

SECCIÓN TERCERA

ASUNTO VARELA GEIS c. ESPAÑA

(Demanda nº 61005/09)

SENTENCIA

ESTRASBURGO

5 de marzo de 2013

Esta sentencia adquirirá firmeza en las condiciones definidas en el artículo 44 § 2 del Convenio. Puede sufrir correcciones de estilo.

En el caso Varela Geis c. España,

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sección tercera), reunido en sala compuesta por:

Josep Casadevall, *presidente*,

Alvina Gyulumyan,

Corneliu Bîrsan,

Ján Šikuta,

Luis López Guerra,

Nona Tsotsoria,

Valeriu Grițco, *jueces*,

y de Santiago Quesada, secretario de sección,

Tras haber deliberado en Sala del Consejo el día 12 de febrero de 2013,

Dicta la siguiente sentencia, adoptada en esta fecha:

PROCEDIMIENTO

1. En el origen del caso se encuentra una demanda (nº 61005/09) interpuesta ante el TEDH contra el Reino de España el día 5 de noviembre de 2009, por un nacional de este Estado, el Sr. Pedro Varela Geis (“el demandante”), en virtud del artículo 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (“el Convenio”).

2. El demandante está representado por D. J.-M. Ruiz Porta abogado ejerciendo en Madrid. El Gobierno español (“el Gobierno”) está representado por su agente D. F. Irurzun Montoro, Abogado del Estado.

3. El demandante se queja, por una parte, de haber sido condenado en apelación por un delito – la difusión de ideas o de doctrinas que pretenden justificar los actos de genocidio – que no era el objeto de la acusación, ni el de su condena en primera instancia, y por otra parte, que una tal condena vulnera sus derechos a la libertad de pensamiento y a la libertad de expresión. Invoca los artículos 6 §§ 1 y 3 a) y b), 9 y 10 del Convenio.

4. El 20 de septiembre de 2011, las quejas del demandante respecto de su condena por un delito del que no había sido acusado, y los concernientes a los derechos a la libertad de pensamiento y de expresión fueron comunicadas al Gobierno. La demanda fue declarada inadmisibile en lo demás. Tal como lo permite el § 1 del artículo 29 del Convenio, se decidió, además, que la Sala se pronunciaría, al mismo tiempo, sobre la admisibilidad y el fondo.

ANTECEDENTES DE HECHO

I. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

5. El demandante nació en el año 1957, y reside en Barcelona. Era el propietario y el director, de una librería especializada, en esta misma ciudad, en obras sobre el Holocausto.

A. El procedimiento penal

6. El 11 de diciembre de 1996, el Fiscal General de Cataluña ordenó al juez de guardia de Barcelona, instruir diligencias previas penales contra el demandante, por, un presunto delito, entre otros, de “genocidio”. Por diligencia de esa misma fecha, el Juez de Instrucción nº 4 de Barcelona ordenó el registro del domicilio y de la librería del demandante.

7. En base a parte del material incautado durante las pesquisas, el Fiscal presentó un escrito de acusación provisional solicitando la condena del demandante, por un delito continuado de “genocidio”, reprochándole la negación de la existencia del Holocausto, fundamentándolo en el artículo 607 § 2 del Código Penal, y por delito continuado de “provocación a la discriminación por motivos racistas” según el artículo 510 § 1 del Código Penal. En tanto que acusación particular, la Comunidad Israelita de Barcelona solicitó, en su escrito de acusación provisional, la condena del demandante por el delito continuado previsto en el artículo 607 § 2 del Código Penal estimando que los hechos eran constitutivos de “negación del genocidio sufrido por el pueblo judío y de tentativa de rehabilitación del régimen nazi”, y por el delito continuado previsto en el artículo 510 § 1 del Código Penal, estimando que los hechos eran igualmente constitutivos de delito de “incitación a la discriminación de grupos por motivos racistas y/o antisemitas”. La otra acusación particular, ATID-SOS Racisme Catalunya, solicitó en su escrito de acusación provisional, la condena del demandante por el delito previsto en el 607 § 2, entre otros, del Código Penal en la medida en que “un número de libros y videos incautados niegan directamente el Holocausto o hacen apología del genocidio” y “niegan la verdad histórica del genocidio” así como por el delito previsto en el artículo 510 §§ 1 et 2 del Código Penal. Estos escritos de acusación provisional fueron elevados, tal cual, a escritos de acusación definitivos tras la práctica de las pruebas.

8. Mediante sentencia de 16 de noviembre de 1998 del Juzgado de lo penal nº 3 de Barcelona, dictada tras la celebración de una vista pública, el demandante fue condenado a una pena de dos años de prisión por delito continuado “de genocidio”, en virtud del artículo 607 § 2 del Código Penal, así como a tres años de prisión y multa por delito continuado de provocación a la discriminación, al odio y a la violencia contra grupos o asociaciones por motivos racistas y antisemitas, en virtud del artículo 510 § 1 del mismo Código. El Juez consideró que la mayor parte del material vendido en la librería, propiedad del demandante, trataba del Holocausto judío, la Alemania nazi y el Tercer Reich, que exaltaba al régimen nacional-socialista y negaba la persecución del pueblo judío, y que la librería tendía a convencer a sus clientes que el Holocausto “era y

sigue siendo una gran mentira”. Los hechos establecidos como probados por la sentencia en cuestión, estaban descritos como sigue:

“1. El acusado (...), actuando en su condición de titular y director de la librería Europa, sita en la calle Séneca nº 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 de 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 (...) merecen destacarse las siguientes reseñas extractadas:

A).- Del libro titulado **"Murieron realmente 6 millones"**: (sic) (...) *esta alegación constituye la invención mas 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 Rosemberg 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 anti raza 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 la hubo en otros campos de concentración de Alemania (pág. 82). Lo que nuestros enemigos siempre olvidan decir, es que dondequiera que existieron homos 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 Varela Geiss escribió y distribuyó a sus clientes, tanto por "mail" como mediante entrega gratuita a quienes visitaban la librería Europa, el nº 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 da 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 (...). 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 más 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 más 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.

9. El demandante recurrió ante la Audiencia Provincial de Barcelona. Señaló que el Juzgado de lo Penal nº 3 había considerado que todo el material incautado exaltaba al régimen nazi o negaba el genocidio judío, pero subrayó que este material no había sido aportado al procedimiento y que, además, las partes acusadoras no habían pedido que lo fuera. Según el demandante, el Juzgado de lo Penal nº 3 no había, por tanto, examinado dicho material y el Juez de Instrucción había estimado que no tenía pertinencia penal. El demandante insistió, igualmente, en su calidad de mero librero y no de editor o de distribuidor.

