

Id. Cendoj: 28079370032010100386

Organo: Audiencia Provincial

Sede: Madrid

Sección: 3

Tipo de Resolución: Sentencia

Fecha de resolución: 30/06/2010

Nº Recurso: 3/2010

Ponente: JUAN PELAYO MARIA GARCIA LLAMAS

Procedimiento: PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO

D. TOMÁS YUBERO MARTÍNEZ

ROLLO SALA:3/ 2010

SECRETARIO DE LA SALA

D. PREVIAS: 393/05

JDO. INSTRUC Nº 4

ALCOBENDAS

SENTENCIA NUM: 259

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

ILMOS. SRES DE LA SECCION TERCERA

D. JUAN PELAYO GARCIA LLAMAS

D^a. MARÍA PILAR ABAD ARROYO

D^a. ANA MARÍA PÉREZ MARUGÁN

----- En Madrid, a 30 de junio 2010.

VISTA, en juicio oral y público ante la Sección 3ª de esta Audiencia Provincial la causa procedente del Juzgado de Instrucción nº 6 de Alcobendas seguida de oficio por delitos de asociación ilícita y tenencia ilícita de armas contra:

Remigio, con DNI nº NUM000, mayor de edad, nacido el 20 de abril de 1976, hijo de Vicente y Dominga, natural de Madrid, y vecino de Madrid, AVENIDA000NUM001-NUM002-NUM003, sin antecedentes penales, en libertad por la presente causa de la que estuvo privado del 21 al 29 de abril de 2005, previa prestación de fianza por importe de seis mil euros.

Agapito, con DNI nº NUM004, mayor de edad, nacido el 8 de julio de 1979, hijo de Vicente y Dominga, natural de Madrid y vecino de Illescas (Toledo) CALLE000NUM005NUM006, NUM007NUM006, sin antecedentes penales, en libertad por la presente causa de la que estuvo privado los días 21 y 22 de abril de 2005.

Fulgencio, con DNI nº NUM008, mayor de edad nacido el 24 de abril de 1980, hijo de Tomas y Encarnación, natural de Madrid y vecino de San Sebastián de los Reyes (Madrid) CALLE001NUM009, sin antecedentes penales, en libertad por la presente causa de la que estuvo privado del 21 al 28 de abril de 2005.

Narciso, con DNI nº NUM010, mayor de edad, nacido el 16 de noviembre de 1983, hijo de Lorenzo y de Esmeralda natural de Plasencia y vecino de San Sebastián de los Reyes (Madrid) AVENIDA001NUM011, sin antecedentes penales, en libertad por la presente causa de la que estuvo privado del 21 al 28 de abril de 2005.

Carlos María, con DNI nº NUM012, mayor de edad, nacido el 11 de diciembre de 1982 hijo de Jesús y de María Elena, natural de Madrid y vecino de San Sebastián de los Reyes (Madrid) AVENIDA002 nº NUM013-NUM014NUM015, sin antecedentes

penales, en libertad por la presente causa de la que estuvo privado del 21 al 23 de abril de 2005.

Calixto, con DNI nº NUM016, mayor de edad, nacido el 2 de abril de 1977, hijo de Francisco y de María Pilar, natural y vecino de Jaén, AVENIDA003NUM017-NUM018NUM006, sin antecedentes penales, en libertad por la presente causa, previa prestación de fianza por importe de tres mil euros, de la que estuvo privado los días 21 y 22 de abril de 2005.

Jaime, con DNI nº NUM019, mayor de edad, nacido el 10 de noviembre de 1982, hijo de Jesús y de Alicia, natural de Madrid y vecino de Algete, (Madrid) CALLE002NUM020-NUM021-NUM021, sin antecedentes penales, en libertad por la presente causa de la que estuvo privado los días 21 y 22 de abril de 2005.

Valentín, con DNI nº NUM022, mayor de edad, nacido el 14 de mayo de 1970, hijo de Luis y de Ana Maria, natural de Sevilla y vecino de Cádiz, AVENIDA004 nº NUM023-NUM018NUM015, CADIZ, sin antecedentes penales, en libertad por la presente causa de la que estuvo privado los días 21 y 22 de abril de 2005.

Braulio, con DNI nº NUM024, mayor de edad, nacido el 19 de junio de 1978, hijo de José y María Carmen, natural y vecino de San Sebastián de los Reyes (Madrid) CALLE003NUM025-NUM026NUM003, sin antecedentes penales, privado de libertad por esta causa del 21 al 25 de abril de 2005 en que fue puesto en libertad previa prestación de fianza por importe de seis mil euros.

Isidro con DNI nº NUM027, mayor de edad, nacido el 18 de septiembre de 1977, hijo de Santos y de Pilar, natural de Madrid y vecino de Alcobendas (Madrid) CALLE004 nº NUM028NUM007NUM015, sin antecedentes penales, en libertad por la presente causa de la que estuvo privado los días 21 y 22 de abril de 2005.

