

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 3ª, Sentencia de 5 Mar. 2008, Rec. 24/1999

Ponente: Grau Gasso, José.

LA LEY 1559/2008

Caso «Librería Europa». GENOCIDIO. Delito de difusión de doctrinas justificadoras del genocidio. Distribución, difusión y venta de materiales con voluntad inequívoca de denigrar a la comunidad judía. Incitación indirecta a la discriminación, al odio y a la violencia contra dicha comunidad. Delito continuado. Inaplicación de las reglas de continuidad delictiva al delito de difusión por no existir momento consumativo concreto. PROVOCACIÓN A LA DISCRIMINACIÓN Y AL ODIO ANTISEMITA. Vinculación del tribunal a la STC nº 235/2007 que resuelve cuestión de constitucionalidad planteada respecto al art. 607 CP. Alcance para el caso de la declaración de constitucionalidad de la difusión de doctrinas que justifican el genocidio y de la nulidad de la expresión "nieguen o" del art. 607.2 primer inciso. Aplicación de la interpretación del TC sobre los arts. 510 y 607 CP que considera que la «provocación» necesaria para aplicar el art. 510 ha de ser directa y debe incitar a la comisión de un delito. Absolución. Labor de mera difusión de doctrinas antisemitas por el acusado, pero inexistencia de conducta de incitación directa del mismo. PRESCRIPCIÓN. No es posible aplicar la prescripción de las infracciones penales por paralizaciones sufridas en el curso de la tramitación de una cuestión de inconstitucionalidad. DILACIONES INDEBIDAS. Transcurso de más de 9 años entre la sentencia de instancia y la dictada por la Audiencia. Atenuante analógica muy cualificada.

La Audiencia Provincial revoca parcialmente la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona, absuelve por delito de provocación a la discriminación antisemita y confirma la condena por delito de difusión de doctrinas que justifican el genocidio si bien aprecia la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas.

Barcelona, a cinco de marzo del dos mil ocho.

VISTO el presente Rollo de Apelación n.º 24/1999, dimanante del Procedimiento Abreviado n.º 102/1998 del Juzgado de lo Penal n.º 3 de Barcelona, seguido por los delitos de Genocidio y de Provocación a la Discriminación, al Odio o Violencia Racial, en el que se dictó sentencia el día 16 de noviembre del año 1998. Ha sido parte apelante Pedro V. G.; y parte apelada el Ministerio Fiscal y las asociaciones SOS Racisme y ATID y la Comunidad Israelita.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la sentencia apelada, a la que anteriormente se ha hecho mención, dice lo siguiente: «FALLO: Que debo condenar y condeno al acusado Pedro V. G., como criminalmente responsable en concepto de autor, de un delito continuado de Genocidio previsto y penado en el art. 607.2 del Código Penal, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y por ello le impongo la pena de dos años de prisión, con las accesorias legales inherentes, así como al pago de las costas procesales devengadas, incluidas las de ambas acusaciones particulares. Asimismo, debo condenar y condeno a dicho acusado, como autor de un delito continuado cometido con ocasión del ejercicio de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas garantizados por la Constitución, consistente en provocación a la discriminación, al odio y a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas y antisemitas, previsto y penado en el

art. 510.1 del Código Penal, sin circunstancias modificativas y por ello le impongo la pena de tres años de prisión y doce meses de multa a razón de una cuota diaria de dos mil pesetas, con ciento ochenta días de responsabilidad personal en caso de impago, accesorias legales y pago de costas».

La sentencia impugnada contiene el siguiente relato de hechos probados: 1.- El acusado Pedro V. G., mayor de edad y sin antecedentes penales, actuando en su condición de titular y director de la librería Europa, sita en la calle Séneca n.º 12 de ésta ciudad de Barcelona, ha venido procediendo de forma habitual y continuada, con posterioridad al mes de junio de 1.996, y a sabiendas de la entrada en vigor en España de la actual legislación penal en ésta materia, a la distribución, difusión y venta de todo tipo de materiales en soporte documental y videográfico, libros, publicaciones, cartas, carteles, etc..., en los que de forma reiterada e inequívocamente vejatoria para el grupo social integrado por la comunidad judía, se negaba la persecución y genocidio sufridos por dicho pueblo durante el período histórico de la segunda guerra mundial, masacre colectiva programada y ejecutada por los responsables de la Alemania nazi que gobernaron en la época de III Reich. La inmensa mayoría de dichas publicaciones, contenían textos en los que se incita a la discriminación y al odio hacia la raza judía, considerándoles inferiores a los que se debe exterminar como «a las ratas». 2.- Conocida dicha actividad por la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, se solicitó y obtuvo autorización judicial de entrada y registro en la sede la citada librería, practicada el día 11 de diciembre de 1996 con todas las garantías legales, por una comisión judicial dotada del pertinente Secretario encargado de la fe pública, con la asistencia de los Mossos d'Esquadra en funciones de policía judicial. Como consecuencia de dicha diligencia, fueron ocupados 20.972 libros, 324 videos, 35 cintas de audio, 124 fotolitos, 35 catálogos y numerosa correspondencia, relacionados con las publicaciones anteriores, así como multitud de revistas, postales, posters, en los que aparecen reproducidos los símbolos del nacionalsocialismo, en actitud inequívocamente exaltadora y se hacen continuas alusiones ofensivas y de denigración a la raza judía. 3.- En la citada librería se vendían también publicaciones relativas a Arte, Historia y Mitología religiosa, pero su número era manifiestamente testimonial en comparación con las obras dedicadas al revisionismo del holocausto judío. El público habitual del establecimiento eran jóvenes caracterizados por su afinidad con las ideologías defensoras de la violencia, como método de resolución de conflictos. Dichas publicaciones y material, estaban a la venta al público, y se exportaban por correo a multitud de clientes en Alemania, Austria, Bélgica, Brasil, Chile, Argentina y Sudáfrica, entre otros países. La librería Europa figuraba en toda la correspondencia remitida y recibida, como editora y distribuidora del material comercializado. 4.- A título de simple ilustración de sus contenidos y en aras de la necesaria concreción fáctica, de entre los libros ocupados merecen destacarse las siguientes reseñas extractadas: A).- Del libro titulado «Murieron realmente 6 millones»: (sic) ... esta alegación constituye la invención más colosal y la más lograda estafa que se haya visto jamás (pág. 4). Mientras este mito se mantenga, los pueblos de todos los países serán sus esclavos (pág. 4). Es inconcebible que Hitler, si hubiera abrigado la intención de exterminar a los judíos, permitiera que más de 800.000 de ellos abandonaran el territorio del Reich, y es menos concebible aún, que en aquel caso considerara planes para su emigración masiva a Palestina y Madagascar (pág. 7). Si la historia de los 6 millones de muertos fuera verdadera, esto significaría que casi todos habrían sido exterminados (pág. 43). Hay que preguntarse también si habría sido físicamente posible destruir a los millones de judíos pretendidamente asesinados. ¿Dispusieron los alemanes del tiempo necesario para ello?. B).- Del libro titulado «Informe Leuchter, el fin de una mentira: cámaras de gas y holocausto judío» (sic) ... Dedicamos a Adolf Hitler la edición en castellano y la publicación en Chile de este informe, que destruye para siempre la infame mentira del holocausto judío (pág. 5). Nunca hubo cámaras de gas ni holocausto (pág. 10). La misma naturaleza judía edifica su existencia sobre la mentira, el plagio, la falsificación, desde los más remotos tiempos. Lo predicán sus libros, como el Talmud. Por ello, Alfred Rosenberg declaró: «la verdad del judío es la mentira orgánica. Mentira el holocausto, mentira las cámaras de gas, mentira los jabones hechos con grasa de judío, mentira los

