



Roj: **SAP B 4638/2010 - ECLI:ES:APB:2010:4638**

Id Cendoj: **08019370022010100274**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **2**

Fecha: **26/04/2010**

Nº de Recurso: **79/2010**

Nº de Resolución: **259/2010**

Procedimiento: **Apelación penal**

Ponente: **MARIA JOSE MAGALDI PATERNOSTRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial de Barcelona

SECCION SEGUNDA

Rollo de Apelación nº AP79/10

Proceso Abreviado nº 150/09

Juzgado de lo Penal nº 11 de Barcelona

SENTENCIA nº 259

Ilmo. Sr. Presidente

D. Pedro Martín García

Ilmos. Srs. Magistrados

D. Javier Arzua Arrugaeta

Dª María José Magaldi Paternostro

En la ciudad de Barcelona a ventiseis de abril dos mil diez

En nombre de S. M. el Rey, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona ha visto en grado de apelación el Proceso Abreviado Rápido nº 150/09 , Rollo de Apelación nº AP79/10 sobre delito de difusión de ideas que justifican el genocidio y delito de provocación al odio y a la discriminación racial procedente del Juzgado de lo Penal nº 11 de Barcelona , en el que fueron partes el Ministerio Fiscal en el ejercicio de la Acción Pública y como Acusación Particular La Comunidad Israelita de Barcelona, representada por el Procurador Sr Ranera Cachis, siendo parte acusada Dionisio representado por el Procurador Sr Belsa Colina en virtud del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de dicho acusado y el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada a 5 de marzo de 2010 por la Ilma Sra. Juez del expresado Juzgado .

El recurso fue impugnado por el Ministerio Fiscal quien solicitó la confirmación de la sentencia objeto de apelación y asimismo lo fue por la representación procesal del acusado respecto del interpuesto por la Acusación Pública.

Ha sido Magistrado Ponente de esta resolución S.Sª Ilma Doña María José Magaldi Paternostro, quien expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 5 de marzo de 2010 y por el Juzgado de lo Penal nº 11 de Barcelona se dictó sentencia en el Proceso Abreviado nº 150/09 que contiene el fallo que aquí se da por reproducido por razones de economía procesal.



SEGUNDO.- Apelada fue la sentencia por el referido acusado y previos los trámites legales se remitieron los autos a esta Sección teniendo entrada en la misma el día 19 de abril de 2010, habiéndose celebrado el día de la fecha la preceptiva deliberación y votación del recurso interpuesto en cuya tramitación se han observado todas las prescripciones legales.

TERCERO.- Se aceptan y se dan por reproducidos los antecedentes de hecho y los hechos probados de la sentencia apelada

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se aceptan y se dan por reproducidos los Fundamentos de Derecho de la sentencia apelada excepto los atinentes a la condena que se pronuncia contra el acusado por el delito previsto en el artículo 510 CP que se sustituyen por los contenidos en esta resolución.

SEGUNDO.- Articula la representación procesal del acusado el recurso de apelación que interpone contra la sentencia dictada en la primera instancia alrededor de los siguientes motivos jurídicos: a) error en la valoración de la prueba en general y en relación al carácter indiciaria de la misma; b) infracción de precepto legal respecto del artículo 607.2 del CP; c) infracción de precepto legal respecto del artículo 510 del CP; d) infracción de precepto legal respecto del artículo 30 del CP; e) infracción de precepto legal respecto del artículo 20.7 del CP; f) infracción de precepto legal respecto del artículo 73 en relación con el artículo 8 del CP; g) infracción de precepto legal respecto de los artículos 61 a 72 del CP; h) infracción de preceptos constitucionales respecto de los artículos 24, 9.1 y 3, 14, 16.1 y 20.1 y 2 de la CE.

Sobre la base los argumentos que expone en el escrito de formalización del recurso solicita de este Tribunal la revocación de la sentencia y que se dicte otra de conformidad con sus pretensiones absolutorias.

El recurso de apelación debe prosperar parcialmente en esta alzada por las razones jurídicas que se explicitan en los siguientes Fundamentos de Derecho.

TERCERO.- Con carácter previo al análisis del fondo del recurso debe señalarse que si bien es cierto que el recurso de apelación permite la revisión de la valoración de la prueba efectuada por el Juez a quo, cierto es también que el hecho de que aquella tenga como base las pruebas practicadas a su presencia, garantizados los principios de publicidad, oralidad y contradicción, oídas Acusación y Defensa y las propias manifestaciones del acusado (artículos 24 de la CE, 741 de la LECRim y 229 de la LOPJ .) comporta que, en principio, aquella valoración deba ser respetada hecha excepción de que carezca de todo apoyo en el conjunto probatorio practicado en el acto solemne del Juicio Oral, lo que no acaece en la sentencia objeto de apelación..

Partiendo de estas premisas, basta la lectura de los argumentos expuestos en el recurso para observar que el aducido error en la valoración de la prueba, por lo que a la acreditación de los extremos cuestionados por el recurrente se refiere, se sustenta sobre un único extremo: cuestionar la valoración efectuada por el Juez a quo sobre la base de una distinta, y aunque legítima, parcial, lectura de la prueba practicada en el Acto del Juicio.

En efecto, se alega por el recurrente por un lado que los textos y conferencias se limitan a negar o poner en duda el holocausto pero no lo justifican ni incitan a su repetición y que, en todo caso, su conducta no iba dirigida a provocar discriminación alguna por las razones típicas que se enumeran en el artículo 510, desconociendo incluso el acusado el concreto contenido de algunas de las obras editadas; por otro lado, cuestiona el recurso a la prueba indiciaria a la que acude la Juez a quo para entender que la conducta del acusado iba dirigida a difundir doctrinas e ideas justificadoras del genocidio y provocaba a la discriminación.

Pues bien, basta la lectura de los textos transcritos y las conferencias que conforman los hechos probados, para observar que en ellos no solo se difunden tesis negacionistas, sino que se exalta la primacía intelectual de la raza blanca, se menosprecia a negros y judíos a los que se considera pueblos inferiores por lo que debe serles negados todos los derechos civiles y políticos, se abomina del mestizaje, se apuesta por la segregación racial, por la exclusión de las razas no indoeuropeas y de las mujeres de la vida pública y por la eliminación de los seres tarados y enfermos incurables, esgrimiendo argumentos, incluso biológicos, que justificarían la eliminación o el sometimiento de estos pueblos, etnias o personas lo cual, equivale objetivamente a una incitación, por lo menos indirecta y subliminal, a la discriminación

En este sentido, olvida el recurrente, que insiste en hacer girar todo el contenido de la acusación que se dirige contra el acusado en el "problema judío", que el Derecho Penal mira al futuro por lo que la razón de la prohibición bajo pena de la difusión de estas ideas no es evitar bajo pena que se niegue o dude del Holocausto Judío sino evitar que pueda volver a repetirse un espanto como aquél que denigra a toda la especie humana y que fue el punto de partida de la toma de conciencia internacional de hasta donde pueden llegar ideologías como el nacionalsocialismo. Y no solo aquel genocidio que constituye una verdad histórica vergonzante, sino otros



como el genocidio armenio, el de los hutus en manos de los tutsis o el de la antigua Yugoslavia para citar ejemplos archiconocidos.

Es por ello, que político criminalmente se ha entendido que deben adelantarse las barreras de la protección penal incriminando, no la mera adhesión ideológica, no la edición y venta de la obra de Hitler o de personajes como Leon Degrelle, no el cuestionamiento de los hechos históricos, sino la difusión de ideas o doctrinas que justifiquen (biológica, política, filosófica o económicamente) "cualquier tipo de genocidio", y precisamente porque no pertenecen solo al pasado sino que, dada la naturaleza humana, su proyección posible en el futuro no es descartable, el legislador penal entiende que es siempre peligroso. (peligro abstracto) la difusión de las ideas y doctrinas que justifican tal barbarie.