La fiscalía, así como la Comunidad israelita de Barcelona y ATID-SOS Racisme Catalunya, en su calidad de acusaciones particulares impugnaron la apelación del demandante y solicitaron la confirmación de la sentencia *a quo*.

10. El 14 de julio de 2000, se celebró una vista oral ante la Audiencia Provincial con el fin de que las partes se pronunciaran sobre la pertinencia del planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal Constitucional acerca de la constitucionalidad del artículo 607 § 2 del Código Penal. El demandante comunicó su acuerdo. La Comunidad israelita de Barcelona y ATID-SOS Racisme Catalunya se opusieron a que la cuestión prejudicial fuera planteada.

11. Por auto de 14 de septiembre de 2000, la Audiencia Provincial decidió plantear dicha cuestión prejudicial. Recordó que lo que había sido declarado establecido por la sentencia de primera instancia era “que en tanto que titular de una librería y aunque [el demandante] vendiera toda clase de libros, estaba especializado en la Segunda Guerra Mundial, pero desde el punto de vista de los autores que defienden la Alemania nazi y niegan la existencia del Holocausto”. La Audiencia Provincial estimó que la conducta sancionada por el artículo 607 § 2 del Código Penal no tenía otro contenido que la difusión de ideas o de doctrinas que nieguen o justifiquen los genocidios o que difundan ideas o doctrinas tendentes a rehabilitar a regímenes portadores de ideas genocidas. Para la Audiencia Provincial, esta disposición, así interpretada, entraba en conflicto con la libertad de expresión, en la medida en que la conducta sancionada era la difusión de ideas o de doctrinas, sin ninguna exigencia de otros elementos, tales como la incitación a concretizarlos mediante conductas que vulneren los derechos fundamentales o que tales doctrinas estuvieran acompañadas por expresiones o manifestaciones atentatorias a la dignidad de las personas. Ahora bien, toda limitación de un derecho fundamental debe ser justificada por la protección de otro derecho que goce de una garantía similar. En la medida en que el Código Penal contiene una serie de disposiciones que sancionan ampliamente las conductas discriminatorias, una disposición, como la del presente caso, no puede justificar una limitación del derecho a la libertad de expresión garantizado por el artículo 20 de la Constitución.

B. La cuestión prejudicial ante el Tribunal Constitucional

12. Mediante sentencia nº 235/2007 del 7 de noviembre de 2007, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional, la parte relativa a la negación de genocidio del

artículo 607 del Código Penal, en particular las palabras “que nieguen o” (párrafos 21-22 más adelante), y de conformidad con la Constitución en cuanto al resto del texto.

C. El curso del procedimiento penal

13. El 10 de enero de 2008 se celebró la vista pública sobre el fondo del asunto, ante la Audiencia Provincial de Barcelona. El demandante preguntó si se mantenía la acusación formulada en virtud del artículo 607 § 2 del Código Penal. La Audiencia Provincial indicó que no había lugar a responder a la pregunta. El demandante intervino entonces oralmente en primer lugar y pronunció su alegato. El Fiscal retiró la acusación de negación de genocidio y pidió la absolución para el demandante, del delito previsto en el artículo 607 del Código Penal. Solicitó la condena del demandante, únicamente por el delito de discriminación, al odio y a la violencia racista, según el artículo 510 § 1 del Código Penal. En la vista, las acusaciones particulares pidieron la confirmación de la sentencia dictada por el Juez *a quo*, en los términos siguientes:

“El representante de SOS Racisme solicita la confirmación de la sentencia porque el demandante sabe perfectamente lo que hace. (frase ilegible de una línea)

La representante de la Comunidad Israelita de Barcelona solicita la confirmación de la sentencia del Juzgado de lo Penal nº 3 de Barcelona. Sobre el error de apreciación de la prueba (...), no se le condena solo [al demandante] por ser editor, es el titular de un establecimiento en que difunde ideas y vende libros y por ser difusor de estas ideas antisemitas, debe ser condenado. Hay otros libros que operan como cobertura de la actuación de Varela que él conocía perfectamente y por eso lo disimulaba. Por tanto no es un librero usual. Se trata de valorar en conjunto, todo lo que vendía que incitaba a la discriminación de los judíos. Ya se le comunicó por carta (ilegible)

(...)

Hay que analizar los dos delitos imputados [previstos en los artículos 510 y 607 del Código Penal]. Está claro que el genocidio se produjo, el holocausto está claro era el discurso del odio y cuando se repite una mentira continuamente se vulnera el ordenamiento penal. En la librería Europa sabe perfectamente lo que hace Varela; no es contenido histórico sino político total. Pretende reinstaurar en toda Europa el régimen nazi. Son técnicas de propaganda para rehabilitar el régimen nacional-socialista. Se trata de captar adeptos hacia este movimiento. Existen elementos suficientes para mantener la sentencia y también la condena pues se ha hecho acreedor de ello desde siempre por los ideales bárbaros que desarrolla. (...) No es un librero cualquiera, es un activista y militante nazi que sabe con consciencia lo que está haciendo.

Párrafo ilegible

Sobre la infracción de precepto constitucional hay que analizar la nueva jurisprudencia de 2007 del Tribunal Constitucional y en contra de lo que argumenta el Fiscal consideramos que debe mantenerse la sentencia íntegramente, incluido el artículo 607 del Código Penal. La sentencia no condena solo por la negación del holocausto sino que incitaba a la discriminación y odio a la raza judía “a quien hay que eliminar como las ratas”. Va más allá de la negación del holocausto. Debe mantenerse la condena del 607.2 del Código Penal.

Sobre la infracción de ley, concurren los elementos típicos del 510 del Código Penal, en cuanto a la provocación al odio racial. Es la responsabilidad penal del difusor (ilegible)

Sobre la prescripción (...)

Solicito se confirme la sentencia en sus propios términos.”

14. Mediante sentencia del 5 de marzo de 2008, la Audiencia Provincial revocó parcialmente la sentencia recurrida, absolvió al demandante del delito previsto en el artículo 510 del Código Penal y le condenó a siete meses de prisión por delito de justificación de genocidio, según el artículo 607 § 2 del Código Penal. Para fijar en siete meses, la duración de la pena de prisión impuesta al demandante, por lo tanto por debajo de la duración de uno a dos años prevista en el artículo 607 § 2, la Audiencia Provincial tomó en cuenta el lapso de tiempo transcurrido entre la sentencia de primera instancia y la sentencia dictada en la apelación.

