|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 24/2000 |
| Fecha | de 18 de enero de 2000 |
| Sala | Pleno |
| Magistrados | Don Pedro Cruz Villalón, don Carles Viver Pi-Sunyer, don Rafael de Mendizábal Allende, don Julio D. González Campos, don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, don Tomás Salvador Vives Antón, don Pablo García Manzano, don Pablo Cachón Villar, don Fernando Garrido Falla, don Vicente Conde Martín de Hijas y don Guillermo Jiménez Sánchez. |
| Núm. de registro | 3074-1999 |
| Asunto | Cuestión de inconstitucionalidad 3.074/99 |
| Fallo | En virtud de todo lo expuesto, el Pleno acuerda inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Tercera, sobre el art. 607.2 del Código Penal, mediante Auto de 9 de junio de 1999, dictado en elrollo de apelación penal núm. 24/99, dimanante del procedimiento abreviado núm. 102/98. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. Por oficio del Presidente de la Audiencia Provincial de Barcelona, registrado en este Tribunal el 14 de julio de 1999, fue remitido el Auto de la Sección Tercera de dicha Audiencia por el que se planteaba cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 607.2 del Código Penal (CP) vigente, cuyo tenor literal es el siguiente: "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." El mencionado apartado primero de ese mismo precepto castiga a aquellos que con el propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, mataren algunos de sus miembros, les agredieren sexualmente o les causasen alguna lesión de las previstas en el art. 149 de ese CP, o sometieren 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 produjeren lesiones del art. 150, si se les desplazare o trasladare forzosamente o impidieren su género de vida o reproducción, o si les causaren cualquier otra lesión distinta a las mentadas.

2. Los hechos de los que trae causa la citada cuestión de inconstitucionalidad son, en síntesis, los siguientes:

a) El Juez de lo Penal núm. 3 de Barcelona, en el procedimiento abreviado núm. 102/1998, dictó Sentencia el 16 de noviembre de 1998 por la que condenó a don Pedro Várela Geiss como responsable criminalmente, en concepto de autor, de un delito continuado de genocidio del art. 607.2 CP a la pena de dos años de prisión, con las accesorias y costas; y también por un delito continuado con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales, consistente en la provocación a la discriminación, al odio racial y a la violencia contra grupos o asociaciones por motivos racistas y antisemitas, del art. 510.1 CP, a la pena de tres años de prisión y 12 meses de multa-cuota, a las accesorias y costas.

b) Recurrida en apelación dicha Sentencia por el condenado, la Audiencia Provincial (Sección Tercera), una vez admitido a trámite el recurso por providencia de 24 de febrero de 1999 dictó, sin mediar ninguna otra actividad judicial, nueva providencia el 30 de abril de 1999, planteando el incidente de audiencia previa de las partes del art. 35.2 LOTC sobre la pertinencia de elevar la presente cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 607.2 CP. Por nueva providencia dictada el 7 de mayo de 1999, al amparo de lo dispuesto en el art. 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, precisó que la duda sobre la constitucionalidad de dicho precepto derivaba de su eventual conculcación del art. 20.1 CE, formulando a continuación las partes y el Ministerio Fiscal sus alegaciones al respecto.

c) La providencia de 30 de abril fue recurrida en reforma por la Asociación ATID y SOS Racisme Catalunya, partes en la causa, argumentando que la Audiencia habría infringido lo dispuesto en el art. 35.2 CE al plantear prematuramente la cuestión, ya que el proceso aún no estaba concluso para Sentencia, pues pendían de resolución las peticiones del apelante sobre el recibimiento a prueba y celebración de vista oral, además de no haberse especificado en la mentada providencia el precepto constitucional supuestamente infringido. Por providencia de 6 de mayo de 1999, la Audiencia declaró no haber lugar a dicho recurso por no estar previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim).