Y precisamente porque el precepto puede colisionar con el derecho a la libertad ideológica, el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la libertad de información, porque no existe censura previa y ,por lo tanto, en principio pueden editarse y venderse libros de esta naturaleza y darse conferencias de todo tipo, la prueba de que en realidad se está traspasando el marco del ejercicio de tales derechos para incidir dolosamente en la conducta penalmente relevante del artículo 607.2, deberá ser prácticamente siempre indiciaria,

En este sentido, la Juez a quo parte de los siguientes indicios (hechos ciertos acreditados mediante prueba directa de cargo): a) las conferencias continuadas en el tiempo siempre sobre la misma temática y pronunciadas, como es de común conocimiento, por personajes significativos de la extrema derecha nacional e internacional y nacionalsocialistas declarados (así Irving y recientemente Manfred Roeder); b) el contenido y los autores de los libros incautados; c) la parafernalia claramente nazi que presidía las conferencias y sesiones que en la librería Europa (cuyo propietario se ha confesado incluso públicamente como nazi) se daban.

De esta multiplicidad de hechos ciertos (indicios) a los que cabría añadir que dicha librería es referente en España y en el extranjero de editar y vender (incluso por internet) literatura que justifica doctrinas que constituyeron y constituyen la base o presupuesto para eliminar o discriminar grupos de seres humanos por su etnia, raza, religión, etc, se infiere lógicamente, sin que quepa otra posibilidad razonable, que el acusado realizaba la conducta por la que se pronuncia condena en su contra, siendo, en consecuencia, prueba suficiente para fundarla.

Pero sobre ello volveremos al analizar el tipo penal descrito en el artículo 607.2.

Y la sentencia debe ser confirmada además en este primer motivo porque a diferencia de lo pretendido por la parte recurrente, la función del Tribunal llamado a la apelación no ha sido nunca realizar un "novum iudicium" sino valorar la corrección fáctica y jurídica del pronunciamiento judicial dictado en la primera instancia, lo que, en sede de configuración de los hechos que se entienden probados y atendido al principio de libre valoración de la prueba y a la inmediatez de la que goza el Juez de instancia y de la que se adolece en esta alzada, se concreta exclusivamente en ponderar si el juicio de valoración efectuado para determinar los hechos se sustenta sobre prueba de cargo practicada en Juicio y si la conclusión fáctica a la que se llega guarda relación lógica con aquella, debiendo respetarse en la segunda instancia (no modificar los hechos) la conclusión judicial respetuosa con dichas exigencias.

CUARTO.- Con carácter previo al análisis de los motivos jurídico-interpretativos del recurso interpuesto por la representación procesal del acusado, la Sala expresa dos extremos, que entiende vinculantes, y que resultan esenciales a la resolución que dicta. Estos extremos son los siguientes:

1º) El artículo 5 .1 de la LOPJ determina que "los Jueces y Tribunales..interpretarán y aplicaran 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", lo que, en el caso que nos ocupa (artículo 617.2 CP) nos reconduce obligatoriamente a la STC (del Pleno) nº 235/07 de 7 de noviembre (ref..5152) que contiene también aspectos interpretativos en relación con el artículo 510 CP. que no pueden ser obviados por los Tribunales ordinarios.

2º) La expresión "sometidos unicamente al imperio de la Ley" del artículo 117 CE, que constituye formalmente una garantía de su independencia, comporta materialmente que el ordenamiento penal opera para el Juez como un axioma, en el sentido de que la función de aplicar las leyes, que constitucionalmente le está asignada, supone que deberá interpretarlas ateniéndose exclusivamente a los criterios hermeneuticos enumerados en el artículo 3.1 del CC, al margen, pues, de cualquier otra consideración, desde luego subjetiva, pero también política o mediática lo que no es óbice, sino al contrario, para que las interprete "de acuerdo con la realidad del tiempo en que han de ser aplicadas" (interpretación teleológica)

Y ya en el marco de la labor interpretativa, la función de "ultima ratio" del Derecho Penal , que lo legitima materialmente en un Estado de Derecho, y que se traduce para el legislador en la obligación de prohibir bajo pena unicamente los ataques mas graves contra bienes jurídicos fundamentales del individuo, de la



sociedad y de las instituciones que configuran el Estado democrático, alcanza igualmente al Juez y se traduce en la obligación de interpretar restrictivamente los preceptos penales, tanto mas cuando éstos no cumplen escrupulosamente con el mandato de taxatividad (lex certa, scripta, stricta).

De este modo, puesto que las leyes para ser aplicadas deben ser interpretadas, el Juez, al acotar rigurosamente hasta donde llega (y hasta donde no) el ámbito de protección de la concreta norma penal de que se trate, hace efectiva, en garantía de todos los ciudadanos, la función del sistema penal que no es otra (pero solo ésta) que ser el ultimo instrumento de control social y - lo que es mas importante- lo hace eficaz y creíble.

No así cuando se limita a detallar profusamente los hechos y subsumirlos sin mas en la norma de que se trate, dando por supuesto su encaje, puesto que tanto el acusado como el resto de los ciudadanos tienen derecho a saber porqué unos hechos (y no otros) constituyen una conducta punible.

En todo caso, la vinculación del Juez a la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional a la que aludíamos no es excluyente de la vinculación a la segunda, es decir, que cuando el Alto Tribunal interpreta un precepto lo hace en relación con los preceptos y principios constitucionales (si es o no acorde a los mismos, estableciendo en su caso, una interpretación constitucional del precepto) lo que no exonera al Juez de -acatada la interpretación constitucional- interpretarlo a su vez, conforme a la hermeneutica jurídica. O dicho en palabras del Tribunal Constitucional su único cometido , al valorar si un precepto es o no constitucional y ofrecer si cabe una interpretación conforme a la Constitución, es " velar por que no vulnere la Constitución" (STC 235/07) siendo cometido de la jurisdicción ordinaria fijar el alcance y contenido de los tipos penales, en cuanto " no es, desde luego cometido de este Tribunal depurar técnicamente las leyes, evitar duplicidades o corregir defectos sistemáticos, sino solo velar por que no vulneren la Constitución"..

En la interpretación que efectuamos de los tipos penales descritos en los artículos 607.2 y 510 del CP partiremos pues de la vinculación a la interpretación que efectúa el Alto Tribunal como límite infranqueable de su constitucionalidad para, posteriormente, dotar de contenido cada uno de dichos tipos penales conforme los criterios hermeneuticos que deben presidir la función de aplicación de las leyes penales que constitucionalmente se nos asigna.

QUINTO.- Denunciando el segundo motivo del recurso la infracción del artículo 607.2 , es preciso comenzar el análisis con la interpretación conforme a la Constitución (a sus preceptos y principios) que la STC 235/07 hace del inciso 2. del artículo 607 por el que se pronuncia condena contra el recurrente,

Ha dicho el Tribunal Constitucional, que proclama la inconstitucionalidad de la mera negación del genocidio : "ni tan siquiera tendencialmente puede afirmarse que toda negación de conductas jurídicamente calificadas como delito de genocidio persigue objetivamente la creación de un clima social de hostilidad contra aquellas personas que pertenezcan a los mismos grupos que en su día fueron victimas del concreto delito de genocidio cuya inexistencia se pretende ni tampoco que toda negación sea per se capaz de conseguirlo."

"Diferente es la conclusión a propósito de la conducta consistente en difundir ideas que justifiquen el genocidio. Tratándose la expresión de un juicio de valor, sí resulta posible apreciar el citado elemento tendencial en la justificación pública del genocidio. 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 hace el art. 607.2 CP) conductas que aunque sea de forma indirecta supongan una provocación al genocidio"....." 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 20CE"

" Para ello será necesario que la difusión pública de las ideas justificadoras entre en conflicto con bienes constitucionalmente relevantes de esencial 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 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"

"Por lo demás el comportamiento despectivo o degradante respecto a un grupo de personas no puede encontrar amparo en el ejercicio de las libertades garantizadas en el artículo 20.1 CE que no protegen las expresiones absolutamente vejatorias, es decir, las que en las concretas circunstancias del caso sean ofensivas u oprobiosas"



"De ese modo, 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 lo que permite en términos constitucionales el establecimiento del tipo de la justificación pública del genocidio. 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 y posiciones políticas propias o de adhesión a las ajenas"

De lo expuesto se infiere que el Tribunal Constitucional supedita la constitucionalidad del precepto al siguiente presupuesto:

Al ser la especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad, como el genocidio, lo que permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública del delito de genocidio, tal justificación deberá operar siempre como incitación indirecta a su comisión; esto es, incriminándose (y ello es lo que ha de entenderse que hace el art. 607.2 CP) conductas que aunque sea de forma indirecta supongan una provocación al genocidio".....