crímenes de guerra nazis, mentira el diario de Anna Frank. Todo mentira: mentiras genéticamente montadas por una antirraza que no puede decir la verdad porque se destruiría, porque su alimento y su aire, su sangre es la mentira» (pág. 10). Como los judíos controlan la banca internacional, el dinero y los medios informativos del mundo, impunemente repiten su mentira universal sobre el genocidio, el holocausto, los campos nazis de exterminio y la maldad congénita del alemán (pág. 11). C).- Del libro titulado «Absolución para Hitler» (sic) ... Las cámaras de gas son fantasías de la posguerra y de la propaganda, comparables en toda su extensión con la inmundicia recogida durante la 1ª Guerra Mundial (pág. 26). La Solución Final no era ningún plan de destrucción, sino de emigración (pág. 38). Auschwitz era una fábrica de armamento y no un campo de exterminio (pág. 39). No existieron las cámaras de gas; no hubo tales salas en las cuales se mandaba a los niños, mujeres y ancianos para gasearlos, supuestamente con Zyclon-B. Eso es, benévolamente dicho, una leyenda y una murmuración (pág. 46). No existieron cámaras de gas en Dachau, ni tampoco las hubo en otros campos de concentración de Alemania (pág. 82). Lo que nuestros enemigos siempre olvidan decir, es que dondequiera que existieron hornos crematorios, siempre fueron usados para los muertos y no para los vivos. Asegurar que presos condenados a muerte fueron quemados vivos, es una de las mentiras más infames y nuestros enemigos lo saben. Nadie, fuera judío o no, fue quemado vivo por orden de una autoridad nacionalsocialista (pág. 122). De los anteriores libros, fueron incautados 17, 16 y 275 ejemplares. Los libros titulados «Informe Leuchter, fin de una mentira sobre el holocausto judío», «El judío internacional», «El mito del siglo XX», «La política racial nacionalsocialista», «Nosotros los racistas», «El antisemitismo actual», de los que se ocuparon 16 ejemplares, 117 ejemplares, 21 ejemplares, 308 ejemplares, 22 ejemplares y 255 ejemplares respectivamente, que se hallaban a la venta al público en la citada librería Europa, contienen análogas afirmaciones y valoraciones. Asimismo, todos los videos incautados, contienen inequívocas referencias textuales a la raza judía como grupo étnico al que hay que eliminar, destacando entre ellas la cinta titulada «El judío errante», en la que se compara a dicha raza con las ratas, propagadoras de enfermedades por todo el mundo y a las que hay que exterminar sin contemplaciones. 5.- En fecha no determinada del otoño-invierno del 1996, el acusado Pedro V. G. escribió y distribuyó a sus clientes, tanto por «mail» como mediante entrega gratuita a quienes visitaban la librería Europa, el n.º 10 de una serie denominada «Cartas», en la que bajo el título «El Mito de ANA FRANK» afirma entre otras cosas: «El mito ¿o tendríamos que decir el timo de Anne Frank?, es probablemente ambas cosas a la vez, a raíz de las investigaciones que hemos podido reunir al respecto. Conocida en el mundo entero por su famoso Diario, es sin duda «la víctima del holocausto» más celebrada ... Pero lo cierto es que el caso de Ana Frank no es diferente al de otros muchos judíos sujetos a la política de medidas antisemitas en tiempo de guerra, llevadas a cabo por las potencias del Eje, no en menor medida justificadas por la declaración de guerra que la nación judía realizó contra Alemania ya en 1933, es decir, seis años antes del conflicto bélico. Como parte del programa de evacuación de los judíos de Europa occidental, la niña de 14 años y otros miembros de su familia, fueron trasladados por tren de Holanda al campo de trabajo de Auschwitz-Birkenau. Varias semanas mas tarde, ante el avance del ejército soviético, junto a otros muchos deportados judíos fue trasladada al campo de Bergen-Belsen, en Alemania del Norte. Fue allí donde, junto a otros compañeros del campo, Anne cayó enferma de tifus, enfermedad de la que murió a mediados de marzo de 1945. No fue ejecutada ni asesinada. Anne Frank, pereció --al igual que millones de no judíos en Europa durante los meses finales del conflicto--, como otra víctima indirecta de la guerra mas devastadora». 6.- La razón social de la librería Europa, había constituido simultáneamente hasta la fecha de su disolución en marzo de 1994, la sede del Círculo Español de Amigos de Europa, por anagrama CEDADE, grupo político defensor de la ideología nacionalsocialista, del que el acusado fue su último presidente. El material y fondo bibliográfico de ambas entidades ha sido gestionado, utilizado y difundido indistintamente, bajo supervisión y dirección del acusado, tanto antes como después de la entrada en vigor del actual Código Penal.

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución, contra la misma se interpuso recurso de apelación dentro del plazo legal por la parte apelante ya indicada en el encabezamiento de esta resolución. Admitido a trámite dicho recurso se cumplimentó por el Juzgado de lo Penal el traslado del mismo al resto de partes para que pudieran alegar lo pertinente en defensa de sus derechos. Posteriormente, los autos se elevaron a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Recibida la causa en esta Sección Tercera de la Audiencia, se dictó providencia incoando el presente Rollo de Apelación, que fue numerado y registrado y se nombra Magistrada Ponente a Dña. Ana Ingelmo Fernández. Por providencia de fecha 30 de abril de 1999 se acordó dar audiencia a las partes personadas a fin de que expresaran su opinión acerca de la conveniencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 607.2 CP y por providencia de fecha 7 de mayo de 1999, se precisó que la duda de constitucionalidad se refería a la posible incompatibilidad del referido precepto con el derecho a la libertad de expresión reconocido en el art. 20.1 CE.

Contra la mencionada providencia de 30 de abril de 1999 interpuso recurso de reforma una de las partes personadas en el procedimiento (la Asociación Atid-SOS Racisme Catalunya) argumentando que la Audiencia Provincial había infringido lo dispuesto en el art. 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional al plantear la cuestión de inconstitucionalidad en forma prematura, dado que el recurso de apelación no estaba aún concluso para Sentencia. Por providencia de 6 de mayo de 1999, el órgano judicial de apelación declaró no haber lugar a dicho recurso.

Una vez abierto el trámite de alegaciones sobre la eventual inconstitucionalidad del art. 607.2 CP, una de las partes personadas como apelada (la Comunidad Israelita de Barcelona) planteó, en el mismo escrito de alegaciones, recurso de súplica contra las mencionadas providencias de fechas 30 de abril y 7 de mayo de 1999 por razón de que no era el momento procesal adecuado para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por cuanto antes debía resolverse acerca de la petición de recibimiento del recurso a prueba y de celebración de vista oral del mismo. A dicho recurso de súplica se adhirieron el Ministerio Fiscal --que ya antes había presentado un escrito en ese mismo sentido que el órgano judicial no tramitó como recurso al considerar que formalmente no lo era-- y la Asociación Atid-SOS Racisme. Dicho recurso fue desestimado por Auto de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de mayo de 1999, por entender dicho órgano judicial que el momento de planteamiento de la cuestión era adecuado al estar los autos conclusos y pendientes de Sentencia.

