obstante, la inmunidad *“veda la realización de actos que en sí mismos determinen la sujeción de un parlamentario a un procedimiento penal, ya sea mediante la expresión de un juicio oral de inculpación o a través de la práctica de otras diligencias que materialmente entrañen ese mismo significado”*¹²³. Esto implica que desde el momento en que el juez cuente con elementos suficientes para adoptar alguno de los referidos actos, está obligado a solicitar inmediatamente el suplicatorio.

Recibido el suplicatorio por el Congreso de los Diputados, Cámara competente en el caso que nos atañe, el Presidente de la misma deberá remitirlo, en el plazo de cinco días, a la Comisión Permanente del Estatuto de los Diputados. Esta Comisión deberá emitir un informe sobre la cuestión en el plazo de treinta días, previa audiencia del interesado para que presente las alegaciones que considere oportunas. Concluido su trabajo, la solicitud de suplicatorio será sometida a votación en el pleno ordinario de la Cámara (art. 13 RCD). En el plazo de ocho días, contados a partir del acuerdo del pleno de la Cámara sobre la concesión o la denegación de la autorización solicitada, el Presidente del Congreso dará traslado del mismo a la autoridad judicial, advirtiéndole de la obligación de comunicar a la Cámara los autos y sentencias que afecten al diputado en cuestión (art. 14 RCD).

Estos pasos procesales para la solicitud del suplicatorio suponen una interrupción de la acción de la justicia. Esta paralización será temporal en caso de que dicho suplicatorio resulte favorable o, definitiva, en caso contrario. Así pues, en el supuesto de que finalmente las Cámaras denieguen la autorización, establece el art. 754 LECrim que se sobreseerá al parlamentario. De igual modo, la Ley, de 9 de febrero de 1912, por la que se regula la jurisdicción y procedimientos especiales en las causas contra diputados y senadores¹²⁴, dispone en su art. 7.1 que *“si el Senado o el Congreso denegasen la autorización para procesar, se comunicará el acuerdo al Tribunal requirente, que dispondrá el sobreseimiento libre respecto al senador o diputado”*. El sobreseimiento libre supone el archivo definitivo de la causa y la imposibilidad de reabirla una vez concluido el mandato parlamentario.

Se trata esto último de un aspecto fuertemente criticado por cuanto pone en entredicho la finalidad propia de la inmunidad. Así pues, si realmente ésta no es privilegio personal y

¹²² Publicado en BOE núm.260, de 17 de septiembre de 1882 (BOE-A-1882-6036).

¹²³ STC, de 4 de junio de 2001, FJ 5º (RTC\2001\123).

¹²⁴ Publicada en BOE núm. 41, de 10 de febrero de 1912 (BOE-A-1912-1123).

trata de garantizar el normal desarrollo del cargo y la vida parlamentaria, parece razonable que, denegada la autorización parlamentaria, se permitiese la reinterposición de la acción, una vez que el obstáculo hubiese desaparecido, por la dimisión del parlamentario o por el término de la legislatura salvo que se ocasionase la reelección¹²⁵. Así pues, existe con respecto a la inmunidad un límite temporal de tal forma que, siendo ésta inherente al cargo parlamentario, debe expirar, por tanto, llegada la conclusión del mismo.

La inmunidad además de suponer la imposibilidad de procesamiento, sin previa autorización de la Cámara pertinente, también implica la imposibilidad de detención salvo en el supuesto de flagrante delito. Según el art. 779 LECrim se debe considerar por tal “*aquel que se estuviere cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente o delincuentes sean sorprendidos*”. La razón de esta excepción es que en este supuesto resulta descartable cualquier móvil político por razón de las circunstancias. No obstante, dispone el art. 751 LECrim que en las veinticuatro horas siguientes a la detención o procesamiento deberá ponerse el hecho en conocimiento del cuerpo colegislador que corresponda.

8.2 El aforamiento.

El aforamiento constituye una especialidad procesal que consiste en una alteración de la regla general de atribución de la competencia objetiva de un determinado tribunal por razón de la cualidad del sujeto encausado. Ante esto, se atribuye la inculpación, procesamiento, juicio y adopción de medidas procesales pertinentes a un órgano diferente de aquél que de ordinario viene a resolver tales asuntos¹²⁶.