El Ministerio Fiscal también había interesado, mediante el oportuno escrito, la anulación de la providencia de 30 de abril de 1999 por similares razones a las expuestas por los recurrentes en reforma. La Audiencia acordó, mediante providencia de 7 de mayo de 1999, no haber lugar a lo interesado porque el escrito del Ministerio Público no era en puridad un recurso.

d) El 7 de mayo de 1999, la Comunidad Israelita de Barcelona, parte en el proceso y apelada en el recurso, elevó escrito a la Audiencia alegando las mismas razones ya mentadas en los otros dos escritos aludidos. La Audiencia Provincial dictó providencia el 13 de mayo de 1999 dando cuenta del escrito y ordenando su unión al rollo de apelación. A continuación, las partes (escritos de 12 y 14 de mayo) y el Ministerio Fiscal (escrito de 14 de mayo) elevaron sus alegaciones con arreglo a lo dispuesto en el art. 35.2 LOTC sobre la eventual inconstitucionalidad del art. 607.2 CP por infracción del art. 20. ICE.

e) La Comunidad Israelita de Barcelona, en el mismo escrito en el que vertió sus alegaciones, interpuso recurso de súplica contra las dos providencias, la de 30 de abril y su complementaria de 7 de mayo, formulando la aludida queja de que el proceso aún no estaba concluso, y no podía plantearse en ese momento procesal el incidente del art. 35.2 LOTC, pues antes debía resolverse sobre la petición de recibimiento a prueba y la celebración de vista oral. Recurso al que se adhirieron el Ministerio Fiscal y la otra parte acusadora y apelada, ATID-SOS Racisme. Admitido a trámite por providencia de 17 de mayo de 1999, la Audiencia dictó Auto de 19 de mayo de 1999 desestimatorio de dicha súplica, aduciendo que el planteamiento del incidente era pertinente, pues los autos estaban conclusos y pendientes de Sentencia, porque era regla seguida por esa Audiencia que cuando fuese innecesario acordar el recibimiento a prueba, no se señalaba fecha para la vista oral (ya que tampoco era necesario al no tenerse que practicar prueba alguna), dejando los autos pendientes para dictar Sentencia, en la que resolverá expresamente sobre ambas peticiones, sin necesidad, tampoco de que así se haga constar en diligencia alguna sobre si hubo o no deliberación de la Sección. Por esta razón, y con arreglo a la interpretación que la Audiencia Provincial daba a los apartados 7° y 8° del art. 795 LECrim, una vez resuelta la súplica, y recibidas las alegaciones de las partes y del Ministerio Fiscal, la Audiencia Provincial dictó el Auto de 9 de junio de 1.999, planteando cuestión de inconstitucionalidad del art. 607.2 del Código Penal.

3. El referido Auto de planteamiento comienza razonando sobre la conclusión del proceso y el correcto planteamiento de la audiencia previa a las partes en el momento procesal oportuno, reproduciendo sintéticamente lo que ya había razonado en el Auto resolutorio del recurso de súplica.

Una vez superado el óbice formal que suscitaron las partes, en el fundamento de derecho 2 del Auto se realiza el juicio de relevancia, señalando que los hechos por los que el señor Várela Geiss fue condenado eran constitutivos del delito tipificado en el art. 607 CP. A continuación la Audiencia Provincial, tras situar el precepto en su contexto junto con otros preceptos penales conexos (en especial los arts. 510, 515.5, 519 y 615), procede a razonar su duda de constitucionalidad sobre el precepto legal, en particular en los fundamentos de derecho 4 y 5 del mencionado Auto.

El fundamento de su duda se halla en la colisión entre la libertad de expresión del art. 20.1 a) CE y la tipificación penal del art. 607.2 CP, en cuanto la conducta de difundir por cualquier medio ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos de genocidio o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen esas prácticas. .Razona la Audiencia que el art. 607.2 CP es un tipo penal autónomo que no puede integrarse con lo dispuesto por el art. 18 CP, que no castiga la apología de los delitos de genocidio ni la provocación a su comisión o la incitación al odio racial, al ya estar estas conductas tipificadas en otros preceptos (arts. 510, 515.5, 519, 615 CP). Así pues, la conducta penada es la de difundir aquellas ideas o doctrinas, que es la realizada por el señor Várela Geiss en su librería especializada en la venta de determinados libros y demás medios de difusión de ideas e información, relativos a la negación y justificación del genocidio judío por el Régimen Nacionalsocialista durante la Segunda Guerra Mundial. Para la Audiencia, a la vista del caso concreto y dado que la conducta sancionada por el art. 607.2 CP no es otra que la difusión de ideas y opiniones sobre determinados hechos históricos, resulta evidente el conflicto entre ese tipo penal y la libertad de expresión.