Seguidamente, la Sala dictó, con fecha de 9 de junio de 1999, el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad que fue inadmitida a trámite por Auto del Tribunal Constitucional de fecha de 18 de enero del año 2000.

Por Auto de fecha 14 de febrero de 2000 se acordó la práctica de diversas pruebas documentales solicitadas por el apelante al tiempo que señalaba fecha para la celebración de la vista oral. Contra esta última resolución promovieron incidente de nulidad de actuaciones Atid y SOS Racisme Catalunya por razón de la indefensión que afirmaban provocada por la admisión de unas pruebas que anteriormente habían sido denegadas en forma implícita por el Auto de la Sala de 9 de junio de 1999, así como por el silencio que el órgano judicial seguía manteniendo acerca de las propuestas por estas partes apeladas quienes, por otra parte, instaban también la abstención de una Magistrada componente de la Sala por entender que había perdido su imparcialidad objetiva respecto del objeto de la causa. De otro lado, el representante de la Comunidad Israelita de Barcelona solicitó a la Audiencia que le comunicara la resolución por la que se había levantado la suspensión del proceso, acordada con ocasión del planteamiento de la frustrada cuestión de inconstitucionalidad resuelta por el ATC 24/2004.

Por providencia de fecha 24 de febrero de 2000 se acordó inadmitir a trámite el incidente de abstención promovido por SOS Racisme, que entonces planteó un incidente de recusación por las

mismas causas. Mediante otra providencia de esa misma fecha, se contestaba en relación con lo interesado por la Comunidad Israelita de Barcelona que el alzamiento de la suspensión del procedimiento era la consecuencia obligada del ATC 24/2000 que figuraba unido a la causa. Finalmente, por Auto de 6 de marzo de 2000 fue desestimado el incidente de nulidad de actuaciones y, por una providencia de fecha 7 de marzo de 2000, se estimó en cambio la recusación interesada acordando el cambio de Ponente, ordenando la suspensión de la celebración de vista oral y tramitando la recusación en pieza separada, siendo la misma desestimada por Auto de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de junio de 2000.

Tras las anteriores actuaciones, se dictó una providencia, de fecha 30 de junio de 2000, en la que señalaba el día y la hora de celebración de la vista oral. Celebrado dicho acto, con fecha de 14 de julio de 2000 se dictó una nueva providencia por la que declaraba la causa vista para Sentencia y acordaba abrir de nuevo el trámite previsto en el art. 35.2 de la Ley Orgánica de este Tribunal Constitucional dando audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal a fin de que se pronunciaran sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 607.2 CP por razón de su posible colisión con el art. 20.1 CE. Tanto la Comunidad Israelita de Barcelona como Atid y SOS Racisme Catalunya se opusieron al planteamiento de la cuestión, mientras que el condenado en instancia manifestó que lo consideraba pertinente no constando, por otra parte, que el Ministerio Fiscal presentara en este trámite alegación alguna.

Por Auto de 14 de septiembre de 2000 se planteó nuevamente la cuestión de inconstitucionalidad en relación al art. 607.2 del Código Penal, siendo admitida a trámite y resuelta por sentencia del Tribunal Constitucional dictada en fecha 7 de noviembre del año 2007.

Por Providencia de fecha 11 de diciembre del año 2007 se comunicó a las partes que el nuevo Magistrado Ponente, se acordó notificar a las partes la Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional y se convocó nuevamente a las partes a una vista para el día 10 de enero del año en curso.

En el acto de la vista la representación procesal de Pedro V. G. solicitó la absolución de su defendido. El Ministerio Fiscal solicitó que se confirmara el la condena de Pedro V. G. por un delito de provocación al odio racial del art. 510 del Código Penal y el resto de las partes solicitaron la confirmación de la sentencia de instancia en todos sus términos.

Como Magistrado Ponente, en la presente resolución expreso el criterio unánime del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Cuestión previa: prescripción de los delitos.- La parte apelante, en el acto de la vista, solicitó la absolución de su defendido y, en todo caso, alegó que, dado el tiempo transcurrido, debería aplicarse la atenuante analógica de dilaciones indebidas como muy cualificada. En ningún caso solicitó de éste Tribunal un pronunciamiento sobre la posible prescripción de los delitos objeto de enjuiciamiento.

El Ministerio Fiscal y la defensa de la Asociación SOS Racisme y ATID tampoco hicieron mención alguna a la prescripción de los delitos, pero lo defensa de la Comunidad Israelita, sin duda pensando que según jurisprudencia reiterada la prescripción es apreciable de oficio por los Tribunales en cualquier momento de la causa, citó la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 645/2007, de fecha 16 de junio del año 2007, en la cual expresamente se dice que «no obstante, esta alegación (la de la alegación de prescripción del delito), incluso a pesar del apoyo del Ministerio Público, también ha de decaer pues, trasladados igualmente al Pleno no jurisdiccional de esta Sala, por su innegable trascendencia, el debate y la decisión acerca de la posibilidad de prescripción de un delito, por el transcurso de los plazos legales previstos para ello en la Ley, durante el trámite de resolución de una cuestión de constitucionalidad planteada ante el Tribunal Constitucional, los

integrantes del Pleno, por mayoría y en la sesión celebrada el día 30 de Enero de 2007, acordaron rechazar la propuesta de la Ponencia, que defendía «Aplicar la prescripción en los supuestos en que haya transcurrido el plazo durante la tramitación de una cuestión de inconstitucionalidad»».

De la lectura atenta de la sentencia mencionada lo único que podemos concluir es que la mayoría de los Magistrados que componen la Sala Segunda del Tribunal Supremo acordaron rechazar una propuesta de acuerdo no jurisdiccional para aplicar la prescripción en los casos de paralización del proceso penal como consecuencia del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, pero desconocemos cuales fueron las razones o argumentos jurídicos que permitieron votar a la mayoría de los Magistrados del Tribunal Supremo en el sentido indicado.

Por el contrario, en la Sentencia de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Sevilla de fecha 13 de octubre del año 2005, en la que se analiza la misma cuestión, se llega a la conclusión contraria en base a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia n.º 63/2005 de fecha 13 de marzo del año 2005.

Reproducimos gran parte de la argumentación de dicha sentencia porque entendemos que, efectivamente, la interpretación que el Tribunal Constitucional hace de la prescripción penal vincula a los órganos judiciales, tal y como se desprende del art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en el que se dispone que «la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».

La sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla contiene la siguiente argumentación: «la apreciación de la prescripción se impone con independencia de las causas de la paralización, que no son relevantes a estos efectos (por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1990, o las ya citadas de 10 de febrero y 20 de septiembre de 1993), y de que la misma se haya producido durante el proceso de control de constitucionalidad, que no puede considerarse absolutamente desconectado del proceso ordinario en que se suscita la cuestión de inconstitucionalidad, pues ésta, desde la perspectiva de dicho proceso ordinario, es un incidente que se suscita en un proceso principal, aquí del orden penal, que no puede ser resuelto por sentencia de fondo hasta que el Tribunal Constitucional haya dado respuesta a la cuestión planteada. Ello implica, por un lado, que el simple planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad y su admisión a trámite y substanciación por el Tribunal Constitucional no suponen una paralización del proceso de origen a los efectos de reanudación del plazo prescriptivo de la infracción imputada; pero también, por otro, que si en el proceso constitucional se produce un período de inactividad de duración superior a la de dicho plazo prescriptivo ello no puede dejar de producir el mismo efecto que si la paralización se hubiese producido en el proceso principal u originario.