Sólo y 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. 20CE".

Ello sucederá:

a) Cuando la justificación de tan abominable delito suponga un modo de incitación indirecta a su perpetración.

b) 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 grupos definidos mediante la referencia a su color, raza, religión u origen nacional o étnico y cuando se busque idéntica finalidad con comportamientos o expresiones absolutamente vejatorias, ofensivas u oprobiosas, contra los mismos.

Solo y siempre cuando ("de tal manera que" en palabras del Alto Tribunal) representen un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación", es decir, cuando se inserten en lo que se ha convenido denominar "discurso del odio "

"De ese modo, 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 lo que permite en términos constitucionales el establecimiento del tipo de la justificación pública del genocidio. 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 y posiciones políticas propias o de adhesión a las ajenas"

Con esta interpretación el Tribunal Constitucional otorga el único sentido constitucionalmente posible a un precepto cuya expresa regulación había sido ya reclamada en anteriores resoluciones (por todas STC 234/91 y STC 176/95) denegando el amparo frente a una sentencia que había condenado por injurias "la apología de los verdugos del pueblo judío": proclamando que :

" la apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos a costa de la humillación de sus víctimas no cabe en la libertad de expresión como valor fundamental del sistema democrático que proclama nuestra Constitución. Un uso de ella que niegue la dignidad humana, núcleo irreductible del derecho al honor en nuestros días, se sitúa por sí mismo fuera de la protección constitucional".

SEXO.- Siguiendo las pautas interpretativas del Tribunal Constitucional y acudiendo a los criterios hermeneuticos enumerados en el artículo 3.1 del CC, abordamos ahora la exégesis del artículo 607.2 del CP a efectos de determinar si la condena pronunciada por la Juez a quo infringe, como sostiene la Defensa los artículos 607.2, 30 y 20.7 y 61 a 72 del CP, y vulnera los artículos 24.19.1 y 3 en relación con el artículo 25.1, 20 y 16.1 de la CE.

La conducta prohibida bajo pena se concreta en la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que justifiquen los delitos tipificados en el artículo anterior (esto es, el genocidio) o pretendan la rehabilitación de regimenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos.

Se trata - y en esto existe consenso doctrinal- de un delito de peligro abstracto, esto es , aquellos que, a diferencia de lo que sucede en los delitos de peligro concreto en los que el tipo requiere como resultado de la acción la proximidad de una concreta lesión del bien jurídico, no exigen tal resultado de proximidad de lesión de un concreto bien jurídico, sino que



basta la peligrosidad de la conducta, peligrosidad que se supone inherente a la acción, salvo que se pruebe que en el caso concreto la peligrosidad quedó excluida de antemano, lo que procesalmente incumbirá acreditar al acusado.

Esta exclusión del peligro ex ante no debe, sin embargo, inducir al error de que falte el tipo cuando se demuestre que a posteriori no resultó peligro concreto porque, de admitirlo así, se borraría la diferencia entre delito de peligro abstracto y delito de peligro concreto y se distorsionaría el fundamento político criminal de los delitos de peligro abstracto que ha de verse en la conveniencia de no dejar a juicio de cada cual la estimación de la peligrosidad de acciones que con frecuencia son lesivas (peligro estadístico)

Así concebido el tipo objeto de análisis, la lesividad material de la conducta (antijuricidad material) viene determinada por la propia realización de la misma y deberá afirmarse siempre que no se pruebe que el peligro inherente a la misma ha sido excluido ex ante, extremo que, como hemos dicho, deberá ser acreditado por el acusado.

La estructura del tipo del artículo 607.2 como delito de peligro abstracto y la concreta regulación típica de "lo" que el legislador quiere prohibir bajo pena (difundir ideas o doctrinas que justifiquen el genocidio o pretendan la rehabilitación de regímenes que amparen prácticas generadoras del mismo), que es susceptible de incidir en derechos fundamentales tan relevantes en un Estado de Derecho como lo son la libertad ideológica, la libertad de expresión y la libertad de información, ha originado un reto interpretativo al que la doctrina ha proporcionado diversas soluciones señalando como puntos controvertidos los siguientes:

- a) el bien jurídico protegido y su posible afectación (peligro) por la realización de la conducta;
- b) el sentido a proporcionar a la expresión típica "difundir ideas o doctrinas" por su posible colisión con el derecho a la libertad de expresión y la libertad de información
- c) el sentido a proporcionar a la expresión típica "justificar el genocidio" o "pretender la rehabilitación de regímenes que lo amparen" por su posible colisión con el derecho a la libertad ideológica.

A ella, a la doctrina penal española que se ha ocupado específicamente del precepto, nos referiremos como punto de partida de nuestra interpretación, al no existir -salvo error del Tribunal- pronunciamiento alguno sobre la materia por la Sala Segunda del Tribunal Supremo-, para proporcionar la respuesta jurídica a las alegaciones de la parte recurrente.

Se parte de dos puntos comunes :

1º) El actual artículo 607 no puede ser calificado de delito de apología del genocidio, por lo menos de la apología a la que se refiere el vigente artículo 18.1 del CP; es más, la provocación al genocidio se halla expresamente prevista en el artículo 615 del CP referida in genere a todos los delitos contra la comunidad internacional previstos en el Título XXIV y las penas asociadas a la misma son abstractamente muy superiores a las previstas en el artículo 607.2. Esta elemental constatación está en la base del consenso doctrinal en torno a una idea, asumida también por la jurisprudencia menor: el artículo 607.2 no puede ser interpretado en clave de incitación directa a cometer el delito de genocidio, ni siquiera como forma de apología -ergo de provocación- como la define el artículo 18.1 CP.

2º) Pero de ahí a pretender que el artículo 607.2 sancione la simple exteriorización pública de una opinión, por reprobable ético socialmente que resulte, media un trecho. Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en la sentencia 235/07 al declarar la inconstitucionalidad de sancionar penalmente el mero negacionismo o revisionismo.

Y ahí empiezan las divergencias doctrinales y el intento de dotar de sentido material al precepto. Sentido que, por un lado, debe ser necesariamente restrictivo por la convergencia con los derechos fundamentales a la libertad ideológica, de expresión y de información y por otro lado, porque para afirmar la lesividad material no es admisible el fácil expediente de considerar que estamos simplemente ante un delito de peligro abstracto, esto es, una presunción iuris et de iure de peligrosidad para ciertos colectivos.

Se ha dicho -con razón- que nuestro artículo 607.2 no deja de ser sino la versión española de lo que en el ámbito germánico se conoce como la mentira de Auschwitz (Auschwitzlüge) o más propiamente "la negación de Auschwitz". Pero con la importante diferencia de que la relevancia penal de la negación, banalización o justificación del genocidio en Alemania se ve limitada en su ámbito típico a los acontecimientos relacionados con el holocausto llevado a cabo por el régimen nacionalsocialista durante la segunda guerra mundial, lo que no sucede en nuestro Derecho.