La Audiencia Provincial añade que el legislador puede elegir el bien jurídico que desea proteger penalmente, pero en este caso el bien jurídico elegido resulta "muy difuso". Aduce a este respecto que el bien jurídico que protege el art. 607.2 CP no es sino el de evitar que se cree un "clima favorecedor de conductas discriminatorias", ya que la incitación o invitación a realizar comportamientos dirigidos a conculcar derechos fundamentales, o que supongan menosprecio a la dignidad de la persona, ya están salvaguardados en otros preceptos penales. Sin embargo, la Audiencia considera que ese bien jurídico ni siquiera es merecedor de protección penal cuando supone, además, un límite al derecho a la libertad de expresión. A su juicio, y a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional según la cual toda limitación de un derecho fundamental debe estar justificada en la protección de otro derecho, el bien que pretende proteger el art. 607.2 CP no posee la suficiente entidad como para fundar un límite tan severo a la libertad de expresión máxime cuando otros preceptos penales ya estatuyen sanciones para las conductas que inciten a la discriminación o a la violencia contra determinados grupos étnicos o religiosos.

4. Por providencia de 15 de septiembre de 1999, la Sección Primera acordó oír al Fiscal General del Estado a los efectos dispuestos por el art. 37.1 LOTC, para que en el plazo de diez días alegase acerca de la admisibilidad de la presente cuestión de inconstitucionalidad por la eventual falta de las oportunas condiciones procesales por el posible carácter prematuro de su planteamiento.

5. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 4 de octubre de 1999, el Fiscal General del Estado presentó sus alegaciones, interesando la inadmisión de la presente cuestión de inconstitucionalidad al haber sido planteada prematuramente. Sostiene el Fiscal que este Tribunal, desde la STC 17/1981, ha venido indicando que la cuestión de inconstitucionalidad no es una vía idónea para el control abstracto de la Ley, sino un instrumento a disposición de los órganos judiciales para conciliar su doble obligación de actuar sometidos a la Ley al tiempo que lo están también a la Constitución. Por esta razón el Tribunal se ha mostrado riguroso en la exigencia de una fiel observancia de los requisitos de obligado cumplimiento, a los efectos de la admisibilidad de las cuestiones de inconstitucionalidad que se le eleven, y que vienen establecidos en los arts. 163 CE y 35.2 LOTC, con el propósito de evitar un uso desviado de dicho cauce de impugnación de la Ley (SSTC 17/1981 y 94/1986). Entre esos requisitos figura el relativo al tiempo hábil para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, que sólo procederá una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar Sentencia (art. 35.2 LOTC).

El Fiscal General del Estado toma en consideración la progresiva flexibilización que este Tribunal ha introducido, en relación con determinados supuestos de los que ha conocido, en orden a la exigencia de aquellos requisitos mediante una interpretación finalista de los mismos (SSTC 8/1982, 186/1990 y 110/1993), en especial el relativo al tiempo hábil de planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad, admitiendo en algunos casos que ésta se suscite y eleve a este Tribunal antes de que el proceso estuviese formalmente concluso, sin por ello considerar prematura la cuestión planteada. Sin embargo también ha señalado al respecto este Tribunal que esa posibilidad se limita, como regla general, a leyes procesales, y también, en el caso de leyes sustantivas, siempre que la ulterior tramitación del proceso hasta Sentencia no pueda aportar ningún elemento adicional de juicio sobre la aplicabilidad de la norma legal cuestionada, ni sobre su legitimidad constitucional, o cuando la propia norma tenga una incidencia anticipada o irreversible en el propio proceso en curso.

Teniendo en cuenta esta doctrina, el Fiscal arguye que en el presente caso no cabe sino concluir que el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad resulta prematuro, al haber omitido la Audiencia Provincial una serie de trámites procesales capitales para la resolución final del recurso de apelación del que conocía. En efecto, la duda de constitucionalidad recae sobre una ley sustantiva, y se suscita a pesar de que la Audiencia Provincial no resolvió sobre la solicitud de recibimiento a prueba formulada por el apelante condenado en la instancia, de forma que la no resolución sobre tal petición, basada en una peculiar interpretación de lo dispuesto en el art. 795 LECrim, no sólo podría resultar eventualmente lesiva de los derechos fundamentales del art. 24.1 y 2 CE que asisten al condenado y apelante, sino que aboca al carácter prematuro de la cuestión de inconstitucionalidad planteada.