15. La Audiencia Provincial, recordó, a título preliminar, que estaba vinculada a la sentencia del Tribunal Constitucional pronunciada en respuesta a la cuestión prejudicial que había planteado, lo que implicaba que los hechos considerados por la sentencia de primera instancia como constitutivos de una negación de genocidio, debían de estar ahora, exentos de toda sanción penal.

16. La Audiencia Provincial señaló en su sentencia, refiriéndose a la interpretación dada por la sentencia nº 235/2007 del Tribunal Constitucional de los artículos 510 y 607 del Código Penal, que existía un diferencia real entre, de una parte la mera difusión de doctrinas comportando una incitación *indirecta* a la comisión de actos de genocidio o bien a la discriminación, el odio y la violencia y, de otra parte, el delito de incitación *directa* a la discriminación, al odio y la violencia, previstos en el artículo 510 del Código Penal. Ahora bien, los hechos considerados probados por la sentencia del Juez *a quo* permitían constatar, por parte de la Audiencia Provincial, que el demandante había, ciertamente, emprendido actividades de difusión de las doctrinas mencionadas, pero que nada permitía atribuirle una conducta de incitación directa para adoptar los comportamientos mencionados. La comisión de un delito de incitación a la discriminación, al odio y la violencia contra grupos, tal como está definido en el artículo 510 del Código Penal, no estaba por tanto acreditada. La Audiencia Provincial señaló, entre otras cosas: “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”.

17. En lo que respecta la “justificación de genocidio” (artículo 607 § 2 del Código Penal), la Audiencia Provincial señaló que el Tribunal Constitucional había hecho las siguientes consideraciones en su sentencia nº 235/2007:

“(…) 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 (artículo 607 § 2 del Código Penal)”.

La Audiencia Provincial recordó los hechos declarados probados por la sentencia de primera instancia, según los cuales, el demandante había procedido, de forma habitual y de manera continuada, a la distribución, a la difusión y a la venta de documentos, videos, libros, cartas y carteles que, en su gran mayoría, contenían textos incitando a la discriminación y al odio racial hacia los Judíos. Estos artículos eran puestos a la venta y exportados por vía postal a numerosos clientes en el extranjero. Tras las pesquisas en la librería del demandante, numerosos documentos conteniendo alusiones denigrantes y ofensivas hacia los Judíos, a quienes se les designa como raza, y en los cuales se reproducían con exaltación los símbolos del nacional-socialismo, habían sido incautados. Para la Audiencia Provincial, incluso después de la supresión de todas las referencias a las doctrinas negacionistas en el conjunto de los hechos declarados probados por la sentencia *a quo*, el artículo 607 § 2 del Código Penal era de aplicación, en el presente caso, desde la perspectiva del delito de “justificación de genocidio”:

“ (...) 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 del Código Penal).”

18. El demandante presentó entonces una demanda a efectos de promover el incidente de nulidad de actuaciones, que fue rechazada por decisión de la Audiencia Provincial de 8 de mayo de 2008.

19. El demandante interpuso entonces un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional fundamentándolo en los artículos 24 (derecho a la tutela efectiva de los jueces), 25 (principio de legalidad), 16 (libertad de pensamiento) y 20 (libertad de expresión) de la Constitución, recurso que fue declarado inadmisibile mediante decisión de 22 abril de 2009, notificada el 27 de mayo de 2009.

II. EL DERECHO Y LA PRÁCTICA INTERNA PERTINENTES

20. El artículo 510 § 1 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 tres a doce meses.”¹

21. El delito de genocidio está previsto en el artículo 607 del Código Penal. En su redacción anterior a la sentencia del Tribunal Constitucional nº 235/2007 del 7 de noviembre de 2007, esta disposición estaba redactada como sigue:

¹ Nota del traductor: La redacción literal del Código Penal es la siguiente: “... y multa de sesi a doce meses)

“1. Los que, con propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes, perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados:

1º. Con la pena de prisión de quince a veinte años, si mataran a alguno de sus miembros.

(...)

2º. Con la prisión de quince a veinte años, si agredieran sexualmente a alguno de sus miembros o produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 149.

3º. Con la prisión de ocho a quince años, si sometieran al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud, o cuando les produjeran algunas de las lesiones previstas en el artículo 150.

4º. Con la misma pena, si llevaran a cabo desplazamientos forzosos del grupo o sus miembros, adoptaran cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción, o bien trasladaran por la fuerza individuos de un grupo a otro.

5º. Con la de prisión de cuatro a ocho años, si produjeran cualquier otra lesión distinta de las señaladas en los números 2 y 3 de este apartado.

2. La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que *nieguen o* justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, 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.

22. A partir de la sentencia no 235/2007 del Tribunal Constitucional, el artículo 607 § 2 dice así:

“ La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, 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.”

23. El artículo 38 § 3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional dispone:

“Si se tratare de sentencias recaídas en cuestiones de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional lo comunicará inmediatamente al órgano judicial competente para la decisión del proceso. Dicho órgano notificará la sentencia constitucional a las partes. El Juez o Tribunal quedará vinculado desde que tuviere conocimiento de la sentencia constitucional y las partes desde el momento en que sean notificadas.”

24. La sentencia no 259/2011 del Tribunal Supremo, dictada el 12 de abril de 2011, que absolvió en casación a cuatro librerías que vendían obras similares a las encausadas en el presente caso, contiene, entre otras, las siguientes reflexiones:

“10. (...) tratándose de editores o librerías, la posesión de algunos ejemplares de tales obras, en mayor o menor número, con la finalidad de proceder a su venta, o a su distribución (...), no supone por sí misma un acto de difusión de las ideas más allá del mero hecho de poner sus soportes documentales a disposición de los posibles usuarios, y por lo tanto, nada distinto de lo esperable de su dedicación profesional, sin que, aunque contengan alguna forma de justificación del genocidio, se aprecie solo por ello una incitación directa al odio, la discriminación o la violencia contra esos grupos, o indirecta a la comisión de actos constitutivos de genocidio, y sin que tampoco, aunque

en esas obras se contengan conceptos, ideas o doctrinas discriminatorias u ofensivas para grupos de personas, pueda apreciarse que solo con esos actos de difusión se venga a crear un clima de hostilidad que suponga un peligro cierto de concreción en actos específicos de violencia contra aquellos.