Hasta el año 1994 las conductas de negación o banalización del holocausto solo podían sancionarse en caso de que se dieran las exigencias del párrafo 130 del CP que preveía la incitación a la población al



odio o la violencia racial . Doctrina y jurisprudencia venían distinguiendo entre "la mentira de Auschwitz simple" (einfache Auschwitzlüge) y la "mentira de Auschwitz cualificada"; en ambas (mentiras) tenia lugar una negación de hechos relativos al genocidio sufrido por el pueblo judío, pero solo la mentira cualificada merecía reproche penal por atentatoria a la dignidad humana que, tras la segunda guerra mundial, ha sido, por demás, asumida como bien jurídico fundamental por la comunidad internacional. Para ello se exigía la identificación del autor con la ideología nacionalsocialista y que de las manifestaciones incitadoras pudiera deducirse con claridad que se negaba el derecho a la vida o a una vida igualitaria de los judíos.

Es en el año 1994 (Ley de lucha contra la criminalidad de 28 de octubre de 1994) cuando se reforma el artículo 130 antes citado incriminándose con pena hasta cinco años de prisión a aquel que públicamente apruebe, niegue o banalice el holocausto ("una acción de las recogidas en el parágrafo 220 cometida bajo el régimen nacionalsocialista") de una forma adecuada para perturbar la paz pública". Y se reforma por el incremento de las actividades radicales de grupos violentos de extrema derecha frente a los que no se había actuado adecuadamente ni en instancias policiales ni judiciales pese a permitirlo la legislación vigente hasta el momento.

En esta última línea un sector de la doctrina española propone para dotar de contenido material el tipo del artículo 607.2 la exigencia de que las conductas justificantes de aquellas ideas o doctrinas que se difunden presenten una "idoneidad ex ante para conmocionar las condiciones de seguridad existencial del grupo" lo que equivaldría a entender que se trataría de conductas que, de no existir el artículo 607.2, deberían canalizarse claramente hacia el ámbito de prohibición del artículo 510 CP;.

Tal tesis no resulta compartible de "lege lata" por dos razones: a) porque haría innecesaria la existencia de una u otra figura penal que, de otro modo, serían intercambiables ; y b) porque, al proponer una interpretación en términos básicamente similares a la del artículo 510 , requeriría para poder dar lugar a la aplicación de este precepto no solo "la provocación o incitación directa" sino la existencia o creación de un determinado clima social -contexto de crisis- en el que hubiera grupos especialmente debilitados y fácilmente identificables, susceptibles, por tanto, de ser objeto de agresión a gran escala por otros sectores de la población con demostrada capacidad y disposición de proceder, ante este tipo de incitaciones, a ataques indiscriminados, a la "cacería humana", en un ambiente próximo al enfrentamiento civil . No negamos que de "lege ferenda" tal vez hubiera sido o fuera posible la configuración del tipo en el sentido propuesto pero entendemos que tal interpretación no es sostenible de "lege lata" en cuanto no es factible inferir del tipo la exigencia del "contexto de crisis".

Efectivamente, es claro que el contenido que este sector doctrinal otorga al precepto entronca directamente con la reforma operada en Alemania en el año 1994 del parágrafo 130 de su CP, legislación que ha operado, como es sabido, de modelo legislativo en la regulación de este delito en nuestro sistema; sin embargo, entendemos que el legislador español se basó en el modelo alemán solo en líneas generales y, por otra parte, la posición del Tribunal Constitucional en la sentencia 235/07 es tajante y vinculante: declara la inconstitucionalidad de la mera negación del genocidio y sujeta la constitucionalidad de la justificación únicamente a que suponga objetivamente y ex ante una incitación indirecta al genocidio y a la discriminación, es decir - en palabras del Tribunal- cuando " representen un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación" o lo que es lo mismo " cuando se inserten en lo que se ha convenido denominar "discurso del odio"

Es obvio que desde esta postura interpretativa (que por lo dicho no compartimos) , que no halla sustento ni en la "mens legislatoris ni en la "mens legis como tampoco en la interpretación del precepto que realiza el Tribunal Constitucional y que dificultaría enormemente dotar de contenido autónomo al artículo 510 y aún a la apología del genocidio del 615, la conducta del acusado sería atípica puesto que afortunadamente hoy por hoy nuestro país no se halla en lo que se ha convenido llamar "antesala del holocausto".

Otra cosa es que conductas como la que es objeto de enjuiciamiento, sean idóneas ex ante para crear y alimentar un caldo de cultivo susceptible de generar en sectores sociales de extrema derecha no democrática actitudes hostiles, de violencia y odio, hacia aquellos colectivos, que puedan calificarse de "antesala de la antesala de la violencia". En la evitación de este contexto se legitimaría políticamente el adelantamiento de las barreras de la protección penal que se efectúa a través del artículo 607.2 CP

En términos parecidos se pronuncia otro sector doctrinal que entiende que la esencia de la ilicitud de las conductas descritas en el artículo 607.2 CP residiría en "el mensaje de hostilidad y desprecio hacia el colectivo afectado por el genocidio", por lo que el precepto debería ser interpretado en el sentido de delito de peligro de conductas generadoras de un clima de violencia y hostilidad en el que habría de exigirse, al igual que en el delito de provocación del artículo 510 CP, "la idoneidad de la conducta para crear en otros actitudes de hostilidad hacia el colectivo afectado".



Desde esta perspectiva, que conecta con "el peligro cierto de generar clima de violencia u hostilidad que puedan dar lugar a la discriminación" del que habla el Constitucional, en el apartado 2º del artículo 607 CP el legislador prohibiría bajo pena no la conducta aislada de justificar el genocidio sino la conducta de difundir ideas o doctrinas que lo justifiquen, radicando, precisamente en ello (la difusión pública) la peligrosidad objetiva ex ante - la idoneidad en suma- de estas doctrinas justificadoras.

SEPTIMO.- Aceptamos, pues, como punto de partida esta posición doctrinal con las precisiones siguientes y afirmamos que la relevancia penal de la conducta de Dionisio por el artículo 607.2 del que venía acusado deriva, a entender de este Tribunal, no solo del contenido de los libros incautados y de las conferencias pronunciadas, sino que la lesividad material de su conducta viene determinada por cumplir absolutamente el contenido interpretativo que proporcionamos a las expresiones típicas "difundir" y "justificar" en este país y ahora (donde se aplica la norma penal), doctrinas que minimizan, banalizan y justifican en motivos de raza o etnia la discriminación y el exterminio de seres humanos. Así:

1º) Parece evidente que escribir y exponer ideas y doctrinas como las que recogen los libros incautados y constituían el contenido de las conferencias impartidas en la Librería Europa, así como que editar "Guardia de hierro.El fascismo rumano" de Corneliu Zelea Codreanu, "El hombre nuevo" de Ion y.Motza o "Nobilitas" de Alexander Jacob por citar solo alguna de las obras editadas por el acusado, no integran por sí solas el tipo del artículo 607.2 CP, en cuanto, por muy detestables, acientíficas e incluso ridículas que sean o puedan parecernos , hallan en principio amparo en el derecho a la libertad ideológica y en la libertad de expresión. De la misma manera que lo hallaría un libro o artículo publicado ex novo en la actualidad sobre la materia.

Dicho de manera sintética: la exposición, aun pública de ideas o doctrinas (escribiendo o editando o dictando o patrocinando conferencias) cumpliría solo una parte del tipo del artículo 607.2 y, en consecuencia, el acusado no sería punible por el delito del artículo 607.2.CP

La edición o venta de un libro de contenido similar al que se transcribe en los hechos que se entienden probados, el dictado de una conferencia o escribir un artículo de similar contenido, autónoma y aisladamente, no integra la conducta prohibida en el precepto (libertad ideológica y libertad de expresión) sino, en su caso, si constituye libelo es susceptible de constituir un delito de injurias.