En lo relativo a los cargos parlamentarios, el aforamiento se encuentra previsto en el art. 71.3 CE que dispone que “*en las causas contra diputados y senadores será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo*”. Dicha atribución competencial también está prevista legalmente en el art. 57.2 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial¹²⁷ (en adelante, LOPJ) que prevé que conocerá la Sala de lo Penal del TS de la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra diputados y senadores.

El ámbito temporal opera, al igual que el caso de la inmunidad y a diferencia de la inviolabilidad, en tanto que el imputado ostenta la condición cuya función se protege. No obstante, fuera del período de su mandato, la competencia de la Sala de lo Penal del TS se extiende a los hechos cometidos que estuviesen directamente relacionados con el ejercicio de la función pública inherente al cargo representativo¹²⁸.

Por último, cabe decir que la finalidad del aforamiento es, en palabras del TC, “*proteger la propia independencia y sosiego, tanto del órgano legislativo como del jurisdiccional, frente a potenciales presiones externas o las que pudiese ejercer el propio encausado por razón del cargo político e institucional que desempeña*”¹²⁹.

¹²⁵ FERNÁNDEZ SEGADO, F.: “La doctrina constitucional sobre las prerrogativas parlamentarias en España”, *op.cit.*, p. 44.

¹²⁶ MARTÍNEZ ALARCÓN, M.L.: “El aforamiento de los cargos públicos. Derecho español y Derecho comparado”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 35, 2015, p. 438.

¹²⁷ Publicado en BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985, p. 20632 (BOE-A-1985-12666).

¹²⁸ ESPIGADO GUEDES, D.: “Los privilegios parlamentarios en cuestión. Una revisión de la inmunidad y el aforamiento en el Derecho español”, en *Revista Online de Estudiantes de Derecho*, núm. 3, 2013, p.7.

¹²⁹ STC, de 11 de febrero de 1997, FJ 6º (RTC\1997\22).

Conclusiones generales

Cuestión 1

- La sentencia de ilegalización y disolución de “*Fuerza y Acción*” conllevará, de forma directa, las cuatro consecuencias jurídicas previstas expresamente en la legislación. Primera, la cancelación de la inscripción registral (art. 11.8 LOPP). Segunda, la cesación inmediata de toda actividad [art. 12.1.a) LOPP]. Tercera, la prohibición de la sucesión o continuación de otros partidos en fraude de ley o con abuso de personalidad jurídica [art. 12.1.b) LOPP]. Cuarta y última, la liquidación de su patrimonio a favor de actividades de interés social [art. 12.1.c) LOPP].
- Aunque no existe previsión legal expresa al respecto, de la praxis jurisprudencial se han derivado como efectos colaterales de la ilegalización de un partido político la disolución de sus grupos parlamentarios así como de las agrupaciones de electores con respecto a las cuales existan indicios objetivos de la continuidad con el partido disuelto. No obstante, la juventud del partido “*FyA*” junto al hecho de que sólo mantiene dos diputados en el Congreso, denota la escasa probabilidad de que se hubiesen constituido grupos o asociaciones con respecto a este partido.
- La disolución de “*FyA*” no afectará a la condición de parlamentarios de Theo y Alexis que en virtud del derecho de participación política recogido en el art. 23 CE podrán permanecer en el desarrollo de las funciones inherentes a sus cargos.

Cuestión 2

- En la fundamentación jurídica de la demanda de amparo se puede invocar la vulneración del derecho de asociación (art. 22 CE), en lo que atañe a la vertiente de creación de partidos políticos (art. 6 CE), así como la conculcación de la libertad ideológica (art. 16 CE) y de la libertad de expresión [art. 20.1.a) CE].
- Interpuesto el recurso de amparo se agota la vía judicial interna de tal forma que sólo cabe acudir a la esfera internacional, en concreto, al TEDH por haberse privado al partido político de las libertades y derechos proclamados en el CEDH, específicamente, el derecho de asociación (art. 11 CEDH) así como la libertad de expresión (art. 10 CEDH).