Sigue razonando el Fiscal que, con arreglo al art. 795.7 LECrim y dada la condición de condenado de quien apela e interesa el recibimiento a prueba en la segunda instancia, la Audiencia Provincial debió resolver mediante Auto sobre dicha petición y, en su caso, sobre la pertinencia de la prueba cuya práctica solicitó el apelante; y muy en particular sobre este segundo extremo, necesario para saber si la prueba interesada era o no relevante para la determinación del hecho delictivo y la aplicación del precepto penal de cuya constitucionalidad precisamente se duda, sin que pueda tenerse por suficiente el que la Audiencia Provincial manifieste que había adoptado la decisión, a pesar de no exteriorizarla, sobre la impertinencia de la prueba y, por tanto, sobre la consiguiente conclusión del proceso en la segunda instancia. Este proceder, añade el Fiscal, no sólo pudo haber menoscabado los derechos fundamentales del apelante a una resolución judicial motivada en Derecho (art. 24.1 CE), y el derecho a la prueba pertinente para la defensa de sus intereses (art. 24.2 CE), sino también ha provocado el carácter prematuro de la cuestión de inconstitucionalidad planteada, pues la resolución de la petición de recibimiento a prueba era de todo punto necesaria. Otro tanto cabe decir sobre la solicitud de celebración de la vista oral, cuya importancia ha sido destacada recientemente por este Tribunal, en el Auto 220/1999, de la que no se podrá saber su trascendencia al no haberse resuelto formalmente sobre la petición de recibimiento a prueba. Finalmente alega el Fiscal que ni siquiera se formalizó la conclusión del proceso, para lo que hubiera sido bastante que el Secretario judicial hubiese expedido una diligencia dejando constancia de que el rollo de apelación estaba concluso y a disposición de la Sala para su deliberación, votación y fallo, de lo que también se quejaron las partes en sus alegaciones en el trámite de audiencia previa al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad del art. 35.2 LOTC.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. Reiteradamente ha establecido este Tribunal que la cuestión de inconstitucionalidad no es un medio del que puedan servirse los órganos judiciales para pretender del Tribunal Constitucional la depuración abstracta del Ordenamiento jurídico, sino un instrumento procesal puesto a disposición de aquéllos para conciliar su obligación de sometimiento a la Ley y a la Constitución, en los casos en que alberguen dudas fundadas sobre la constitucionalidad de la norma o normas con rango de Ley que debieran aplicar en el asunto sometido a enjuiciamiento. Justamente, su capital trascendencia obliga a extremar las garantías destinadas a impedir un uso inadecuado de la cuestión, como sería el de promoverla para obtener pronunciamientos innecesarios o indiferentes para la decisión del proceso en el que aquélla se suscita. El control de admisibilidad que este Tribunal debe ejercer es el cauce idóneo e indispensable para verificar la existencia de esos requisitos. Y dentro de los mismos está el referido a que el proceso a quo se halle concluso, pues la posibilidad de que de la admisión de una cuestión de inconstitucionalidad se pueda seguir tan grave consecuencia como la de anular una norma con rango de ley, sólo será procedente en la medida en que la respuesta que de este Tribunal se solicita resulte imprescindible para fundar el fallo (SSTC 17/1981, FJ 1; 94/1986, FJ 2; 36/1991, FJ 3; y AATC 287/1991, FJ 2; 203/1998, FJ 1).

El art. 37.1 CE abre la posibilidad de que, apreciada por este Tribunal la ausencia de alguno de los requisitos procesales recogidos en el art. 35 LOTC, pueda rechazarse por Auto, y con la sola audiencia del Fiscal General del Estado la cuestión de inconstitucionalidad cuando faltaren las condiciones procesales para su admisión, y ello sin perjuicio de que, una vez subsanadas aquellas tachas, pueda reiterarse el planteamiento de la cuestión, ya que su inadmisión por razones formales no prejuzga la consistencia de la duda de constitucionalidad planteada (STC 106/1986, FJ 1). Entre los requisitos que condicionan inexcusablemente la admisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad se encuentra el de que ésta se plantee en el momento procesal oportuno que, con arreglo a lo dispuesto en el art. 35.2 LOTC, será "una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar Sentencia". El planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad en momento procedimental anterior al indicado provoca, en principio y conforme al art. 37.1 LOTC, su inadmisión por prematura. No obstante, desde la STC 8/1982, este Tribunal ha admitido, en ciertos casos excepcionales, una aplicación flexible de dicho requisito procesal mediante su interpretación finalista (STC 110/1993) de tal modo que, aunque procesalmente no pudiese considerarse concluso el proceso ante la jurisdicción ordinaria, de dicha circunstancia no se sigue necesariamente que el planteamiento de la cuestión sea prematuro. Ahora bien, como hemos señalado en los AATC 203/1998 y 236/1998, esa posibilidad excepcional se constriñe, como regla general, a las leyes procesales, y sólo es admisible en el caso de leyes de naturaleza sustantiva cuando la ulterior tramitación del proceso hasta Sentencia no puede aportar ningún elemento adicional de juicio sobre la aplicabilidad de la norma legal cuestionada ni sobre su efecto determinante del fallo, ni sobre su legitimidad constitucional, o cuando la propia norma tenga una incidencia anticipada e irreversible en el propio proceso en curso (SSTC 54/1983, 25/1984, 186/1990, 76/1992, 110/1993, 234/1997; AATC 121/1990, 60/1991, 92/1991, 203/1998, 236/1998).