Así se pronunciaban la STC nº 176/95 y la STC 214/91, dictadas antes de la entrada en vigor del artículo 607.2 CO, pero que, a juicio de esta Sala y por la interpretación que proporcionamos a este precepto, siguen de plena vigencia:

"en las publicaciones...., no se limitó a manifestar sus dudas sobre la existencia de cámaras de gas, sino que en sus declaraciones que han de valorarse en su conjunto efectuó juicios ofensivos al pueblo judío..., afirmaciones que manifiestamente poseen una connotación racista y antisemita y que no pueden interpretarse mas que como una incitación antijudía que constituye un atentado al honor de la actora y de todas las personas que estuvieron internadas en los campos de concentración". "Ni la libertad ideológica, ni la libertad de expresión comprenden el derecho a efectuar manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo puesto que, como dispone el artículo 20.4, no existen derechos ilimitados y ello es contrario no solo al derecho al honor de la persona o personas directamente afectadas sino a otros bienes constitucionales como el de la dignidad humana (art. 10 CE) y que "la dignidad humana como rango o categoría de la persona como tal del que deriva y en el que se proyecta el derecho al honor (art. 18CE) no admite discriminación por razón de nacimiento, raza o sexo, opiniones o creencias. El odio y desprecio a todo un pueblo o a una etnia (a cualquier pueblo o a cualquier etnia) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana que solo se cumple si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos"

"La apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos, a costa de la humillación de sus víctimas no cabe en la libertad de expresión.... Un uso de ella que niegue la dignidad humana, núcleo irreductible del derecho al honor en nuestros días, se sitúa por si mismo fuera de la protección constitucional"

Pero resulta, que existe común acuerdo en que tras el Holocausto, la comunidad internacional hizo suyo el principio, desde entonces universal, de que la dignidad y su correlativo derecho a la no discriminación es patrimonio inherente a todo ser humano por el solo hecho de pertenecer a la especie del benévola denominación "homo sapiens", con lo cual elevó a la categoría de bien jurídico supraindividual y aun supraestatal la dignidad de todo ser humano, sea cual fuere su raza, etnia, nacionalidad, sexo o capacidades físicas o psíquicas y su correlativo derecho a no ser discriminado, razón por la cual exhortó a los países que la integran a proteger de manera autónoma y efectiva, incluso bajo pena, no solo toda violación grave de dicho derecho sino incluso el peligro de la misma



A juicio de este Tribunal, este es el origen y fundamento de la tipificación del artículo 607.2 del CP y de su inserción en el título dedicado a los "delitos contra la comunidad internacional" y esta es la interpretación conforme a la constitución del precepto que nos proporciona la STC 235/07.

Y, ¿A que nos conduce la anterior reflexión? Si a través de la exposición y divulgación de ideas o doctrinas, como las que constituyen los hechos probados de la sentencia objeto de apelación, se violan dos bienes jurídicos distintos y diferenciados como lo son el honor y la autoestima, (bien jurídico individual) de cada uno de los integrantes del pueblo judío al que se le denomina "ratas" y "parásitos", de los negros a los que se califica de "cáncer social" e "inferiores", de las mujeres de las que se dice "carecen de una visión intuitiva y espiritual de las cosas", y además la dignidad de todo ser humano por el hecho de serlo, (bien jurídico supraindividual), cumplidos claro es el resto de exigencias típicas del artículo 607.2 del CP, un solo hecho, da lugar a dos infracciones distintas y, por lo tanto, nos hallaríamos ante un delito de injurias graves (para cuya persecución se halla legitimado cualquier miembro del colectivo afectado según declaró la STC 214/91 y reiteró la STC 176/95) en concurso ideal con un delito contra la comunidad internacional (un solo hecho dos delitos), lo que expresamos como obiter dicta a la vista que la Comunidad Israelita de Barcelona no ha formulado acusación por el primero de los delitos.

2º) Las ideas y doctrinas contenidas y expuestas en las obras editadas y/o vendidas por el acusado y en las conferencias por él patrocinadas no se limitan solo a pontificar sobre la "supremacía de la raza blanca" o a cuestionar un hecho histórico como lo fue el Holocausto, sino que justifican el genocidio subliminalmente a veces, directamente otras, partiendo de la base de la necesaria discriminación que, "la raza blanca" o la "pureza de la raza" debe llevar a cabo respecto de razas, etnia, religión o condiciones físicas o psíquicas. A través de ello no solo se redundaba en aquella superioridad de los blancos (los arios, los indoeuropeos) lo cual sería científica y socialmente una patochada inane, sino que se incita de manera indirecta a la discriminación y aun a tomar medidas drásticas, violentas y a veces definitivas contra determinados grupos de seres humanos.

Veamos solo unos ejemplos: "la misión (de los hombres) es conservar su raza, y si esta se hallase en peligro de ser oprimida o hasta eliminada, la cuestión de legalidad pasa a un plano secundario"; "habría llegado el momento de arremeter contra toda la fraudulenta comunidad de judíos envenenadores del pueblo"; "el imperativo de hacer imposible a los seres defectuosos la procreación de una descendencia defectuosa es un imperativo de la mas clara razón"; "se deberá proceder sin piedad al aislamiento de enfermos incurables"; "el judío siempre fue un parásito en el organismo nacional de otros pueblos"; " la mezcla de sangre y por consiguiente la decadencia racial son las únicas causas de la desaparición de las viejas culturas"; "hoy día y en España, los mas grandes vocingleros de autonomía, etc... no tienen el mas mínimo sentido higiénico a la hora de aceptar moros, negros etc..."; "bastaría un golpe de hombría en los recortes políticos y culturales de occidente para que en un solo día la nefasta influencia judaica dejara de inquietarnos"; " algún día los blancos serán perseguidos en su propio suelo por pueblos inferiores"; "(refiriéndose a occidente) :se salva a seres víctimas de accidentes biológicos, sostiene a los débiles, los tarados y los degenerados, permitiéndosele vivir.."; ""los negros (por su inferioridad) deberían recibir un tipo de educación diferente a la de los blancos,,,; " La segregación era un método apropiado para tratar el problema racial"; "los judíos son absolutamente incapaces de una genuina humanidad, justicia o veracidad, por consiguiente deberían denegárseles todos los derechos civiles y políticos"; "las mujeres no deberían ser consideradas ciudadanas iguales a los hombres"; " la mayor equivocación es igualar a los desiguales"; "las razas negroides están naturalmente destinadas a la esclavitud; "esto significa que aceptará con una conciencia tranquila el sacrificio de innumerables seres humanos que por su propio bien deben ser suprimidos como incompletos seres humanos"; "este proceso de desaparición puede todavía ser detenido con la lucha por la total eliminación de los judíos"; "eliminación del peligro hebreo, sus hijos y sus nietos deberán ser perseguidos por su raza";

Justificar un delito, en el sentido que desde una interpretación lógico-sistemática, histórica y teleológica debe proporcionarse a la expresión en el contexto que el legislador la emplea, es fundamentalmente negar o cuestionar la desvalorización ético social del hecho mismo o las bases o presupuestos que laten en la comisión o la necesidad de comisión del mismo (ser raza inferior, ser judío, ser discapacitado) pues solo esta valoración positiva, aun siéndolo utilizando vericuetos, de hechos execrables presenta una idoneidad ex ante para generar un peligro al bien jurídico protegido en el precepto.

Las bases para castigar la justificación de ideas y doctrinas nacionalsocialistas y afines, que posibilitaron en su día el Holocausto, las cuales constituyen, por demás, el límite a la libertad de expresión, se halla en su capacidad de humillar, menospreciar o generar hostilidad y esta solo puede extraerse del alcance que se da al término justificar.

Entendemos en este sentido que justificar el genocidio o los presupuestos filosófico-políticos y sociales que lo motivaron (o que podrían volver a motivarlo) supone sin duda que, sin negar el hecho, se arguyen buenas razones para considerarlo como un "mal menor" o como " un mal necesario o inevitable" y ello porque, detrás



de toda justificación, (y no solo conforme a su significado técnico jurídico, que también) subyace la idea de "ponderación de bienes" la cual, aplicada al caso, se traduce en presentar, afirmar o dar a entender que existen razones que permiten considerar legítimo ("pasar a segundo plano la legalidad", como decía Adolf Hitler) el exterminio o intento de exterminio de un grupo étnico, racial o religioso. El texto punitivo no utiliza aquí un concepto técnico de "justificación" (estado de necesidad justificante, legítima defensa o ejercicio legítimo de un derecho) sino un concepto amplio que incluye también la exculpación, pero en cualquier caso, un concepto que remite a la inaceptable idea de que bajo determinadas circunstancias, el exterminio o segregación de grupos humanos es el mal menor que hay que aceptar para salvar otros "supuestos" bienes de rango superior, como la preservación de la raza, de los valores de occidente, de la identidad nacional o de la cultura propia.