La imperatividad de tomar en cuenta a efectos de reanudación de la prescripción la paralización del procedimiento producida en el proceso de control de constitucionalidad resulta indiscutible si se atiende al carácter material y de orden público que corresponde al instituto de la prescripción y a los valores constitucionales a que el mismo responde, según ha enfatizado el propio Tribunal Constitucional en la interpretación ex Constitutione efectuada en su sentencia 63/2005 de 14 de marzo, en cuyo fundamento 6 se lee que La trascendencia de los valores constitucionales y de los bienes jurídicos puestos en juego cuando lo que se niega es que se haya producido la prescripción de los hechos delictivos enjuiciados impone, pues, una lectura teleológica del texto contenido en el artículo 132.2 CP que lo conecte a las finalidades que con esa norma se persiguen, finalidades que [...] no son las estrictamente procesales de establecer los límites temporales de ejercicio de la acción penal por parte de los denunciadores o querellantes [...] sino otras muy distintas, de naturaleza material, directamente derivadas de los fines legítimos de prevención general y especial que se concretan en las sanciones penales y que son los únicos que justifican el ejercicio del ius puniendi,

así como de principios tan básicos del Derecho penal como los de intervención mínima y proporcionada a la gravedad de los hechos.

Dicho de otra manera: el establecimiento de un plazo de prescripción de los delitos y faltas no obedece a una voluntad de limitar temporalmente el ejercicio de la acción penal por denunciantes y querellantes (configuración procesal de la prescripción), sino a la voluntad inequívocamente expresada por el legislador penal de limitar temporalmente el ejercicio del ius puniendi por parte del Estado en atención a la consideración de que el simple transcurso del tiempo disminuye las necesidades de respuesta penal (configuración material de la prescripción), dado que la imposición de una pena carecería de sentido por haberse ya perdido el recuerdo del delito por parte de la colectividad e incluso por parte de su autor, posiblemente transformado en otra persona».

En todo caso, la prescripción solo puede tener alguna eficacia en relación al delito de provocación a la discriminación, odio o violencia contra grupos penado en el art. 510 del Código Penal, toda vez que el delito de genocidio del art. 607.2 del Código Penal es imprescriptible (art. 131 del CP), sin que a primera vista sea aplicable al presente caso la doctrina del Tribunal Supremo sobre la prescripción en caso de infracciones vinculadas, en cuyo caso no cabe apreciar la prescripción de una infracción en tanto no prescriba la más grave de ellas (STS de 23 de enero del año 2007 y otras muchas), toda vez que en el presente caso el delito más grave, entendiéndolo como más grave el delito que tiene una pena mayor, es precisamente el delito de provocación a la discriminación, odio o violencia contra grupos. Por otra parte, dicha doctrina, según el mismo Tribunal Supremo, no es aplicable a los supuestos de mera conexidad procesal, con lo que parece hacerse referencia a supuestos de concurso real de delitos como el presente.

Por todo lo expuesto, es procedente declarar prescrito el delito de provocación a la discriminación, odio o violencia previsto en el art. 510 del Código Penal. Sin embargo, dado que dicha conclusión no deja de ser discutible, si nos atenemos a la doctrina del mismo Tribunal Constitucional sobre la facultades que tiene el órgano judicial penal de la segunda instancia, consideramos que lo más prudente es entrar a conocer sobre el fondo de la cuestión objeto de controversia a fin de evitar la posibilidad de que pudiera prosperar la alegación de falta de congruencia de la sentencia con las pretensiones formuladas por las partes.

Efectivamente, en la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 215/1999, de fecha 29 de noviembre del año 1999, se expone que la incongruencia tiene relevancia constitucional cuando el pronunciamiento judicial recae sobre un tema que no esté incluido en las pretensiones procesales, de tal modo que se ha impedido a las partes la posibilidad de efectuar las alegaciones pertinentes en defensa de sus intereses (en dicha supuesto, el recurrente solicitaba que se dictara sentencia absolutoria alegando error en la valoración de la prueba, argumentando que no había cometido infringido las normas de la circulación vial (saltarse o no una señal de Stop) y, por el contrario, la sentencia de segunda instancia absolvió por entender que la sentencia de instancia había subsumido incorrectamente los hechos declarados probados en la falta del art. 586 bis CP, toda vez que faltaba un elemento típico de la infracción al no haber requerido las lesiones sufridas por la víctima de tratamiento médico o quirúrgico).

SEGUNDO. Error en la valoración de la prueba.- El recurrente alega error en la valoración de la prueba por entender que parte de los hechos declarados probados no se ajustan a la realidad de los hechos.

En primer lugar, respecto del primer apartado de los hechos probados de la sentencia de instancia, reconoce ser librero y vender el material que es objeto de controversia, pero niega que distribuyera o difundiera dichas publicaciones y para ello hace referencia a la Ley del año 1975 de Régimen Especial para la Promoción, Producción y Difusión del Libro (sustituida en la actualidad por la Ley 10/2007, de 22 de junio, de la lectura, del libro y de las bibliotecas), intentando justificar que la difusión de libro

es una competencia de los editores y de los distribuidores, pero no de los librereros, pero lo cierto es que ninguno de los textos legales mencionados recogen una definición de que lo pueda entenderse por difusión a efectos de interpretar el contenido del art. 607.2 del Código Penal, sin que haya ninguna razón para considerar que la venta de los libros no sea una forma de difundir las ideas contenidas en los mismos, por lo que no puede prosperar su petición haciendo constar que no se dedicaba a la difusión de las ideas contenidas en los libros y el resto de material que ponía a la venta.

En segundo lugar, también en relación al primer apartado de los hechos probados de la sentencia de instancia, niega que sea cierto que en la mayoría de las publicaciones puestas a la venta se incite a exterminar a la raza judía como a las ratas y ciertamente, examinado el contenido del material intervenido y que ha sido objeto de enjuiciamiento, no puede concluirse que la mayoría de las publicaciones vendidas por el Sr. Pedro V. G. incitaran directamente el exterminio de los judíos. Es cierto que en la película «El Judío Errante» se equipara a los judíos con las ratas, pero no existe una referencia expresa a que los judíos deban ser exterminados como las ratas y en todo caso, del contenido de dicha cinta, junto con el discurso de Hitler en el que se hace mención a la eliminación de la cuestión judía, no puede desprenderse que la mayoría del material intervenido promueva el exterminio de la raza judía.

En tercer lugar, en relación al segundo apartado de los hechos probados, el recurrente alega que no entiende a qué se refiere la sentencia de instancia cuando dice que en el material intervenido aparecen reproducidos los símbolos del nacionalsocialismo, en actitud inequívocamente exaltatoria y se hacen continuas alusiones ofensivas y de denigración de la raza judía, aunque el mismo recurrente acepta que la utilización de los símbolos propios del nacionalsocialismo, como por ejemplo la esvástica, necesariamente tienen un contenido propagandístico, por lo que nos centraremos en la referencia a si es cierto que en el material intervenido se hacen continuas alusiones ofensivas y de denigración a la raza judía.