No se describe en los hechos probados, como sería necesario para aplicar el tipo, ningún acto de promoción, publicidad, defensa pública, recomendación, ensalzamiento, incitación o similares imputados a los acusados que vinieran referidos a la bondad de las ideas o doctrinas contenidas en los libros que editaban, distribuían o vendían en razón de su contenido filo nazi, discriminatorio o proclive al genocidio o justificativo del mismo, o a la conveniencia de adquirirlos para conocimiento y desarrollo de aquellas, o que aconsejaran de alguna forma su puesta en práctica, que pudieran considerarse como actividades de difusión, que tuvieran mayor alcance y fueran distintas del hecho de editar determinadas obras o de disponer de ejemplares a disposición de los eventuales clientes.

(...)

11. (...) A pesar del contenido de esas publicaciones, que, como se ha dicho reiteradamente, resulta absolutamente rechazable desde la perspectiva del respeto a la dignidad humana, no se ha declarado probado ningún acto de difusión mas allá de la tenencia de los libros en el marco de su dedicación profesional, lo que, en sí mismo, no supone una incitación indirecta a la comisión del delito de genocidio. Tampoco su conducta, tal como ha sido descrita, puede considerarse creadora de un clima social que suponga un peligro que se pudiera concretar en actos violentos contra los grupos a los que se refieren.

III. INSTRUMENTOS Y RELACIONES INTERNACIONALES

A. El Consejo de Europa

25. El anexo a la Recomendación nº R (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa acerca del “discurso del odio”, adoptado el 30 de octubre de 1997, se lee así:

“Campo de aplicación”

Los principios enunciados a continuación, se aplican al discurso del odio, especialmente al difundido a través de los medios de comunicación.

A los efectos de aplicación de estos principios, el término “discurso de odio” debe entenderse como dando cobertura a cualquier forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo o cualquier otra forma de odio basada en la intolerancia, incluida la intolerancia expresada bajo la forma de nacionalismo agresivo y de etnocentrismo, de discriminación y de hostilidad hacia las minorías, inmigrantes y otras personas provenientes de la inmigración.

(...)

Principio 4

El derecho y la práctica internas deberían permitir a los Tribunales tener en cuenta el hecho de que expresiones concretas de discurso del odio pueden ser tan insultantes para las personas o para los grupos que no gozan del grado de protección que el artículo 10, del Convenio Europeo de Derechos Humanos, otorga a las demás formas de expresión. Este es el caso cuando el discurso del odio apunta a la destrucción de los demás

derechos y libertades protegidos por el Convenio, o a limitaciones más amplias que las previstas en este instrumento.

Principio 5

El derecho y la práctica internas deberían permitir que, dentro del ámbito de sus competencias, los representantes de la Fiscalía, o de otros representantes que tengan competencias similares, examinen especialmente los casos relativos al discurso del odio. A este respecto, deberían examinar, muy cuidadosamente, el derecho a la libertad de expresión del inculpado, en la medida en que la imposición de sanciones penales constituye, generalmente, una seria injerencia en esta libertad. Al fijar las sanciones respecto de personas condenadas por delitos relativos al discurso del odio, las autoridades judiciales competentes deberían respetar estrictamente el principio de proporcionalidad”.

26. El informe de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (“ECRI”) del 7 de diciembre, en lo que aquí interesa sobre España dice así:

“17. La ECRI expresa su preocupación por la decisión de 2007 del Tribunal Constitucional que declaró inconstitucional la penalización de la negación del Holocausto. La sentencia establece que la mera negación, neutral, de algunos hechos sin ninguna intención de apología o incitación a la violencia, al odio o a la discriminación, no tiene sanción penal (...).

18. La ECRI recomienda que, en consonancia con su Recomendación núm. 9 de política general sobre la lucha contra el antisemitismo, se adopten las medidas necesarias para garantizar que se penalice la negación pública del Holocausto”.

B. La Unión Europea

27. La decisión marco nº 2008/913/JAI del Consejo del 28 de noviembre de 2008 sobre la lucha contra ciertas formas y manifestaciones de racismo y de xenofobia a través del derecho penal (Diario Oficial nº L 328 del 6 de diciembre de 2008), en lo que aquí interesa, dice así:

“(…)

Artículo primero

Delitos de carácter racista y xenófobo

1. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que se castiguen las siguientes conductas intencionadas:

a) la incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico;

b) la comisión de uno de los actos a que se refiere la letra a) mediante la difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales;

c) la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal como se definen en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, dirigida contra un

grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo;

d) la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional adjunto al Acuerdo de Londres, de 8 de agosto de 1945, dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo.

2. A los efectos de lo dispuesto en el apartado 1, los Estados miembros podrán optar por castigar únicamente las conductas que o bien se lleven a cabo de forma que puedan dar lugar a perturbaciones del orden público o que sean amenazadoras, abusivas o insultantes.

(...)

4. Los Estados miembros podrán hacer, en el momento de la adopción de la presente Decisión Marco o posteriormente, una declaración en virtud de la cual la negación o la trivialización flagrante de los crímenes a los que hace referencia el apartado 1, letras c) y d), sean punibles solo si los crímenes a los que hacen referencia dichas letras han sido establecidos por resolución firme de un tribunal nacional de dicho Estado miembro o un tribunal internacional, o mediante resolución firme exclusiva de un tribunal internacional.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. SOBRE LA ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA

28. El demandante se queja de haber sido condenado en apelación por un delito consistente en la difusión de ideas o de doctrinas que justifican actos de genocidio, delito que no figuraba en el escrito de acusación y por el cual no había sido condenado en primera instancia. Alega que su condena por el delito de justificación del genocidio vulnera sus derechos a la libertad de pensamiento y de expresión. Invoca los artículos 6 §§ 1 y 3 a) y b), 9 y 10 del Convenio.

29. Fundamentándose en el artículo 17 del Convenio, el Gobierno solicita al TEDH que declare la demanda inadmisibile. El mensaje que transmite el conjunto del material incautado en los locales del demandante, es contrario al espíritu y a la letra del Convenio. Editar, difundir, vender al extranjero o ser incluso el autor de publicaciones que banalicen o tengan como objetivo el justificar el Holocausto judío constituyen unas actividades contrarias al Convenio. En apoyo de su argumentación, invoca las decisiones adoptadas por la Comisión Europea de Derechos Humanos en el *Glimmerveen y Hagenbeek c. Países Bajos* (11 de octubre de 1979, DR 18) y por el TEDH en el asunto *Norwood c. Reino Unido* ((decisión.) nº 23131/03, TEDH 2004-XI).