Que Dionisio , que como hemos dicho se ha declarado públicamente seguidor del nacionalsocialismo (a lo cual tiene perfecto derecho en el uso de la libertad ideológica) y que es un hombre que conoce perfectamente su ideología y los autores de antes y después de la caída de Adolf Hitler que defendían sus presupuestos esenciales, se evidencia de la selección de obras que publica y anuncia la editorial Asociación Cultural Ojeda (vid Internet pagina de esta editorial); que conocía el contenido de los libros y de las conferencias que patrocinaba es un hecho que debe considerarse probado por el mero sentido común al igual que, cuando las difundió (en los términos a los que ahora aludiremos), lo hizo con la intención de hacer llegar a sus correligionarios y al público en general las bondades de la misma y la justificación del odio racial y étnico que posibilitó y ha posibilitado el exterminio, segregación y discriminación de grupos humanos por su raza, su etnia y su religión. Y, desde luego, ni actuaba en el ejercicio legítimo de su derecho a la libertad ideológica, de expresión o de información por los motivos que hemos venido exponiendo, ni desconocía o podía desconocer que no estaba actuando en el ejercicio de dichos derechos fundamentales, tanto porque ya había sido condenado por hechos idénticos como porque siendo un hombre culto conoce que sus derechos terminan donde comienzan los derechos de los demás por lo que ni siquiera puede ampararse en un error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación.

3º) Pero hemos dicho en anteriores Fundamentos de Derecho que lo que el legislador tipifica es difundir estas doctrinas justificadoras del genocidio precisamente porque (y cuando) considera peligrosa dicha difusión; peligrosidad que debe entenderse como capacidad objetiva ex ante de poner en riesgo (de lesión) el bien jurídico protegido, esto es la dignidad de los seres humanos por el solo hecho de formar parte de la especie, al margen de raza, etnia, religión, sexo, capacidad etc y su correlativo derecho a no ser discriminado (lesividad material de la conducta).

Ello permite concluir que si no existe dicha peligrosidad, la edición, y venta publica de libros como "Mi lucha" u otros (que ciertamente se encuentran en la Biblioteca Nacional) si se lleva a cabo dentro de una amplia y variada labor editorial o puntualmente un ejemplar en una librería e incluso escribir un artículo o un libro que justifiquen dichas ideas, no cumple el tipo aun cuando el lector pueda recibir los mensajes xenófobos o racistas en ellos contenidos. Por lo tanto, si así hubiera sido, Dionisio no habría cometido el delito del que viene acusado , sin perjuicio de que alguno de los miembros del colectivo o grupo humano afectado pudiera haberse querellado por injurias graves, con escrito y con publicidad, supuesto en el que sí entraría en juego lo dispuesto en el artículo 30 del Código Penal , invocado igualmente en sede de defensa, lo que no sucede, por lo que ahora expondremos, en el supuesto de autos.

La difusión a la que se refiere el tipo del artículo 607.2 y que integra la conducta prohibida, constituye un "plus" necesario para la relevancia penal de la conducta de justificar ideas o doctrinas genocidas.

Este plus lo constituye el hecho de difundir (que es algo mas que escribir, editar o vender) aquél mensaje en condiciones y situación que suponga en si misma un peligro para la dignidad de toda persona humana y de los colectivos determinados que pueden verse afectados (peligro potencial) por un mensaje indirecto o subliminal de violencia o menosprecio y, por lo tanto, para la comunidad internacional que ha hecho de ello y de la no discriminación por razón de raza, etnia religión etc, piedra de toque. (bien jurídico protegido)

Y ninguna duda le suscita a este Tribunal que el acusado procedía a la difusión de este mensaje con un afán de ofrecer a sus correligionarios obras de ideólogos, antiguos y modernos, del nacionalsocialismo y del racismo y de posibilitar la expansión y conocimiento de dichas ideas de lo que es exponente la felicitación al Mosso d'Escuadra que había adquirido una de ellas. No solo la librería Europa es un referente español y aun internacional de literatura revisionista y nacionalsocialista, sino que llama significativamente la atención que la Editorial, a través de la cual operaba el acusado anuncia como publicaciones propias en su pagina web, para la venta on line, no el Diario de Ana Frank que también dice vender, sino exclusivamente las obras incautadas de las que nacen los hechos que entendemos probados, y otras de la misma naturaleza y entre ellas, para citar unos ejemplos, "Fundamentos de biopolítica : olvido y exageración del factor racial" y " Manual del Jefe. De la Guardia de Hierro" que no han constituido precisamente un best-seller editorial en los últimos años ni poseen un interés histórico o científico notable. A ello se une la sistemática organización de conferencias,



profusamente publicitadas, sobre aquellas ideas y doctrinas que banalizan o justifican el genocidio y razonan a favor de la segregación racial y la supremacía de los arios, con conocidos oradores ,condenados algunos por apología o negación del genocidio en otros países y que tienen lugar en un decorado con símbolos nazis, cascos guerreros e incluso un busto de Hitler.

Es precisamente esta "difusión" la que posee en si misma el potencial lesivo para el bien jurídico en cuanto posibilita objetivamente, presentándolas como legítimas y/o necesarias, la reafirmación y el renacimiento de unas ideas y doctrinas que han originado las mas grandes vergüenzas que la historia de la humanidad debe cargar sobre sus espaldas, y lo hace en un país en el que por su historia reciente las ideologías fascistas y la extrema derecha no democrática continúan representando potencialmente un peligro cierto y en una situación social (incremento de la inmigración de etnias bien definidas) que ha dado ya lugar a episodios xenófobos, en la que resucitarlas constituye una incitación indirecta a la violencia (peligro potencial)

Por todo lo expuesto en los párrafos anteriores, la condena pronunciada contra el acusado en la primera instancia como autor responsable del delito previsto y penado en el artículo 607.2 CP debe ser confirmada, incluida la pena impuesta que, a diferencia de lo aducido por el recurrente, ha sido impuesta en su mitad inferior (un año y tres meses de un arco temporal abstracto de uno a dos años) lo que, aun cuando es siempre deseable, no obliga a la Juez a quo a motivar expresamente la extensión de la misma, según jurisprudencia reiterada del TS.

OCTAVO.- La sentencia, que no efectúa distinción alguna en los hechos probados ni en los Fundamentos de Derecho entre aquellos que otorgan virtualidad a la condena que también pronuncia por el delito del artículo 607.2CP, condena igualmente al acusado como autor responsable de un delito previsto y penado en el artículo 510 del CP lo que, al no existir tampoco en la sentencia razones jurídicas de cuáles y porqué se subsumen en dicho tipo penal, conduce al Tribunal, por un lado, a entender que la subsunción en el precepto lo es de todos los hechos probados y, por otro lado, a tener que efectuar "ex novo" una labor interpretativa acerca del contenido y alcance del tipo del artículo 510 CP para comprobar la corrección jurídica de la decisión de la Juez a quo.

Por su parte el recurrente extiende los motivos invocados en orden al artículo 607.2 del CP a este segundo delito, del que aduce ha infringido la Ley la Juez a quo, amén de preceptos constitucionales, Y en este caso si le asiste la razón al recurrente por lo que su pretensión absolutoria debe ser acogida.

El artículo 510CP supone la traslación al plano legislativo del compromiso asumido por España cuando ratificó la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial de 21 de diciembre de 1965 y así lo refleja la propia exposición de motivos que justifica la nueva regulación en " la proliferación en distintos países de Europa de episodios de violencia racista y antisemita que se perpetran bajo las banderas y símbolos de ideología nazi obliga a los Estados democráticos a emprender una acción decidida para luchar contra ella. Ello resulta tanto mas urgente cuando se presenta la reaparición en la guerra que asola la antigua Yugoslavia de practicas genocidas que los pueblos europeas creían desterradas para siempre" , proclamándose luego el objetivo de luchar contra la "violencia racista y antisemita", objetivo en el que se inscribe instrumental y estratégicamente el nuevo artículo 510".