En este sentido, consta en las actuaciones que el Agente de los Mossos d'Esquadra n.º 1529 adquirió en la Librería Europa un ejemplar del libro titulado «Hacia el III Reich» de «Joseph Goebbels» en el que puede leerse «el derecho de la personalidad frente a la masificación. Guerra al veneno corrosivo de intelectualismo internacional-judío. Consciente fortalecimiento del vigor y de las costumbres alemanas!. Extirpación de los focos de podredumbre de la inmoralidad y la corrupción racial orquestada por los judíos. ¡Pena de muerte para los crímenes contra el pueblo! ¡Horca para los sucios negociantes y a los usureros!».

Asimismo, también adquirió un libro titulado «Judaísmo e Iglesia Católica» de «J. A. Kofler» en el que puede leerse «antaño, cuando el liberalismo, la falsa tolerancia y los así llamados derechos humanos aún no habían sido inventados, la Iglesia procedió legalmente con feliz éxito, contra el peligro judío como veremos más adelante, despojando a los judíos de su influencia, condenándolos y previniendo a los cristianos contra ellos. Tal actitud no fue una contravención sino una victoriosa afirmación de las leyes inmutables del amor al prójimo que nos fue enseñado por Dios» y en un momento posterior también puede leerse lo siguiente: «mediante severas leyes de excepción, debe excluirse a los judíos del derecho de ciudadanía y con ello de todos los cargos y derechos estatales, mediante la prohibición de cualquier actividad literaria debe quitarse al judío toda influencia sobre la vida pública alemana. Todo dador de trabajo que coloca al judío en un cargo relevante debe ser gravado con penas».

También se vendía en dicha librería el libro titulado «Mi Lucha» de «Adolf Hitler» en el que, entre otras cosas, puede leerse lo siguiente: «la jefatura del judío en la cuestión social se mantendrá hasta el día en que una campaña enorme en pro del esclarecimiento de las masas populares se ejerza, instruyéndolas sobre su infamia, o hasta que el Estado aniquile tanto al judío como su obra» y «de vez en cuando, los periódicos ilustrados comunican a sus lectores burgueses que, por primera vez,

aquí o allá, un negro se hizo abogado, profesor, sacerdote, tenor, etcétera. Mientras la burguesía sin espíritu queda admirada por un tan maravilloso adiestramiento y llena de respecto por ese fabuloso resultado del actual arte de educar, el judío avisado comprende que de eso será posible sacar una prueba más de la exactitud de la teoría que pretende inculcar en el público, según la cual todos los hombres son iguales. No se da cuenta ese desmoralizado mundo burgués que se trata de un ultraje a nuestra razón, pues es una criminal idiotez adiestrar, durante muchos tiempo, a un medio-mono hasta que logre hacerse abogado, mientras millones de personas, pertenecientes a razas elevadas, deben permanecer en una posición indigna, sin tener en cuenta su capacidad».

También en el libro titulado «150 genios opinan sobre los judíos, recopilación antológica» puede leerse «para darles derechos ciudadanos no veo ningún medio, como no sea cortarles a todos la cabeza en una noche y ponerles otra en la que no quede ninguna idea judaica».

Asimismo, en el libro titulado «Nacionalsocialismo, única solución para los pueblos de América del Sur» de «Miguel Serrano» puede leerse «Alfred Rosenberg afirmaba que la verdad del judío es su mentira orgánica. Y esta debería ser la premisa, el dogma, con que nos movamos quienes aspiremos a remodelar la Historia, a revisarla, limpiándola de las capas de falsedad con que el judío la ha presentado. Debemos buscar siempre la mano judía. Y una vez hallada, hay que establecer como principio inmovible que ella oculta la verdad, pudiendo estar seguros que lo que se nos muestra es todo lo contrario de lo que en realidad es».

En los mismos hechos probados de la sentencia de instancia se hace constar que el libro titulado Informe Leuchter, el fin de la mentira: cámaras de gas y holocausto judío se dice «dedicamos a Adolf Hitler, la edición en castellano y la publicación en Chile de este informe, que destruye para siempre la infame mentira del holocausto judío», así como «todo mentira; mentiras genéticamente montadas por una antirraza que no puede decir la verdad porque se destruiría, porque su alimento y su aire, su sangre es la mentira».

Por último, no podemos dejar de señalar que en libro incautado en la entrada y registro, titulado «La llamada del futuro» de «Matt Koehl», que consta dedicado por su autor a Pedro V. G. con la expresión «Heil Hitler», puede leerse lo siguiente: «Hoy en día, mucha gente piensa que Adolf Hitler ésta muerto y desaparecido --que fue un fracaso--. Bien, mucha gente experimentó sentimientos parecidos ante otra gran figura después de su crucifixión, hace dos mil años. No Adolf Hitler no fue un fracaso. Porque el ha cambiado el curso de la historia para todos los tiempos venideros. Con su poderosa doctrina, el nos ha dado los medios para la salvación de nuestra raza. A través de sus esfuerzos sobrehumanos, nos ha dado la inspiración heroica necesaria en estas horas cruciales de la humanidad aria. Adolf Hitler peleó y murió para que el hombre ario pueda vivir.

De todo lo expuesto, se desprende con claridad que gran parte del material intervenido profería expresiones ofensivas y denigratorias para la raza judía. Por otra parte, debe destacarse como toda la bibliografía llamada «negacionista», más que estudiar a fondo como fue tratada la comunidad judía por parte del régimen nazi, parece pretender demostrar la tesis (sin duda poco científica) de que la raza judía es «genéticamente» mentirosa. En consecuencia, tenemos que concluir que la difusión de dicho material, en su conjunto, incitaba aunque fuera de forma indirecta al odio a la comunidad judía.

Por el contrario, estamos de acuerdo con el recurrente en que puede ser responsable del material que vende o difunde a través de la librería, pero no de la ideología de las personas que acuden a la misma. En todo caso, en la sentencia de instancia no se aporta ningún dato del que poder deducir que los clientes de la Librería Europa eran defensores de la violencia como método de resolución de los conflictos.

El resto de las cuestiones planteadas por el recurrente en relación a la valoración de la prueba (reiteración de que era librero y no editor o distribuidor de los libros, referencia a cuestiones propias

de las doctrinas negacionistas, como los comentarios al Diario de Anna Frank, o la relación que había mantenido con CEDADE, etc.) carecen de interés y trascendencia para resolver el recurso de apelación interpuesto.

TERCERO. La Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 7 de noviembre del año 2007 (STC n.º 235/2007).- Para la resolución del presente recurso de apelación, ésta Sección de la Audiencia Provincial, planteó una cuestión de inconstitucionalidad en relación al art. 607.2 del Código Penal, en el que se castiga la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de éste artículo (delitos de genocidio), o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años, siendo resuelta la misma por la STC 235/2007 que declaró inconstitucional y nula la inclusión de la expresión «nieguen o» en el primer inciso del art. 607.2 del Código Penal y declaró no inconstitucional el primer inciso del art. 607.2 del Código Penal que castiga la difusión de ideas o doctrinas tendentes a justificar un delito de genocidio, interpretado en los términos del fundamento jurídico novena de la sentencia.