30. El demandante objeta que no ha sido más que el vendedor de libros escritos por terceros, a saber, por protagonistas de la Segunda Guerra mundial o por otros autores a quienes se les puede reprochar, únicamente, el haber negado la veracidad de

un hecho histórico – el genocidio judío – insistiendo en el hecho en que, él, no es el autor o el editor de las publicaciones litigiosas. Subraya que esas publicaciones no están prohibidas en España, que se las encuentra en varias librerías y que están a la disposición de cualquiera que quiera consultarlos en la Biblioteca Nacional. Añade, que sus autores no han sido, tampoco, perseguidos. El demandante se remite por último a la sentencia del Tribunal Supremo del 12 de abril de 2011 relativa a un caso muy similar juzgado posteriormente (de la que ciertos párrafos se transcriben en el párrafo 24 – arriba indicado –) y que falló la absolución de los librereros encausados

31. El TEDH considera que los argumentos expuestos por el Gobierno relativos al artículo 17 del Convenio están estrechamente ligados a la sustancia de las quejas enunciadas por el demandante. El TEDH acumula por tanto la excepción al fondo (*Féret c. Bélgica*, nº 15615/07, § 52, 16 de julio de 2009).

32. El TEDH hace constar que la demanda no está manifiestamente mal fundamentada en el sentido del artículo 35 § 3 a) de la Convención. Señala, por otra parte, que no entra en conflicto con ningún otro motivo de inadmisibilidad. Procede por lo tanto declararla admisible.

II. SOBRE LA VIOLACIÓN ALEGADA DEL ARTÍCULO 6 §§ 1 Y 3 a) Y b) DEL CONVENIO

33. El demandante se queja de haber sido condenado en apelación por un delito consistente en la difusión de ideas o de doctrinas que justifican actos de genocidio, delito, que no constaba en el escrito de acusación y por el cual no había sido condenado en primera instancia. Invoca el artículo 6 §§ 1 y 3 a) y b) del Convenio que, en lo que aquí interesa, está así redactado:

“1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativamente (...) por un Tribunal (...) que decidirá (...) sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. (...).

2. (...)

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él;

b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; (...)”

A. Argumentos de las partes

34. El Gobierno expone que tanto los escritos de acusación como la sentencia del Juzgado de lo Penal nº 3 expresan que el demandante había cometido el delito previsto en el artículo 607 § 2 del Código Penal, sin especificar si se trataba de actos de negacionismo o de actos de justificación del genocidio. Recuerda que anteriormente a la sentencia nº 235/2007 del Tribunal Constitucional, el Código Penal incriminaba a las dos clases de comportamiento de forma global y no exigía la distinción entre las

conductas que debían ser tipificadas como negacionistas y las que atañían a la “justificación” de genocidio. Por lo tanto, al demandante se le había efectivamente acusado y se le había dado la oportunidad de defenderse ante el primer Juez, de los hechos en los cuales se fundamentó su condena, hechos descritos de manera general, en el artículo 607 § 2 del Código Penal.

35. Tras la sentencia nº 235/2007, la Audiencia Provincial celebró una nueva vista sobre la cuestión de establecer si los hechos declarados probados podrían ser considerados, no como negacionismo, pero como justificación del genocidio. El representante del demandante expuso entonces, de manera explícita, los motivos por los que consideraba que la conducta del demandante atañía al negacionismo, y no a la justificación de genocidio.

El Gobierno explica que la sentencia de la Audiencia Provincial ha tenido debidamente en cuenta la sentencia del Tribunal Constitucional y descartado, por consiguiente, los hechos aducidos por el tribunal *a quo* que ya no eran penalmente reprobables pero ha simplemente tipificado, de manera distinta, el resto de los hechos. La manera en la que el procedimiento se ha desarrollado habría, por lo tanto, respetado completamente los derechos del demandante amparados por el artículo 6 del Convenio.

36. Por su parte, el demandante apunta que el artículo 607 § 2 del Código Penal español instituía como infracción penal tres conductas distintas, a saber, la difusión de ideas o de doctrinas: a) negando o b) que justifiquen actos genocidas o c) pretendiendo rehabilitar a regímenes totalitarios o a instituciones que preconicen prácticas generadoras de tales delitos. La primera de esas imputaciones ha sido declarada inconstitucional en razón a que la simple difusión de conclusiones sobre la existencia, o no, de ciertos hechos sin juicio de valor, atañe a la libertad científica amparada por el artículo 20 § 1 de la Constitución. Respecto de la “justificación de genocidio”, esta idea supone que el ejercicio de la justificación en cuestión implica una incitación indirecta a su perpetración, o cuando, presentando el delito de genocidio como justo, su autor busca provocar, de alguna manera, el odio.

37. El demandante estima que los escritos de acusación (párrafo 7 arriba indicado) y los hechos declarados probados (párrafo 8 arriba indicado) por la sentencia del Juez de lo Penal, indicaban claramente cual era la conducta reprobable perseguida, a saber la negación del genocidio. Apunta, que el Juez de lo penal había concluido en su sentencia, que había sido probado que el material a la venta en la librería, negaba la persecución y el genocidio, o se daba en revisar el Holocausto judío y reproducía unos textos - recogidos en los escritos de acusación – procedentes de la negación del genocidio. Estima por tanto, que en primera instancia, no había sido condenado más que por el delito de negación del genocidio.

38. A pesar de las afirmaciones del Gobierno en cuanto al carácter global de la definición de las conductas castigadas por la disposición citada, el demandante estima que el cambio posterior de calificación no podría estar justificado por la formulación, muy genérica, de los escritos de acusación o de la sentencia de primera instancia, ni por la imprecisión siquiera del texto del artículo 607 § 2 del Código Penal.