Cuestión 3

- El contenido islamófobo de las canciones incluidas en el álbum “*La Ley del Altísimo*” podría ser constitutivo de un delito de provocación a la discriminación, odio o violencia contra grupos (art. 510.1 CP). Así pues, no puede ampararse en la libertad de expresión el “*discurso del odio*” o “*hate speech*”, es decir, manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo con el ánimo de discriminar o menospreciar a personas o grupos por sus propias circunstancias personales, éticas o sociales.

- Theo y Alexis han realizado las conductas típicas de la letra b) del art. 510.1 CP al producir, elaborar y facilitar el acceso de sus canciones, al mismo tiempo que, mediante esta última, también han ejecutado la de la letra a) del art. 510.1 CP de fomentar al odio. A fin de no conculcar la prohibición del “*nom bis in ídem*”, cabría aplicar un concurso de normas empleando la regla de la subsidiariedad a favor de la letra a) dado que es la que implica una mayor probabilidad de lesión al bien jurídico protegido al comportar una verdadera generación de un clima que pueda estimular odio, discriminación o violencia. Finalmente, la pena de este precepto se impondrá en su mitad superior por ser aplicable la modalidad agravada de publicidad (art. 510.3 CP).

Cuestión 4

- La frase exclamada por Theo en la que acusa al Partido Socialdemócrata de fomentar los atentados terroristas islámicos podría ser constitutiva de un delito de calumnia (art. 205 CP). Ésta deberá castigarse en la pena máxima prevista en el CP por haberse proferido durante campaña electoral (art. 148 LOREG).
- La expresión “*vais a salir todos de aquí con los pies por delante y le vamos a prender fuego a este edificio*” convierte a Alexis en eventual responsable de un delito de amenaza. No puede la misma ampararse en la inviolabilidad por cuanto que, a pesar de que se cumple el ámbito espacial, temporal y funcional, no guarda vinculación material con lo debatido o tratado en el hemiciclo.
- Sí se ampararía en la prerrogativa de la inviolabilidad la frase “*renunciamos a toda vía de entendimiento con torturadores y traidores*” puesto que se trata de una manifestación de voluntad y de pensamiento que sí guarda relación directa con el ejercicio de un acto parlamentario. En lo relativo a las restantes declaraciones, éstas no se acogerían bajo la protección de la inviolabilidad por cuanto no son constitutivas de delito alguno.

Cuestión 5

- Alexis es eventual responsable de un delito de impedir, interrumpir o perturbar los actos de una confesión religiosa (art. 523 CP). Se impondrá la pena mayor prevista para el tipo penal por realizarse la conducta en lugar destinado al culto.
- Al no ser posible determinar si Alexis lesionó a alguna de las personas congregadas, no cabe la imputación de un delito de lesiones, al tiempo que tampoco se puede apreciar la aplicación de un delito de riña tumultuaria al no haber sido usado instrumento peligroso alguno.

Cuestión 6

- Las actuaciones de Vigaray podrían ser constitutivas de un delito de perturbación del orden previsto y penado en el art. 558 CP. Se producen los hechos con ocasión de la solemne apertura de la legislatura que se trata de un acto oficial de las Cámaras en base a la previsión legal existente en el art. 5 RCD. Este ámbito espacial concreto produce el desplazamiento del tipo básico del art. 557 CP a favor de este tipo cualificado. En suma, debe tenerse en cuenta que al valerse Vigaray de la compañía de otras personas para la comisión del delito cabría aplicar la agravante del art. 22.2 CP.
- La frase “*la próxima vez encendida*” que exclama Vigaray al Jefe de Estado podría ser constitutiva de un delito de amenazas recogido en el art. 490.2 CP.

Cuestión 7

- Deyverson es eventual responsable de un delito de calumnias por acusar al Sr. Camarasa y demás agentes de policía de torturas. Así mismo, si éste fuese el autor del reportaje sobre financiación ilegal de los partidos políticos también sería eventual responsable de calumnia por estos hechos. La comisión del ilícito se castigará en la modalidad agravada de publicidad prevista en el art. 206 CP, sin perjuicio de la responsabilidad civil que pudiera derivarse.
- Los hechos relativos a las pintadas en las sedes de los partidos así como al homicidio del Sr. Camarasa, presuntamente relacionados con los reportajes de “*Nuestra Fuerza*”, no pueden responsabilizar a Deyverson por delito imprudente alguno. Así pues, en relación al primero no existe nexo causal por cuanto no se aprecian indicios objetivos de que los autores hayan cometido el delito motivados por las calumnias proferidas, o bien, por cualesquiera otras circunstancias independientes del artículo. Respecto al segundo hecho, tampoco es posible apreciar el nexo causal puesto que Deyverson no podía prever, ni siquiera, conjeturar que con su reportaje se podría lesionar un bien jurídico protegido.