En dicho fundamento jurídico se dice expresamente que «la especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad, como el genocidio, permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión; esto es incriminándose (y ello es lo que ha de entenderse que realiza el art. 607.2 CP) conductas que aunque sea de forma indirecta supongan una provocación al genocidio. Por ello, el legislador puede, dentro de su libertad de configuración, perseguir tales conductas, incluso haciéndolas merecedoras de reproche penal siempre que no se entienda incluida en ellas la mera adhesión ideológica a posiciones políticas de cualquier tipo, que resultaría plenamente amparada por el art. 16 CE y, en conexión, por el art. 20 CE. Para ello será necesario que la difusión pública de las ideas justificadoras entre en conflicto con bienes constitucionalmente relevantes de especial trascendencia que hayan de protegerse penalmente. Así sucede, en primer lugar, cuando la justificación de tan abominable delito suponga un modo de incitación indirecta a su perpetración. Sucederá también, en segundo lugar, cuando con la conducta consistente en presentar como justo el delito de genocidio se busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados en grupos definidos mediante la referencia a su color, raza, religión u origen nacional o étnico, de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación».

Con mayor precisión y refiriéndose concretamente a la forma como debe ser interpretado el art. 607.2 del Código Penal, se dice «que resulta constitucionalmente legítimo castigar penalmente conductas que, aun cuando no resulten claramente idóneas para incitar directamente a la comisión de delitos contra el derecho de gentes como el genocidio, sí suponen una incitación indirecta a la misma o provocan de modo mediato a la discriminación, al odio o a la violencia, que es precisamente lo que permite en términos constitucionales el establecimiento del tipo de la justificación pública del genocidio (art. 607.2 CP). Tal comprensión de la justificación pública del genocidio, y siempre con la reseñada cautela del respeto al contenido de la libertad ideológica, en cuanto comprensiva de la proclamación de ideas o posiciones políticas propias o adhesión a las ajenas, permite la proporcionada intervención penal del Estado como última solución defensiva de los derechos fundamentales y las libertades públicas protegidos, cuya directa afectación excluye la conducta justificativa del genocidio del ámbito de protección del derecho fundamental a la libertad de expresión (art. 20.1 CE), de manera que, interpretada en este sentido, la norma punitiva resulta, en este punto, conforme a la Constitución».

Por otra parte, dado que en la presente causa se dictó sentencia condenando a Pedro V. G. como autor de sendos delitos continuados de provocación a la discriminación, odio o violencia contra

grupos (art. 510 del CP) y de genocidio del art. 607.2 del CP, nos parece relevante recoger aquí la interpretación que el Tribunal Constitucional hace de los rasgos distintivos existentes entre uno y otro precepto. En este sentido, en el fundamento jurídico sexto de la sentencia se dice que «aceptando, como no podía ser de otro modo, el carácter especialmente odioso del genocidio, que constituye uno de los peores delitos imaginables contra el ser humano, lo cierto es que las conductas descritas en el precepto cuestionado consisten en la mera transmisión de opiniones, por más deleznable que resulten desde el punto de vista de los valores que fundamentan nuestra Constitución. La literalidad del ilícito previsto en el art. 607.2 CP no exige, a primera vista, acciones positivas de proselitismo xenófobo o racista, ni menos aún la incitación, siquiera indirecta, a cometer genocidio, que sí están presentes, por lo que hace al odio racial o antisemita se refiere, en el delito previsto en el art. 510 CP, castigado con penas superiores. Las conductas descritas tampoco implican necesariamente el ensalzamiento de los genocidas ni la intención de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas».

CUARTO. Delito de provocación a la discriminación, odio o violencia contra grupos (art. 510 CP).- Conforme a lo dispuesto en el art. 38.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en las cuestiones de inconstitucional, el Juez o Tribunal que ha planteado la cuestión de inconstitucionalidad quedará vinculado desde que tuviere conocimiento de la sentencia constitucional y las partes desde el momento en que sean notificadas, lo que en el presente caso comporta que una gran parte de los hechos declarados probados por la sentencia de instancia, más concretamente todos aquellos que hacen referencia a la difusión de doctrinas que niegan la existencia del holocausto, carecen de sanción penal

Por tanto, tenemos que analizar si el resto de hechos declarados probados por la sentencia de instancia constituyen, por sí solos, un delito de provocación a la discriminación, odio o violencia contra grupos del art. 510 del Código Penal o un delito de difusión de doctrinas que justifican el genocidio del art. 607.2 del mismo cuerpo legal.

El art. 510 del Código Penal dispone que «los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses».

La doctrina se ha planteado que es lo que debe entenderse por provocación en el ámbito del precepto mencionado. Parte de los autores (Landa Gorotiza) han considerado que no puede tratarse de una provocación en sentido técnico, es decir, de la provocación entendida en los términos previstos en el art. 18 del Código Penal, toda vez que ésta última es la incitación a la perpetración de un delito y, por el contrario, la provocación del art. 510 del Código Penal, al establecer como una de sus modalidades la incitación al odio, que en cuanto sentimiento privado de la persona o emoción humana nunca puede considerarse delictivo, parece claro que no es una provocación directamente encaminada a la perpetración del delito. En la misma línea, destacan que el delito de provocación a la discriminación del art. 510 del CP tiene una pena mayor que los delitos de discriminación propiamente dicha, es decir los previstos en los arts. 511 y 512 del CP, llegando a la conclusión de que la única interpretación posible de dicho precepto es la de considerar que el mismo trata de garantizar las condiciones de seguridad existencial de colectivos especialmente vulnerables. Según esta doctrina, debe realizarse una interpretación claramente restrictiva del precepto penal y aplicarlo tan solo en aquellos casos en los que los destinatarios de la provocación carezcan de autonomía suficiente (menores) o si se tratara de una situación de crisis extrema de un grupo especialmente vulnerable cuyas condiciones existenciales puedan verse verdaderamente afectada. Esta tesis imposibilitaría la aplicación, en el presente caso, del delito previsto en el art. 510 del Código Penal.

Otra parte de la doctrina defiende que la provocación a la que se refiere el art. 510 del CP ha de

reunir los mismos requisitos que la provocación prevista en el art. 18 del CP. En consecuencia, la provocación ha de ser directa y ante un colectivo de personas o por procedimiento que facilite su publicidad y debe incitar a la comisión de un delito, es decir a la realización de un acto discriminatorio o violento constitutivo de delito. Aunque se ha dicho que, por las razones que hemos expuesto anteriormente, no cabe la provocación al odio constitutivo de delito, lo cierto es que podría interpretarse la provocación como incitación a la realización de actos de odio que pudieran ser constitutivos de delito, como por ejemplo los delitos de injurias.

En todo caso, lo que parece claro, según se desprende de la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional de los arts. 510 y 607 del CP, es que existe una diferencia real entre la difusión de doctrinas que suponen una incitación indirecta a la comisión de delitos de genocidio o provocan de modo mediato a la discriminación, al odio o a la violencia y la provocación prevista en el art. 510 del Código Penal en la que la incitación a la discriminación, al odio y a la violencia es necesariamente directa y desde esta perspectiva nosotros consideramos que en el relato de hechos probados de la sentencia de instancia tan solo se refleja una labor de difusión de las doctrinas mencionadas, pero no se menciona ningún dato que permita atribuir al acusado una conducta de incitación directa a la realización de las conductas antes mencionadas, por lo que no concurren los requisitos necesarios para apreciar la comisión de un delito de provocación a la discriminación, odio o violencia contra grupos del art. 510 del Código Penal.