39. En lo que se refiere al procedimiento en apelación, el demandante alega que su apelación estaba destinada al delito de negación de genocidio, único cargo de

condena aducido por la sentencia del Juzgado de lo Penal, y que tuvo que expresarse en la vista de apelación, antes incluso de saber si la acusación se mantenía o no. Su defensa no abordó por tanto, más que la cuestión de la negación de genocidio, limitándose a indicar que al carecer de la justificación de genocidio y de provocación al genocidio, debería ser absuelto. El demandante hace notar que al haber sido declarada inconstitucional la incriminación de negacionismo, la Fiscalía había retirado la acusación fundamentada en el artículo 607 § 2, lo que constituye, a su parecer, la prueba de que la actuación en juego, era la de negación de genocidio. El demandante apunta que en la vista ante la Audiencia Nacional, las acusaciones privadas se habían limitado a solicitar la confirmación de la condena *a quo* sin pedir la modificación de los hechos anteriormente declarados probados y se refiere al hecho de que la Audiencia Provincial estimó no poder inferir que la mayoría de las publicaciones que vendía incitaban directamente al exterminio de los Judíos (párrafo 16 arriba indicado). Ahora bien, fue condenado de todas formas por delito de “justificación” de genocidio. Estima por tanto no haber sido informado de la acusación formulada en su contra y no haber podido defenderse.

B. Valoración del TEDH

40. El TEDH recuerda que el artículo 17, al estar dirigido tanto contra agrupaciones como contra individuos, tiene por objetivo el situarles en la imposibilidad de extraer del Convenio un derecho que les permitiera librarse a una actividad, o realizar un acto que apunte a la destrucción de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio, nadie debe poder prevalerse de las disposiciones del Convenio para librarse a actos que tengan como objetivo la destrucción de los derechos y libertades anteriormente apuntados. Esta disposición, que tiene un alcance negativo, no podría ser interpretada *de contrario* privando a una persona física de los derechos individuales fundamentales amparados por los artículos 5 y 6 del Convenio (*Lawless c. Irlanda n° 3*), 1 de julio de 1961, § 7, serie A n° 3). El TEDH apunta que, en el presente caso, el demandante no se prevale del Convenio con vistas a justificar, o realizar, actos contrarios a los derechos y a las libertades ahí reconocidos, pero que se queja de haber sido privado de las garantías otorgadas por artículo 6 del Convenio. Por ello, no procede aplicar el artículo 17 del Convenio.

41. Las disposiciones del párrafo 3 a) del artículo 6 muestran la necesidad de cuidar en extremo la notificación al interesado de la causa de la “acusación” formulada en su contra. El escrito de acusación juega un papel determinante en las diligencias judiciales: a partir de su notificación, la persona encausada está oficialmente informada de la base jurídica y factual de los reproches formulados en su contra (*Kamasinski c. Austria*, 19 de diciembre de 1989, § 79, serie A n° 168, y *Pélissier y Sassi c. Francia* [GC], n° 25444/94, § 51, TEDH 1999-II). El artículo 6 § 3 a) del Convenio reconoce al acusado el derecho a ser informado, no solo de la causa de la acusación, es decir de los hechos materiales que le son imputados y sobre los cuales se fundamenta la acusación, sino también de la tipificación jurídica con la que se califica estos hechos, y esto, de una forma detallada.

42. El alcance de esta disposición debe valorarse, especialmente, a la luz del derecho mas general a un proceso equitativo que garantiza el párrafo 1 del artículo 6 del Convenio (ver, *mutatis mutandis*, *Artico c. Italia*, 13 de mayo de 1980, § 32, serie A n° 37; *Colozza c. Italia*, 12 de febrero de 1985, § 26, serie A n° 89, y *Pélissier y Sassi*,

arriba indicado, § 52). El TEDH considera que, en materia penal, una información precisa y completa de los cargos que pesan contra un acusado, y por tanto la tipificación jurídica que la jurisdicción pueda tomar en consideración en su contra, es una condición esencial de la equidad del procedimiento.

43. Si bien es cierto que las disposiciones del artículo 6 § 3 a) no imponen ninguna forma particular en cuanto a la manera en la que el acusado debe ser informado de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada en su contra. (ver, *mutatis mutandis*, *Kamasinski*, arriba indicado, § 79), sin embargo debe ser previsible para este último.

44. En fin, en cuanto a la queja extraída del artículo 6 § 3 b) del Convenio, el TEDH, estima que existe un vínculo entre los apartados a) y b) del artículo 6 § 3 y que el derecho a ser informado de la naturaleza y la causa de la acusación debe ser contemplado a la luz del derecho para el acusado de preparar su defensa.

45. El TEDH señala, en el presente caso, que en los escritos provisionales de acusación (párrafo 7 más arriba), el demandante era acusado de un delito continuado de “genocidio” en virtud del artículo 607 § 2 del código penal y de un delito continuado de provocación a la discriminación por motivos raciales fundándose en el artículo 510 § 1 del Código penal. Sin embargo, aunque los escritos de acusación no hubieran calificado de ninguna otra manera más que por la expresión genérica “delito de genocidio”, la actuación para la cual se solicitaba la condena (párrafos 7 y 34 más arriba), el TEDH apunta que tanto la Fiscalía como las acusaciones particulares se habían fundado en hechos que corresponden a la negación del Holocausto, en base a una parte del material incautado durante los registros. Respecto de las acusaciones privadas en particular, la Comunidad israelita de Barcelona había, por su parte, solicitado provisionalmente la condena del demandante por “negación del genocidio padecido por el pueblo judío y de tentativa de rehabilitación del régimen nazi”; la otra acusación particular, ATID-SOS Racisme Catalunya, había, por su parte, fundamentado su demanda provisional de condena, en el hecho de que “un número de libros y videos incautados niegan directamente el Holocausto o hacen apología del genocidio” (...) “y niegan la verdad histórica del genocidio” Tras la práctica de las pruebas, estos escritos provisionales de acusación habían sido elevados a escritos definitivos de acusación, sin que interviniera ninguna modificación en las calificaciones provisionales.