Sucede, sin embargo, que, por un lado, el precepto se inserta en un plan legislativo unitario de lucha contra el genocidio y las doctrinas discriminadoras en que se sustenta, en un arco que, en nuestro sistema punitivo, se extiende (de menos a mas) desde la prohibición de difundir ideas o doctrinas que lo justifiquen del artículo 607.2 CP hasta la prohibición del genocidio en el artículo 607.1 CP, pasando por la prohibición de la apología del genocidio en el artículo 615 CP; y justo entre

la materia de prohibición del artículo 607.2 CP , que representa el máximo de adelantamiento de las barreras de protección penal, y la apología del genocidio del artículo 615 CP, se inserta ,si bien en Título distinto, la conducta prohibida en el artículo 510 CP que, siendo también exponente del adelantamiento de las barreras de protección penal, debe, por lógica sistemática, ser menos que la apología pero mas que la difusión de ideas o doctrinas genocidas.

Nos hallamos, pues, ante una prohibición sucesiva y gradual de conductas genocidas o relacionadas con el genocidio (discriminatorias) que se convierte en el eje común de todas ellas, lo que nos permite ya indicar que difícilmente unos mismos hechos constituirán una y otra infracción penal sino una u otra.

Por otro lado, la conducta prohibida se concreta en "provocar a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones" por los motivos típicos que se enumeran lo que obliga a distinguir la conducta tanto de la prohibida en el artículo 615 CP como de la prevista en el artículo 18 CP y, en cierta medida por el caso que nos ocupa, de la difusión de la justificación de ideas genocidas.



La mayoría de la doctrina penal española sostiene que la expresa referencia a la "provocación" en el artículo 510 CP exige incorporar al mismo los elementos de la provocación definida en el artículo 18 ; se trata, en definitiva, de que la provocación del artículo 510.1. para ser típicamente relevante, debe reunir también los requisitos establecidos en el artículo 18, surgiendo las diferencias exclusivamente en si deben incorporarse todos los elementos o solamente algunos.

Prescindiendo de la tesis, ya expuesta al analizar el artículo 607.2 CP, que exige igualmente para la aplicación de este precepto el "clima de crisis extrema" y que hemos ya rechazado por los motivos que expusimos en el fundamento número Sexto de esta sentencia, un nutrido sector mantiene que también en el artículo cabe exigir una incitación directa y con publicidad a cometer un hecho delictivo por las siguientes razones dogmáticas:

a) Si el legislador incrimina una conducta "provocar" que tiene un contenido concreto en el Código Penal es porque asume los requisitos típicos de esta forma de punición autónoma de actos preparatorios; b) es la única forma de precisar la amplitud y falta de concreción del artículo 510 que de lo contrario resulta indomeñable desde la perspectiva del mandato de determinación - taxatividad y falta de fundamento teleológica; y c) de nuevo, está en juego el derecho a difundir libremente ideas u opiniones - libertad de expresión- por lo que se impone una interpretación restrictiva del tipo.

En síntesis, la provocación típica del artículo 510 CP debe ser directa, esto es, dirigida inequívocamente, de forma abierta a la comisión de conductas constitutivas de delito, quedando fuera del ámbito de protección típica la mera exposición y difusión de ideas, incluso discriminatorias, o el ensalzamiento de actos y doctrinas que de forma indirecta justificaran las mismas con el riesgo de poder hacer surgir en otras personas la resolución de delinquir, la que, con los matices expuestos en el Fundamento de Derecho número Sexto de esta sentencia, integraría la materia de prohibición del artículo 607.2 CP.

Por otra parte, la provocación ha de hacerse de forma colectiva o a través de procedimientos que faciliten la publicidad, lo que en el hecho objeto de enjuiciamiento se halla fuera de discusión.

El objeto de referencia de dicha incitación directa es, según el tenor literal del tipo, a la discriminación, la violencia o el odio, pero siempre y cuando en tales tres elementos se pretenda materializar una conducta constitutiva de delito. Así y respecto a la provocación a la discriminación se trataría de la incitación directa a cometer un delito de discriminación específicamente previsto en el Código Penal, como los contemplados en los artículos 511 y 512 CP. De esta forma, este precepto no sanciona la discriminación punible efectiva sino una especie de participación intentada a la misma.

Tratándose de provocación a la violencia, se exige que la misma sea constitutiva de delito, no limitada desde luego a las "vis física" sobre las personas sino que también puede alcanzar a la "vis in rebus" incitando directamente a la comisión de delitos de daños, incendios, estragos etc. La incitación directa al odio ha de entenderse como una mención de cierre; no se trata de incitar a un simple sentimiento o estado emocional porque es un hecho que odiar no es delito. En dicha fórmula se comprenderían conductas destinadas a incitar a una abierta hostilidad que podría traducirse en injurias, amenazas o coacciones siempre naturalmente constitutivas de delito, pues de lo contrario, se produciría la paradoja de castigar la mera incitación a una conducta que no es delito: odiar.

Otro sector doctrinal sostiene que si bien no cabe dudar de que el término "provocar" implica conceptualmente incitación directa y con publicidad, el objeto de la incitación no debe ser delictivo. El fundamento de este entendimiento es de orden sistemático: si se exigiera en el artículo 510.1 una incitación a cometer conductas constitutivas de delito, entonces la función que desarrolla este delito carecería de sentido puesto que para ello ya contamos con la incriminación específica de un acto preparatorio de la misma naturaleza definida en el artículo 18 del CP. Además, se produciría la paradoja de que, en muchos casos, la punición de la provocación en relación con determinados delitos puede resultar más benévolamente tratada que el delito previsto en el artículo 510 mientras que la provocación no seguida de la efectiva perpetración se castiga con pena inferior en uno o dos grados a la prevista en el delito correspondiente.

Este sector, sin embargo, partiendo del artículo 20.2 del Pacto de Derecho Civiles y Políticos de Nueva York, establece un requisito añadido:

Para ser típica, la provocación al odio debe incentivar " actitudes de auténtica hostilidad", exigiendo un componente de agresividad en el discurso incompatible con la libertad de opinión y de expresión, de tal forma que la generación directa de actitudes hostiles en los receptores del mensaje constituya la " antesala de la violencia". Es esta exigencia de un peligro real y próximo (que no se exige, en cambio, sino solo potencial en el artículo 607.2 CP) no solo remoto o posible de generación de hechos violentos o discriminatorios contra el grupo al que se incita al odio, la que permite, por un lado, la obligada interpretación restrictiva del tipo (tanto mas por su colisión con derechos fundamentales) puesto que el artículo 510 no puede ser la frontera entre el



discurso políticamente correcto y el que no lo es y, por otro lado, nos permite fundamentar el criterio, antes enunciado, de que los artículos 607.2, 510 y 615, despliegan su protección típica de modo sucesivo (según la cercanía del peligro).

NOVENO.- Desde las tres posiciones doctrinales analizadas y a nuestro juicio (habida cuenta que tomamos en consideración la tercera como más ajustada a Derecho de "lege lata" y porque coherente con la doctrina expuesta en la STC 235/07 que expresamente habla, citando como precepto distinto y de mayor entidad típica al 510 CP, que en el artículo 607.2 se castiga la incitación indirecta), la conducta de Dionisio no resulta subsumible en el tipo penal descrito en el artículo 510 del CP y, por lo tanto, sí debe ser acogida la alegación de la defensa de que la Juez a quo pronunciando condena por dicho tipo penal ha infringido la ley penal.