QUINTO. Delito de justificación pública del genocidio (art. 607.2 del CP).- Descartada la posibilidad de aplicar el delito de provocación a la discriminación, odio o violencia contra grupos, es necesario analizar si concurren los requisitos del delito previsto en el art. 607.2 del Código Penal, reiterando que analizaremos dicha cuestión teniendo en cuenta que el propio Tribunal Constitucional ha dado los criterios interpretativos del precepto mencionado al considerar «que resulta constitucionalmente legítimo castigar penalmente conductas que, aun cuando no resulten claramente idóneas para incitar directamente a la comisión de delitos contra el derecho de gentes como el genocidio, sí suponen una incitación indirecta a la misma o provocan de modo mediato a la discriminación, al odio o a la violencia, que es precisamente lo que permite en términos constitucionales el establecimiento del tipo de la justificación pública del genocidio (art. 607.2 CP)».

En este sentido, es necesario recordar que en la sentencia de instancia se declara probado que Pedro V. G., actuando en su condición de titular y director de la librería Europa, ha venido procediendo de forma habitual y continuada, a la distribución, difusión y venta de todo tipo de materiales en soporte documental y videográfico, libros, publicaciones, cartas, carteles, etc..., que en su inmensa mayoría, contenían textos en los que se incita a la discriminación y al odio hacia la raza judía. Que como consecuencia del registro judicial practicado en la mencionada librería, fueron ocupados 20.972 libros, 324 videos, 35 cintas de audio, 124 fotolitos, 35 catálogos y numerosa correspondencia, relacionados con las publicaciones anteriores, así como multitud de revistas, postales, posters, en los que aparecen reproducidos los símbolos del nacionalsocialismo, en actitud inequívocamente exaltatoria y se hacen continuas alusiones ofensivas y de denigración a la raza judía. Dichas publicaciones y material, estaban a la venta al público, y se exportaban por correo a multitud de clientes en Alemania, Austria, Bélgica, Brasil, Chile, Argentina y Sudáfrica, entre otros países.

En los mismos hechos probados se recogen expresiones utilizadas por algunos de los libros intervenidos como las siguientes: Del libro titulado Informe Leuchter, el fin de una mentira: cámaras de gas y holocausto judío» (sic) ... Dedicamos a Adolf Hitler la edición en castellano y la publicación en Chile de este informe, (pág. 5). La misma naturaleza judía edifica su existencia sobre la mentira, el plagio, la falsificación, desde los más remotos tiempos. Lo predicen sus libros, como el Talmud... Todo mentira: mentiras genéticamente montadas por una antirraza que no puede decir la verdad porque se destruiría, porque su alimento y su aire, su sangre es la mentira» (pág. 10).

Los libros titulados «Informe Leuchter, fin de una mentira sobre el holocausto judío», «El judío

internacional», «El mito del siglo XX», «La política racial nacionalsocialista», «Nosotros los racistas», «El antisemitismo actual», de los que se ocuparon 16 ejemplares, 117 ejemplares, 21 ejemplares, 308 ejemplares, 22 ejemplares y 255 ejemplares respectivamente, que se hallaban a la venta al público en la citada librería Europa, contenían análogas afirmaciones y valoraciones.

El material y fondo bibliográfico de ambas la Librería Europa y de CEDADE ha sido gestionado, utilizado y difundido indistintamente, bajo supervisión y dirección del acusado, tanto antes como después de la entrada en vigor del actual Código Penal.

Parece claro que, de los hechos declarados probados por la sentencia de instancia, una vez que han sido eliminadas todas las referencias a las llamadas doctrinas negacionistas, es patente que siguen existiendo razones para aplicar el tipo penal previsto en el art. 607.2 del Código Penal, toda vez que el contenido general de las publicaciones y materiales distribuidos por el acusado se aprecia, sin ningún género de dudas, una voluntad inequívoca de denigrar a la comunidad judía tildándola de genéticamente mentirosa, incitando, aunque sea de forma indirecta, a la discriminación, al odio y a la violencia contra dicha comunidad, que como ha dicho el Tribunal Constitucional, es precisamente lo que permite en términos constitucionales el establecimiento del tipo de la justificación pública del genocidio (art. 607.2 CP).

Finalmente, no puede prosperar la invocación realizada por el recurrente en relación al art. 30 del Código Penal y en relación a un posible error de tipo o error de prohibición por su parte, debiendo reiterarse aquí los correctos argumentos expuestos en el fundamento jurídico noveno de la sentencia de instancia, en los que se da una cumplida respuesta a ambas cuestiones, dándose por reiteradas las mismas en la presente resolución.

SEXTO. Delito continuado.- La sentencia de instancia entiende que es de aplicación al caso el instituto de la continuidad delictiva, aunque lo cierto es que no existe ningún razonamiento al respecto. Parece claro que la continuidad delictiva solo podría aceptarse en el caso de entender que cada vez que el acusado abría la librería y vendía o transmitía a terceras personas parte del material que esta siendo objeto de controversia, consumaba el delito de difusión de doctrinas que justifican el genocidio y que cada uno de estos actos era independiente del anterior y estaba dotado de autonomía propia, supuesto en el que, efectivamente, podría apreciarse la existencia de un delito continuado.

Sin embargo, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en otros supuestos similares al presente, como en los delitos contra la salud pública, ha defendido que la naturaleza del tipo penal excluye la posibilidad de considerar la continuidad delictiva, entendiendo que el delito de tráfico de drogas constituye una infracción de mera actividad, de peligro abstracto y de efecto permanente y que cualquiera de las conductas o todas ellas, aislada o repetitivamente, integran una sola infracción criminal. Asimismo, ha considerado que la repetida realización de actos, que no exigen resultado alguno, podrá computarse a la hora de individualizar la pena, que presenta un marco o recorrido penológico ciertamente amplio, pero nunca puede provocar un fenómeno de continuidad delictiva (por todas, la STS de 28 de octubre del año 2003).

La misma Jurisprudencia, llega a parecidas conclusiones, en relación a otros delitos como el de pertenencia a banda armada (STS 16/07/2004), delitos ecológicos (STS 29/11/2006) y delitos societarios (STS 26/11/2002). Por otra parte, la jurisprudencia de la Audiencias Provinciales, en relación al delito de abandono de familia por impago de pensiones, ha considerado que se trata de delitos de naturaleza permanente en los que tampoco cabe apreciar la continuidad delictiva.

En este sentido, nosotros consideramos que en el delito de difusión de doctrinas justificadoras del genocidio no existe un momento consumativo como en el llamado delito instantáneo, sino un período durante el cual, al persistir los elementos objetivos y la intencionalidad del sujeto, el delito se sigue consumando en todo momento, y, por tanto, no le son de aplicación las reglas de continuidad delictiva del art. 74.

De hecho, la palabra difusión no parece hacer referencia a un acto concreto de transmisión a terceras personas de la existencia de doctrinas que justifican el genocidio, sino que, por el contrario, por difusión debe entenderse, como ocurrió en el presente caso, una pluralidad de actos tendentes a lograr que dichas doctrinas alcancen a una pluralidad de personas más o menos indeterminada.