46. Mediante sentencia de 16 de noviembre de 1998 del Juzgado de lo Penal nº 3 de Barcelona, el demandante fue condenado por delitos continuados “de genocidio”, en virtud del artículo 607 § 2 del Código Penal, y de provocación a la discriminación, al odio y a la violencia contra grupos o asociaciones por motivos racistas y antisemitas, fundamentándose en el artículo 510 § 1 del mismo Código. El TEDH constata que los hechos (reproducidos íntegramente en el párrafo 8 más arriba) declarados probados por esta sentencia estaban relacionados principalmente “con la distribución, y con la venta de materiales (...) 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”. Entre los párrafos de las obras incautadas se citaban en la sentencia en cuestión, constaban las frases siguientes: “[Seis millones de muertos], ...esta alegación constituye la invención más colosal y la más lograda estafa que se haya visto jamás”, ... “[el] ‘Informe

Leuchter (el fin de una mentira: cámaras de gas y holocausto judío)” ... que destruye para siempre la infame mentira del holocausto judío. Nunca hubo cámaras de gas ni holocausto. 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. 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 anti raza que no puede decir la verdad porque se destruiría, porque su alimento y su aire, su sangre es la mentira”. El libro « Absolución para Hitler » afirma: “las camas 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. La Solución Final no era ningún plan de destrucción, sino de emigración. Auschwitz era una fábrica de armamento y no un campo de exterminio. 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 Zyklon-B. Eso es, benévolutamente dicho, una leyenda y una murmuración. No existieron cámaras de gas en Dachau, ni tampoco las hubo en otros campos de concentración de Alemania”. Las “cartas” redactadas por el demandante afirmaban bajo el título “El mito de Anna Frank “, 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 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 (...) 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 más devastadora”

47. El TEDH señala que en apelación ante la Audiencia Provincial, tras la sentencia nº 235/2007 del Tribunal Constitucional, declarando inconstitucional el artículo 607 del Código Penal en su parte relativa a la negación de genocidio, la Fiscalía había retirado la acusación de negación de genocidio, pidiendo la absolución del demandante del “delito de genocidio”, previsto en la disposición antedicha del Código Penal. De esta decisión de la Fiscalía, se podía razonablemente deducir que la conducta apuntada por la acusación pública, no se distinguía de la incriminación que había sido retirada por el Tribunal Constitucional. Ciertamente es, sin embargo, que las acusaciones particulares pidieron en la vista la confirmación de la sentencia dictada por el Juez *a quo* y el mantenimiento de la condena en virtud del artículo 607 § 2 del Código Penal. En particular la Comunidad Israelita de Barcelona sostenía que el demandante empleaba técnicas de propaganda para rehabilitar el régimen nacional-socialista y que existían elementos suficientes para estimar que la sentencia *a quo* no condenaba al demandante únicamente por la negación del Holocausto, sino también porque habría incitado a la discriminación y al odio racial hacia los Judíos afirmando que estos “deben ser exterminados como ratas”. Sin embargo, el TEDH señala que la Audiencia Provincial ha estimado a este respecto en su sentencia, que no había en el material incautado, y en particular en la película “el Judío errante”, referencias expresas a que los Judíos hubieran debido ser exterminados como las ratas y que, en cualquier caso no se podía

concluir que la mayor parte del material intervenido promoviera el exterminio de los Judíos.

48. El Gobierno no niega el hecho de que el demandante se hubiera ya expresado en la vista incluso antes de conocer el contenido de los argumentos de las partes acusadoras en la apelación, y no se le había reprochado claramente, en ningún momento, una posible conducta de justificación de genocidio. La Comunidad Israelita de Barcelona, había intentado en grado sumo, formular un tal reproche tras la sentencia nº 235/2007 del Tribunal Constitucional, pero sus argumentos, según los cuales el demandante habría promovido ideas favorables al exterminio de los Judíos no habían sido tomados en consideración por la Audiencia Provincial (párrafos 16 y 47).

49. El Gobierno no ha aportado ningún elemento susceptible de establecer que el demandante fuera informado del cambio de calificación efectuado por la Audiencia Provincial. El TEDH señala que incluso en su decisión del 14 de septiembre del 2000 (párrafo 11 más arriba) en la cual la Audiencia Provincial optó por la remisión de una cuestión prejudicial de constitucionalidad, no hizo ninguna observación sobre la posibilidad de calificar de una manera distinta la conducta del demandante, limitándose a estimar que la incriminación de la conducta apuntada por el artículo 607 § 2 del Código Penal, podía entrar en conflicto con la libertad de expresión, en la medida en que la conducta incriminada consistía en la simple difusión de ideas o de doctrinas, sin ninguna exigencia de otros elementos tales que la incitación a comportamientos vulneradores de los derechos fundamentales o acompañando, a ésta difusión, con expresiones o manifestaciones atentatorias a la dignidad de las personas.

50. El TEDH constata que del expediente no se desprende que la Audiencia Provincial o el representante de la Fiscalía hayan, en el transcurso de los debates, aludido a la posibilidad de un recalificación o simplemente, incluso, apuntado el argumento de las acusaciones privadas.

51. A la vista de estos elementos, el TEDH considera que no se ha establecido que el demandante hubiera tenido conocimiento de la posibilidad de una recalificación de los hechos de “negación” en “justificación” del genocidio por la Audiencia Provincial. Habida cuenta de la “la necesidad de cuidar en extremo la notificación al interesado de la causa de la acusación” y de que el escrito de acusación jugó un papel determinante en las diligencias judiciales (*Kamasinski*, antes citado, § 79), el TEDH estima que los argumentos alegados por el Gobierno, tomados en conjunto, o aisladamente, no son suficientes para justificar el respeto de las disposiciones del artículo 6 § 3 a) del Convenio.

52. El TEDH estima, por otra parte que no tiene que valorar el fundamento de los medios de defensa que el demandante hubiera podido alegar, si hubiera tenido la oportunidad de debatir la cuestión de saber si los hechos podían haber sido calificados de justificación del genocidio. Apunta simplemente que es verosímil que estos medios hubieran podido ser diferentes de los elegidos, para combatir la acusación de “negación” del genocidio que había sido formulada en su contra (*Adrian Constantin c. Rumanía*, nº 21175/03, § 25, 12 de abril de 2011, *Drassich c. Italia*, nº 25575/04, § 40, 11 de diciembre de 2007). El TEDH se limita a señalar que, a raíz de la sentencia del Tribunal Constitucional, la Audiencia Provincial de Barcelona descartó los hechos

calificables de negación de genocidio y consideró al demandante como autor de un delito de justificación de genocidio aunque sin individualizar su conducta en tanto que librero respecto de las que hubieran podido tener los autores o los editores de las obras litigiosas incautadas.

53. Habida cuenta de cuanto antecede, el TEDH considera que la justificación de genocidio no constituía un elemento intrínseco de la acusación inicial que el interesado habría conocido desde el inicio del procedimiento (ver, *de contrario*, *De Salvador Torres c. España*, 24 de octubre de 1996, § 33, *Recopilación de sentencias y decisiones 1996-V*).