Cuestión 8

- Los eventuales delitos cometidos por Theo y Alexis, tanto los ejecutados antes como durante su mandato, podrían ampararse en la prerrogativa de la inmunidad parlamentaria reconocida en los arts. 71.2 CE y 11 RCD. Ésta implica un doble efecto: por un lado, la imposibilidad de continuar con el procedimiento abierto contra un parlamentario sin el correspondiente suplicatorio favorable por parte del Congreso de los Diputados y, por otro lado, la imposibilidad de detención de un diputado salvo en caso de flagrante delito.
- En caso de suplicatorio favorable por parte de la Cámara Baja, será competente para conocer del enjuiciamiento de Theo y Alexis la Sala de lo Penal del TS (arts. 71.3 CE y 57.2 LOPJ). Así pues, rige para los parlamentarios la especialidad procesal del aforamiento.

Bibliografía

- ÁLVAREZ CONDE, E. y CATALÀ I BAS, A.: “La aplicación de la Ley Orgánica de Partidos Políticos. Crónica inacabada de la ilegalización de Herri Batasuna, Batasuna y Euskal Herritarrok”, en *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, núm. 00, 2004, pp.7-35.
- ÁLVAREZ CONDE, E. y CATALÀ I BAS, A.: “Los efectos directos y colaterales de la disolución de Herri Batasuna”, en *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, núm.2, 2005, pp. 131-151.
- BOLEA BARDÓN, C.; “Delitos contra el honor”, en AAVV, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. (CORCOY BIDASOLO, M., Dir.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- CATALÀ I BAS, A.: “El difícil encaje de la causa de incompatibilidad sobrevenida en la institución del mandato representativo”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 86, 2013, pp. 129-158.
- CATALÀ I BAS, A.: “El respaldo del TEDH a la Ley Orgánica de Partidos Políticos”, en AAVV, *El reconocimiento de las víctimas del terrorismo a través de la legislación y la jurisprudencia* (CATALÀ I BAS, A., Dir.), Cátedra de Derecho Autonómico y Valenciano, Valencia, 2013, pp. 353-371.
- DE CARRERAS SERRA, F.: “Los partidos en nuestra democracia de partidos”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 70, 2004, pp. 91-126.
- ECHARRI CASI, F.: *Disolución y suspensión judicial de partidos políticos*, Ed. Dykinson, Madrid, 2003.
- ESPIGADO GUEDES, D.: “Los privilegios parlamentarios en cuestión. Una revisión de la inmunidad y el aforamiento en el Derecho español”, en *Revista Online de Estudiantes de Derecho*, núm. 3, 2013, pp. 1-37.
- FERNÁNDEZ BAUTISTA, S.: “Título XXI. Delitos contra la Constitución”, en AAVV, *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015* (CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S., Dirs.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F.: “La doctrina constitucional sobre las prerrogativas parlamentarias en España”, en *Foro, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, núm. 14, 2011, pp. 13-72.
- FERREIRO BAAMONDE, X.: *El proceso de disolución de partidos políticos*, Ed. Iustel, Madrid, 2008.
- GÓMEZ TOMILLO, M.: “Delitos contra la Constitución, el orden público”, en AAVV, *Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo VI* (GÓMEZ TOMILLO, M. y JAVATO MARTÍN, A., Dirs.), Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2015.
- GUDE FERNÁNDEZ, A.: “La inmunidad parlamentaria en la doctrina constitucional”, en *Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, núm. 1, 1994, pp. 265-283.
- IGLESIAS BÁREZ, M.: “La Ley de Partidos Políticos y el test de convencionalidad europeo. El diálogo entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno a la ilegalización de Herri

Batasuna y Batasuna”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 25, 2010, pp. 567-586.

- MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: *Comentarios al Código Penal*, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2016.
- MARTÍNEZ ALARCÓN, M.L.: “El aforamiento de los cargos públicos. Derecho español y Derecho comparado”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 35, 2015, pp. 437-478.
- MUÑOZ CONDE, F.; *Derecho Penal. Parte Especial.*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- PERALTA MARTÍNEZ, R.: “Libertad ideológica y libertad de expresión como garantías institucionales”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 16, 2012, pp. 251-283.
- PÉREZ-MONEO AGAPITO, M.: *La disolución de partidos políticos por actividades antidemocráticas*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007.
- PORTERO MOLINA, J.; “Fundamentos y secuelas de la prohibición de partidos”, en AAVV, *La prohibición de partidos políticos*, (MOTILLA MARTOS, J., Dir.), Universidad de Almería. Servicio de Publicaciones, Almería, 2004.
- TAMARIT SUMALIA, J. M.: “Comentarios al artículo 510 CP”, en AAVV, *Comentarios al Código Penal Español. Tomo II (Artículos 234 a DF 7º)* (QUINTERO OLIVARES, G., Dir.), Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016.
- VALIENTE IVANÉZ, V.: “Delitos de desórdenes públicos”, en AAVV, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial.* (CORCOY BIDASOLO, M., Dir.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- VÍRGALA FORURIA, E.: “El TEDH avala la ilegalización de Batasuna (aspectos positivos y algunos pocos negativos de su jurisprudencia)”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 7, núm. 13, 2010, pp. 415-436.

Legislación

- Real Decreto, de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Publicado en BOE núm.260, de 17 de septiembre de 1882 (BOE-A-1882-6036).
- Ley, de 9 de febrero de 1912, por la que se regula la jurisdicción y procedimientos especiales en las causas contra diputados y senadores. Publicada en BOE núm. 41, de 10 de febrero de 1912 (BOE-A-1912-1123).
- Convenio Europeo, de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Publicado el Instrumento de Ratificación del CEDH en BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979, pp. 23564 a 23570 (BOE-A-1979-24010).
- Reglamento del Congreso de los Diputados de 10 de febrero de 1982. Publicado en BOE, núm. 55, de 5 de marzo de 1982, pp. 5765 a 5779 (BOE-A-1982-5196).
- Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil de derechos al honor, intimidad personal y propia imagen. Publicado en BOE núm. 115, de 14 de mayo de 1982, pp. 12546 a 12548 (BOE-A-1982-11196).

- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Publicado en BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985, p. 20632 (BOE-A-1985-12666).
- Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. Publicada en BOE núm. 147, de 20 de junio de 1985 (BOE-A-1985-11672).
- Ley 26/1992, de 10 de noviembre, de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España. Publicado en BOE núm. 272, de 12 de noviembre de 1992, pp. 38214 a 38217 (BOE-A-1992-24855).
- Reglamento del Senado de 3 de mayo de 1994. Publicado en BOE, núm. 114, de 13 de mayo de 1994, pp. 14687 a 14709 (BOE-A-1994-10830).
- Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Publicado en BOE, núm. 239, de 5 de octubre de 1979 (BOE-A-1979-23709).
- Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa. Publicado en BOE núm. 177, de 24 de julio de 1980, pp. 16804 a 16805 (BOE-A-1980-15955).
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Publicado en BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995 (BOE-A-1995-25444).
- Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos. Publicada en BOE núm. 154, de 28 de junio de 2002 (BOE-A-2002-12756).
- Decisión Marco 2008/913/JAI, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal. Publicado en DOUE núm. 328, de 6 de diciembre de 2008, pp. 55 a 58 (DOUE-L-2008-82444).
- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el CP. Publicado en BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015, pp. 27061 a 27176 (BOE-A-2015-3439).
- Real Decreto 594/2015, de 3 de julio, que regula el Registro de Entidades Religiosas. Publicado en BOE núm. 183, de 1 de agosto de 2015, pp. 66721 a 66737 (BOE-A-2015-8643).