SÉPTIMO. Dilaciones indebidas.- La defensa del acusado a la vista del tiempo transcurrido desde que se dio inicio al presente procedimiento judicial, solicitó que se apreciara como muy cualificada la atenuante analógica de dilaciones indebidas (art. 21.6 del CP).

Las parte acusadoras se opusieron al reconocimiento de dicha atenuante argumentando que las dilaciones, en todo caso, fueron promovidas por la propia defensa del acusado que instó insistentemente del Magistrado que dictó la sentencia de instancia y de esta misma Sección de la Audiencia Provincial el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. Dicha argumentación en ningún caso puede prosperar, toda vez que el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad es una potestad exclusiva del órgano judicial sin que las partes estén legitimadas para promover ni siquiera el incidente previsto en el art. 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (por todas, la STC n.º 133/1987 de 21 de julio del año 1987). Por otra parte, a la vista de la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en la que se estima en parte la cuestión de inconstitucionalidad planteada, es patente la pertinencia de la misma. Finalmente, es evidente que la conducta procesal del acusado, o de su representación procesal, nada ha tenido que ver con la circunstancia de que el procedimiento seguido ante el Tribunal Constitucional estuviera paralizado desde el día 27 de noviembre del año 2000 (fecha en la que el Fiscal General del Estado se personó en dicho procedimiento realizando las alegaciones que tuvo por convenientes) y el día 6 de noviembre del año 2007 (fecha de la Providencia señalando para votación y fallo de la cuestión de inconstitucionalidad).

Según jurisprudencia reiterada, el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que aparece expresamente en el artículo 24.2 de la Constitución, no es identificable con el derecho al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes procesales, pero impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también la de ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. El artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, se refiere expresamente al derecho de toda persona a que su causa sea oída dentro de un plazo razonable.

Se trata de un concepto indeterminado cuya concreción se encomienda a los Tribunales. Para ello es preciso el examen de las actuaciones concretas, a fin de comprobar en cada caso si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado por su complejidad o por otras razones, y que no haya sido provocado por la actuación del propio acusado. En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Durán de Quiroga c. España y STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas c. España, y las que en ellas se citan). En el examen de las circunstancias de la causa también el TEDH ha señalado que el periodo a tomar en consideración en relación al artículo 6.1 del Convenio empieza desde el momento en que una persona se encuentra formalmente acusada o cuando las sospechas de las que es objeto tienen repercusiones importantes en su situación, en razón a las medidas adoptadas por las autoridades encargadas de perseguir los delitos. (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas c. España).

En cuanto a sus efectos, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha descartado, sobre la base del artículo 4.4º del Código Penal, que la inexistencia de dilaciones indebidas sea un presupuesto de la validez del proceso y por ello de la sentencia condenatoria. Por el contrario, partiendo de la validez de la sentencia, ha admitido la posibilidad de proceder a una reparación del derecho vulnerado mediante una disminución proporcionada de la pena en el momento de la individualización, para lo que habrá de atender a la entidad de la dilación. El fundamento de esta decisión radica en que la

lesión causada injustificadamente en el derecho fundamental como consecuencia de la dilación irregular del proceso, debe ser valorada al efecto de compensar una parte de la culpabilidad por el hecho, de forma análoga a los efectos atenuatorios que producen los hechos posteriores al delito recogidos en las atenuantes 4ª y 5ª del artículo 21 del Código Penal. Precisamente en relación con estas causas de atenuación, las dilaciones indebidas deben reconducirse a la atenuante analógica del artículo 21.6ª del Código Penal.

En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 de enero del año 2007 recuerda que en «la reunión de pleno no jurisdiccional de esta sala de fecha 21 de mayo de 1999 se acordó la posibilidad de aplicar la mencionada circunstancia atenuante analógica 6ª del art. 21, en favor de los acusados que pudieran haber sido perjudicados por la existencia de dilaciones indebidas», entendiendo que el propio tribunal que enjuicia los hechos ha de compensar, a través de la reducción de la pena, la culpabilidad de quien ha sido lesionado en este derecho fundamental reconocido en el art. 24.2 CE, siendo lo más adecuado proceder a la reparación de tal lesión dentro de la propia jurisdicción con preferencia a la obtención de un indulto o de una indemnización por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, reiterando que en todo caso «siempre aparece tal atenuante por dilaciones indebidas como circunstancia unida al hecho de un perjuicio o lesión a la persona enjuiciada».

En el presente caso, es patente el perjuicio ocasionado al acusado como consecuencia de la existencia del presente procedimiento, toda vez que durante una parte importante del tiempo transcurrido (desde la fecha de la sentencia de instancia de fecha 16/11/1998, hasta el auto de ésta Sección de la Audiencia Provincial de fecha 28/07/2003) el acusado estuvo privado de su pasaporte y, por tanto, se le ha impedido salir del territorio español, lo que no deja de ser una limitación importante de un derecho fundamental como lo es la libertad deambulatoria.

Dado el tiempo transcurrido entre la fecha en que se dictó la sentencia de instancia y la fecha de la presente resolución (más de nueve años), estimamos que debe apreciarse dicha atenuante con el carácter de muy cualificada, siendo procedente imponer la pena inferior en un grado a la prevista para el delito tipificado en el art. 607.2 del Código Penal, estimando adecuada a la gravedad de los hechos y de las circunstancias concurrentes la pena de siete meses de prisión.

OCTAVO. En base a todo lo expuesto, es procedente estimar en parte el recurso de apelación interpuesto y condenar a Pedro V. G. como autor de un delito de genocidio del art. 607.2 del Código Penal, concurriendo la circunstancia atenuante analógica muy cualificada de dilaciones indebidas, a la pena de siete meses de prisión, con las accesorias legales inherentes, condenándole asimismo al pago de la mitad de las costas procesales de instancia; absolviéndole del delito de provocación a la discriminación, al odio y a la violencia prevista en el art. 510 del Código Penal, declarando de oficio el resto de las costas procesales de instancia.

Declaramos de oficio las costas procesales que hubieran podido devengarse en esta alzada (arts. 239 y 240.1º de la LECrim.).

Vistos los artículos de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS:

ESTIMANDO en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Pedro V. G., contra la sentencia dictada el día 16 de noviembre del año 1998 por el Juzgado de lo Penal n.º 3 de Barcelona, en el Procedimiento Abreviado n.º 102/1998, REVOCAMOS dicha resolución condenando a Pedro V. G., como autor de un delito de genocidio del art. 607.2 del Código Penal, concurriendo la circunstancia atenuante analógica muy cualificada de dilaciones indebidas, a la pena de siete meses de prisión, con las accesorias legales inherentes, condenándole asimismo al pago de la mitad de las costas procesales de instancia y le absolvemos del delito de provocación a la

discriminación, al odio y a la violencia, previsto en el art. 510 del Código Penal, declarando de oficio el resto de las costas procesales de instancia. Asimismo, declaramos de oficio las costas procesales que hubieran podido devengarse en esta alzada.

Notifíquese esta sentencia a las partes personadas y, en su caso, también a los ofendidos y perjudicados que no hubieren comparecido, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso ordinario alguno.

Devuélvase los autos originales al Juzgado de lo Penal n.º 3 de Barcelona del que proceden, con certificación de esta sentencia para su cumplimiento y demás efectos legales.

La presente sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo, la pronunciamos y firmamos,

PUBLICACIÓN.-

La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, en audiencia pública. Doy fe.