54. El TEDH estima por consiguiente, que la Audiencia Provincial de Barcelona debía, para hacer uso de su derecho inconcuso de recalificar los hechos sobre los que tenía que resolver regularmente, dar la posibilidad al demandante de ejercer su derecho de defensa en ese punto de una manera concreta y efectiva, y por tanto a su debido tiempo. Esto no ha sucedido en el presente caso, y solamente la sentencia dictada en apelación le ha permitido conocer, de manera tardía, este cambio de tipificación.

55. Debido a todos estos elementos, el TEDH concluye que ha habido violación del párrafo 3 a) y b) del artículo 6 del Convenio, combinado con el párrafo 1 de este mismo artículo.

III. SOBRE LA VIOLACIÓN ALEGADA DE LOS ARTÍCULOS 9 Y 10 DEL CONVENIO

56. El demandante alega que su condena por delito de justificación de genocidio vulnera sus derechos a la libertad de pensamiento y de expresión. Invoca los artículos 9 y 10 del Convenio que, en lo que aquí interesa, están así redactados:

Artículo 9

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia (...); este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.”

Artículo 10

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas (...).

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad

nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial »

57. Según el Gobierno, el demandante editaba y difundía, bajo cobertura de una librería comercial, obras que justifican el Holocausto judío, y el contenido de estas publicaciones mostraba una clara voluntad de ridiculizar a la comunidad judía, calificándola de genéticamente mentirosa e incitando, si bien de manera indirecta, al odio y la violencia contra esta comunidad. El Gobierno apunta que el demandante fue condenado a una pena de siete meses de prisión, cuya ejecución se podía suspender en ciertas circunstancias. Habida cuenta de la gravedad de los hechos, y de la corta duración de la pena impuesta, la injerencia en la libertad de expresión del demandante no podría ser considerada como desproporcionada.

58. El demandante estima, basándose en la sentencia *Jersild c. Dinamarca* (23 de septiembre de 1994, serie A nº 298), que no procede, aplicar la noción de “discurso del odio” en el presente caso. Expone que solamente está en causa una librería que vende al público obras que presentan una visión particular de la historia, o la opinión de los protagonistas del lado alemán, de la Segunda Guerra mundial, subrayando que su librería no ha sido objeto de ningún requerimiento de cierre a raíz de su condena y que la acusación no ha estado en medida de demostrar que sus clientes eran adeptos a la violencia. Por otro lado, el demandante expone que no tiene antecedentes judiciales y que lleva a cabo una actividad comercial de carácter especializado. Estima desproporcionado el hecho de haber sido condenado por la venta de libros no prohibidos y que se pueden encontrar, además, en otras librerías y bibliotecas.

59. El TEDH observa que los agravios alegados por el demandante respecto de los artículos 9 y 10 del Convenio están íntimamente ligados a los agravios planteados al amparo del artículo 6 del Convenio. Habida cuenta del reconocimiento relativo al artículo 6 (párrafo 55 arriba indicado), el TEDH estima que no procede examinar, por añadidura, si ha habido en el presente caso violación de estas disposiciones.

IV. SOBRE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 41 DEL CONVENIO

60. según los términos del artículo 41 del Convenio,

“Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa.”

A. Daños

61. El demandante reclama 125.000 euros en concepto de perjuicio moral que habría padecido, de los cuales, 100.000 euros corresponderían a la violación del derecho a ser informado de la acusación y 25.000 euros a la de la libertad de pensamiento y de expresión.

62. El Gobierno estima que el reconocimiento de la violación bastaría para reparar los daños alegados.

63. El TEDH estima que el demandante ha sufrido un perjuicio moral al que el reconocimiento de la violación del Convenio, que consta en la presente sentencia, no bastaría para remediar (ver, *mutatis mutandis*, *Cianetti c. Italia*, nº 55634/00, § 53, 22 de abril de 2004, y *Gómez de Liaño y Botella c. España*, nº 21369/04, § 83, 22 de julio de 2008). Habida cuenta de las circunstancias de la causa, de la naturaleza de la única violación constatada, y resolviendo en equidad, tal como lo requiere el artículo 41 del Convenio, decide otorgar al demandante la cantidad de 8.000 euros en concepto de perjuicio moral.

B. Gastos y costas

64. El demandante solicita igualmente 5.000 euros por gastos y costas involucrados ante el TEDH.

65. El Gobierno estima que este importe es excesivo y se remite al buen criterio del TEDH.

66. Según la jurisprudencia del Tribunal, un demandante solo puede obtener el reembolso de sus gastos y costas en la medida en que se encuentren fehacientemente justificados, sean necesarios y, del carácter razonable de su importe. En el presente caso, y habida cuenta de los documentos en su poder y de su jurisprudencia, el TEDH estima razonable la cantidad reclamada y la otorga al demandante.

C. Intereses por mora

67. El Tribunal juzga conveniente imponer el mismo tipo de interés por mora que el tipo de interés de la facilidad marginal de crédito del Banco Central Europeo más tres puntos en porcentaje.

POR ESTOS MOTIVOS, EL TRIBUNAL, POR UNANIMIDAD,

1. *Acumula al fondo* la excepción extraída del artículo 17 del Convenio y la *rechaza*;
2. *Declara la demanda admisible*;
3. *Falla* que ha habido violación del artículo 6 §§ 1 y 3 a) y b) del Convenio;
4. *Falla* que no procede examinar, por añadidura,^o si ha habido, en el presente caso, violación de los artículos 9 y 10 del Convenio;
5. *Falla*
 - a) que el Estado demandado debe abonar al demandante, dentro de los tres meses siguientes al día en que la sentencia haya adquirido carácter de

firmeza, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 § 2 del Convenio, los importes siguientes

ii) 8.000 euros (ocho mil euros), más cualquier importe que se pueda devengar en concepto de tributos, por daño moral;

ii) 5.000 euros (cinco mil euros), más cualquier importe que se pueda devengar en concepto de tributos, por gastos y costas;

b) que a partir de la expiración de dicho plazo, y hasta el momento del pago, estos importes serán incrementados del interés simple de un tipo igual al de la facilidad marginal de crédito del Banco Central Europeo aplicable durante este período, más tres puntos de porcentaje;

6. *Rechaza* la demanda de satisfacción equitativa por lo demás.

Hecho en francés, y posteriormente comunicado por escrito el 5 de marzo de 2013, en aplicación del artículo 77 §§ 2 y 3 del Reglamento.

Santiago Quesada
Secretario

Josep Casadevall
Presidente