La razón es muy simple y halla causa en el no cumplimiento de la conducta típica. En efecto, sea cual fuere el sentido que se otorgue a la expresión típica "provocar" (estricta o amplia) ésta no puede ser sustancialmente diferente al concepto "provocación" empleado por el legislador penal cuando define y castiga dichas conductas. Y, en esta línea, toda la doctrina penal española coincide en que la incitación debe ser directa, es decir, clara y explícita, sea a la comisión de un delito concreto, sea a actitudes de auténtica y real hostilidad y desde luego ello no puede predicarse de los hechos llevados a cabo por el acusado (difundir aquellas ideas y doctrinas justificadoras) que, desde cualquier perspectiva jurídica, suponen exclusivamente una incitación indirecta (porque justifican las razones que hacen aparecer el genocidio y la discriminación como un mal menor) y no un llamamiento o incitación directa a cometer genocidio o a discriminar a ningún grupo o raza, por mucho que se les llame parásitos, ratas o inferiores.

Y ello naturalmente al margen de que la conducta del acusado tampoco sería idónea para generar el exigido peligro cierto, real y próximo, de hostilidad en relación a ninguno de los grupos, razas o etnias a las que se referían las ideas y doctrinas difundidas (judíos, moros, negros, discapacitados y mujeres).

La doble condena que pronuncia la Juez a quo conduce a la insostenible contradicción, fáctica y jurídica, de que unos mismos hechos suponen, a la vez, una incitación indirecta a la discriminación (artículo 607.2º) y una incitación directa a los mismos fines y por las mismas razones. (artículo 510).

En todo caso y aun si se entendiera que su conducta cumple los dos tipos penales de los que venía acusado y por los que se pronuncio condena en la primera instancia (al igual que ha sucedido en otras sentencias dictadas por la jurisprudencia menor) no podemos dejar de señalar que no resulta justificada jurídicamente esta doble condena que se pronuncia por los mismos hechos - y no por hechos diferenciados- de los que se dice se hallan en concurso real.

Y no lo resulta por los siguientes razones jurídicas:

1º) Si entendemos que la conducta definida en el artículo 607.2 CP, la definida en el artículo 510CP y la definida en el artículo 615CP se articulan como conductas punibles sucesivas en relación a la entidad y proximidad del peligro (de lesión), ante los mismos hechos cobra virtualidad el concurso de leyes (artículo 8) y no el concurso de infracciones, sea real, ideal o medial.

2º) Si, por el contrario, entendemos, como parece hacerlo la sentencia de la primera instancia, que unos mismos hechos dan lugar a dos delitos (lo que podría sostenerse hilando fino en base a la distinta ubicación sistemática en el CP que nos reconduce a distinto bien jurídico protegido). la solución jurídica correcta, vía artículo 77 CP, es la del concurso ideal de infracciones y no el concurso real.

DECIMO.- Sustenta el Ministerio Fiscal el recurso de apelación que interpone contra la sentencia dictada en la primera instancia sobre un único motivo jurídico: la Juez a quo habría infringido lo dispuesto en el artículo 74 del CP al inaplicar la continuidad delictiva impetrada por la Acusación Pública en su calificación definitiva. Sobre la base de los motivos que esgrime en el escrito de formalización del recurso solicita de este Tribunal la revocación parcial de la sentencia y que se acuerde de conformidad con sus pretensiones.

El recurso no puede hallar acogida en esta alzada por los motivos jurídicos que se exponen en el siguiente Razonamiento Jurídico.

ONCEAVO.- Como ya dijo la sentencia de 5 de marzo de 2008 dictada por la Sección Tercera de esta Audiencia la continuidad delictiva sostenida por el Ministerio Fiscal solo podría aceptarse en el caso de entender que cada vez que el acusado abría la librería y vendía algún libro transmitiendo parte del material y organizaba una conferencia en dicha sede consumaba un delito de difusión de ideas que justifican el genocidio y que cada uno de dichos actos era independiente y autónomo respecto del anterior.

Este entendimiento casa mal con la postura seguida por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en supuestos típicamente similares al presente como los delitos contra la salud pública en los que ha sostenido que la naturaleza del tipo penal excluye la posibilidad de considerar la continuidad delictiva al constituir el delito de



tráfico de drogas un delito de mera actividad y de peligro abstracto y de efecto permanente (como el que nos ocupa) por lo que, en consecuencia, cualquiera de las conductas o todas ellas, aislada o repetitivamente, integran una sola infracción criminal, señalando que la repetida realización de actos que no exigen resultado alguno podrá valorarse a la hora de individualizar la pena concreta pero nunca servir de sustrato a la continuidad delictiva (por todas STS de 28 de octubre de 2003).

A la misma o parecida conclusión llega en relación con otros delitos como el de pertenencia a banda armada (STS de 16 de julio de 2004), delitos ecológicos (STS de 29 de noviembre de 2006) y delitos societarios (STS de 26 de noviembre de 2002).

Centrados ya en la conducta prohibida en el artículo 607.2 CP ("difundir") debemos convenir que incluso gramaticalmente el concepto "difusión" remite en su núcleo conceptual a la idea de divulgación, que puede colmarse de forma puntual (una conferencia), pero que habitualmente remite a una conducta prolongada en el tiempo. El elemento temporal es, pues, consustancial a la idea de difusión, de tal forma que nos situamos ante un delito que la doctrina italiana ha denominado con acierto "eventualmente permanente". Esto significa que la reiteración de distintos actos no ha de verse como un "aliud" desde el punto de vista cualitativo en términos de injusto, (tal y como entiende el Ministerio Fiscal que, por demás, olvida que la continuidad delictiva fue en su origen una creación jurisprudencial para beneficiar al reo) sino como un simple "plus".

La difusión, por ello, puede colmarse con una edición, pero también con muchas aun distanciadas en el tiempo; el autor no "difunde" muchas veces sino una sola: simplemente "difunde" "ideas o doctrinas" -en plural- . Ergo, allá donde no es posible el concurso real no es posible tampoco acudir a la continuidad delictiva que lógicamente presupone la existencia de diversas infracciones autónomas, aunque, a efectos penológicos, se parta de la ficción de reunir las todas en una sola infracción continuada con el correspondiente efecto agravatorio (de una sola) ex artículo 74 CP.

En base a lo expuesto en las líneas anteriores la Sala considera que en el delito de difusión de ideas y doctrina justificadoras del genocidio no existe un momento consumativo como ocurre en el "delito instantáneo" sino un periodo durante el cual, al persistir los elementos objetivos y la intencionalidad del sujeto, el delito se sigue consumando en todo momento y por lo tanto no le son de aplicación las reglas de la continuidad delictiva.

DOCEAVO,. Por lo expuesto procede revocar parcialmente la sentencia dictada en la primera instancia en el sentido de absolver libremente al acusado del delito de provocación al odio y a la discriminación del que venía acusado, así como declarar de oficio la mitad de las costas procesales de la primera instancia y las del recurso de conformidad con lo dispuesto en los artículos 123 y ss del Código Penal y 239 y ss de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ,.

Vistos los artículos citados, criterios expuestos y demás normas jurídicas de general aplicación al caso, administrando en esta instancia Justicia que emana del Pueblo en nombre de S.M. el Rey

FALLAMOS

Que con ESTIMACION PARCIAL del recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr Belsa Colina en nombre y representación de Dionisio y con DESESTIMACION del recurso de apelación interpuesto por el MINISTERIO FISCAL contra la sentencia dictada a 5 de marzo de 2010 por el Juzgado de lo Penal nº 11 de Barcelona en el Procedimiento Abreviado nº 150/09 debemos REVOCAR y REVOCAMOS PARCIALMENTE dicha sentencia en el sentido de ABSOLVER libremente a Dionisio del delito de provocación al odio y a la discriminación del que venía acusado confirmando el resto de los pronunciamientos de la citada sentencia y declarando de oficio la mitad de las costas procesales de la primera instancia y las del recurso.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo de Sala y se notificará al Ministerio Fiscal y a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso ordinario alguno, la pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el día de su fecha por la Ilma Sra Magistrado Ponente, hallándose celebrando audiencia pública. DOY FE.