2. Por lo que concierne a la presente cuestión de inconstitucionalidad, tanto las acusaciones particulares y el Fiscal en el proceso penal, como el Fiscal General del Estado en el trámite de alegaciones del art. 37.1 LOTC, coinciden en calificar aquélla como prematura, en tanto que propuesta antes de hallarse concluso el proceso penal en la segunda instancia, finalización aún no producida, al no haber adoptado la Sección Tercera de la Audiencia Provincial que conocía del recurso de apelación una formal y expresa resolución sobre la proposición de prueba y celebración de vista oral, formuladas por el condenado apelante en su escrito de formalización del recurso, al amparo del art. 795.3 LECrim.

Pues bien, hemos de acoger el invocado motivo de inadmisibilidad de la cuestión planteada, por haberse formulado en momento procesal inidóneo, en cuanto anticipado a la conclusión del recurso de apelación del procedimiento abreviado en el que ha sido propuesta. En efecto, la ausencia de resolución expresa sobre la mencionada solicitud del condenado apelante no puede ser suplida, con olvido de la taxativa prescripción del art. 795.7 de la Ley Procesal Penal, por lo que, en tesis del órgano judicial proponente, viene siendo una praxis judicial en orden a rechazar de modo implícito las pruebas propuestas consideradas como no pertinentes y, derivadamente, la no celebración de la vista oral, dando así el proceso en su grado de apelación por concluso.

Con independencia de la eventual vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del apelante (art. 24.1 CE), lo que no es aquí y ahora de nuestra incumbencia, tal modo de proceder del órgano judicial, al eludir la resolución expresa sobre las peticiones contenidas en el escrito formalizando .la apelación, determina una total incertidumbre para las partes del proceso (singularmente para el condenado apelante), y en este trámite para este Tribunal, acerca de cuál pudo ser la relevancia, fáctica y jurídica, de los medios probatorios propuestos, y de su eventual influencia para la más certera determinación del hecho delictivo y de la subsunción de la conducta del condenado en el tipo penal aplicable por el Juez de lo Penal en la Sentencia recurrida. La mencionada omisión del órgano judicial proponente no sólo ha privado a las partes del proceso penal, y singularmente al condenado en la instancia, del conocimiento de las razones que determinaron a aquél a tener por no pertinentes las pruebas propuestas en segunda instancia y a la innecesariedad de la vista oral solicitada, sino que, lo que a estos efectos cobra mayor importancia, ha viciado de raíz el adecuado juicio de aplicabilidad de la norma legal cuestionada, que es inherente al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. El silencio del Tribunal de apelación, proponente de la presente cuestión, ha impedido conocer si se hubiera podido aportar a la causa, en la segunda instancia, algún elemento adicional de juicio, tanto sobre la aplicabilidad al caso del precepto legal cuestionado (art. 607, párrafo 2, del Código Penal), como acerca del eventual efecto determinante del fallo que hubiera debido pronunciarse.

3. En razón de lo expuesto, debe concluirse que la cuestión de inconstitucionalidad suscitada en torno al art. 607.2 del Código Penal no cumple con el inexcusable presupuesto de haber sido formulada en el momento procesal oportuno, es decir, una vez concluido el recurso de apelación formalizado ante la correspondiente Sección de la Audiencia Provincial de Barcelona y dentro del plazo para dictar Sentencia, tal como exige el art. 35.2 LOTC, lo que determina su inadmisión con arreglo a lo dispuesto en el art. 37.1 LOTC.

ACUERDA

En virtud de todo lo expuesto, el Pleno acuerda inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Tercera, sobre el art. 607.2 del Código Penal, mediante Auto de 9 de junio de 1999, dictado en el

rollo de apelación penal núm. 24/99, dimanante del procedimiento abreviado núm. 102/98.

Madrid, a dieciocho de enero de dos mil.