Apéndice Jurisprudencial

- AJCI de 26 de agosto de 2002 (ARP\2002\479)
- AJI de Córdoba, de 15 de septiembre de 2010 (ARP\2011\246)
- AJPI de Reus, de 25 de enero de 2016 (JUR\2016\24797)
- ATS de 23 enero de 2003 (RJ\2003\1071)
- ATS de 24 de abril de 2003 (RJ\2003\4051)
- ATS de 29 de abril de 2003 (JUR\2003\146072)
- ATS de 20 de mayo de 2003 (RJ\2003\4058)
- ATS de 20 de mayo de 2003 (RJ\2003\4059)
- ATS de 2 de octubre de 2003 (JUR\2006\115048)
- ATS de 22 de mayo de 2007 (RJ\2008\6608)
- ATS de 30 de marzo de 2011 (RJ\2011\7364)
- SAP de A Coruña, de 18 de julio de 2014 (JUR\2014\214848)
- SAP de Navarra, de 2 de marzo de 2015 (ARP\2015\790)
- SAP de Islas Baleares, de 13 de octubre de 2016 (ARP\2016\1222)
- SAP de Madrid, de 16 de diciembre de 2016 (JUR/2016/270986)
- SJP de San Sebastián, de 16 de junio de 2005 (ARP\2005\479)
- SJP de Pamplona, de 11 de octubre de 2016 (ARP\2016\1108)

- SJP de Manresa, de 11 de noviembre de 2016 (ARP\2011\1360)
- STC de 4 de febrero de 1982 (RTC\1983\5)
- STC, de 23 de noviembre de 1983 (RTC\1983\105)
- STC de 13 de febrero de 1985 (RTC\1985\19)
- STC de 18 de enero de 1990 (RTC\1990\9)
- STC de 19 de junio de 1990 (RTC\1990\137)
- STC de 27 de junio de 1990 (RTC\1990\120)
- STC de 26 de septiembre de 1995 (RTC\1995\139)
- STC de 11 de febrero de 1997 (RTC\1997\22)
- STC de 26 de febrero de 2001 (RTC\2001\49)
- STC de 4 de junio de 2001 (RTC\2001\123)
- STC de 25 de febrero de 2002 (RTC\2002\52)
- STC de 11 de marzo de 2002 (RTC\2002\64)
- STC de 22 de mayo de 2002 (RTC\2002\97)
- STC de 14 de octubre de 2002 (RTC\2002\177)
- STC de 27 de febrero de 2003 (RTC\2003\40)
- STC de 12 de marzo de 2003 (RTC\2003\48)
- STC de 8 de mayo de 2003 (RTC\2003\85)
- STC de 27 de mayo de 2004 (RTC\2004\99)
- STC de 31 de marzo de 2005 (RTC\2005\68)
- STC de 10 de mayo de 2007 (RTC\2007\110)
- STC de 7 de noviembre de 2007 (RTC\2007\235)
- STC de 14 de abril de 2008 (RTC\2008\51)
- STC de 20 de junio de 2012 (RTC\2012\138)
- STC de 28 de mayo de 2014 (RTC\2014\79)
- STEDH de 30 de enero de 1998 (TEDH\1998\1)
- STEDH de 25 de mayo de 1998 (TEDH\1998\23)
- STEDH de 8 de diciembre de 1999 (TEDH\1999\64)
- STEDH de 10 de diciembre de 2002 (TEDH\2002\73)
- STEDH de 13 de febrero de 2003 (JUR\2003\50031)
- STEDH de 14 de febrero de 2006 (TEDH\2006\15)
- STEDH de 7 de diciembre de 2006 (TEDH\2006\73)
- STEDH de 30 de junio de 2009 (TEDH\2009\70)
- STS de 10 de octubre de 1980 (RJ\1980\3683)
- STS, de 29 de enero de 1983 (RJ\1983\702)
- STS de 29 de enero de 1999 (RJ\1999\490)
- STS de 27 de septiembre de 1999 (RJ\1999\8083)
- STS de 27 de marzo de 2003 (RJ\2003\3072)
- STS de 3 de mayo de 2003 (RJ\2003\4268)
- STS de 17 de mayo de 2004 (RJ\2004\2666)
- STS de 21 de mayo de 2004 (RJ\2004\4114)
- STS de 21 de diciembre de 2004 (RJ\2004\7659)
- STS de 26 de marzo de 2005 (RJ\2006\2001)
- STS de 22 de septiembre de 2008 (RJ\2008\7036)
- STS de 22 de septiembre de 2008 (RJ\2008\7173)
- STS de 4 de julio de 2012 (RJ\2012\8020)
- STS de 12 de diciembre de 2012 (RJ\2013\227)