Urbano, con DNI nº NUM029, mayor de edad, nacido el 30 de diciembre de 1980, hijo de Eduardo y de Rosario, hijo de Eduardo y Rosario, natural de Madrid y vecino

de Alcobendas (Madrid), CALLE005NUM026-NUM021NUM003, sin antecedentes penales, en libertad por la presente causa de la que estuvo privado del 21 al 23 de abril de 2005

Carmelo, con DNI nº NUM030, mayor de edad, nacido el 3 de enero de 1980, hijo de Saturnino y de Ines Mirta, natural de Madrid y vecino de San Sebastián de los Reyes,(Madrid) CALLE006NUM031, escalera NUM028-NUM026NUM003) , sin antecedentes penales, privado de libertad por esta causa del 21 al 25 de abril de 2005 en que fue puesto en libertad previa prestación de fianza por importe de seis mil euros.

Nazario, con DNI nº NUM032, mayor de edad, nacido el 8 de febrero de 1976, hijo de Antonio y de Esperanza, natural y vecino de Burgos, CALLE007 nº NUM026-NUM018NUM006 , sin antecedentes penales y en libertad por la presente causa de la que estuvo privado los días 21 y 22 de abril de 2005.

Abel, con DNI nº NUM033 mayor de edad, nacido 8 de julio de 1975, hijo de Ángel y de Dolores, natural de Tarragona y vecino de Zaragoza, CALLE008NUM021-NUM014NUM034, sin antecedentes penales y en libertad por la presente causa de la que estuvo privado los días 21 y 22 de abril de 2005.

Paulino,- con DNI- NUM035, mayor de edad, nacido el 30 de octubre de 1976, hijo de José Ignacio y de María Consolación, natural y vecino de Zaragoza, CALLE009NUM025-NUM028, sin antecedentes penales y en libertad por la presente causa de la que estuvo privado los días 21 y 22 de abril de 2005.

Juan Ramón, con DNI nº NUM036, mayor de edad, nacido el 2 de septiembre de 1976, hijo de Macario y Apolonia, vecino de Zaragoza CALLE010NUM025 portal NUM028 piso NUM037 puerta NUM018, con antecedentes penales no computables en la presente causa a efectos de reincidencia (ejecutoriamente condenado el 12-9-2003 por un delito contra la seguridad del tráfico) y en libertad por la presente causa de la que estuvo privado los días 21 y 22 de abril de 2005.

Efrain, con DNI nº NUM038, mayor de edad, nacido el 4 de abril de 1978, hijo de Antonio y de Dolores, natural de Madrid y vecino de Getafe (Madrid), CALLE011NUM037-NUM014NUM039, sin antecedentes penales y en libertad por la presente causa de la que estuvo privado los días 21 y 22 de abril de 2005.

Nemesio, con DNI NUM040 , mayor de edad, nacido el 13 de noviembre de 1974, hijo de Jesús Manuel y de Manuela, natural de Madrid y vecino de Fuenlabrada, CALLE012 nº NUM026-NUM021NUM015, sin antecedentes penales y en libertad por la presente causa de la que consta haber estado privado el día 16 de junio de 2005.

No consta la solvencia o insolvencia de ninguno de los acusados.

Han sido partes el Ministerio Fiscal, representado por la Ilma. Sra. doña María de la Paz Núñez Corregidor; como acusación popular la Asociación MOVIMIENTO CONTRA LA INTOLERANCIA, representado por el procurador don Antonio Gómez de la Serna Adrada y defendida por la letrada doña Inés del Pozo Villarreal, y los acusados ya citados bajo la siguiente representación y defensa:

Braulio, Remigio y Agapito, Carmelo y Isidro por el procurador don Jesús Manuel Muiño Tenreiro y el letrado don Jacobo Borja Rayón.

Efrain y Fulgencio por la procuradora doña María Asunción Sánchez González y la letrada doña Patricia Berna Muñoz.

Jaime, Urbano y Carlos María por la procuradora doña Mónica Pucci Rey y el letrado don Manuel Ortega Caballero.

Narciso por la procuradora doña Berta Viqueira Sierra y la letrada doña Paz Landete García.

Valentín por el procurador don Federico José Olivares Santiago y en letrado don Enrique Jara Enríquez.

Paulino por el procurador don Pablo José Trujillo Castellano y el letrado don Esteban Leon Jiménez.

Nazario por el procurador don Bernardo Cobo Martínez de Murguía y el letrado don Miguel Dancausa Treviño.

Juan Ramón y Abel por el procurador don Juan Carlos Estévez Novoa y la letrada doña Xenia Cabello Canovas.

Nemesio por el procurador don Fernando Lozano Moreno y la letrada doña María José Vila Ruiz.

Calixto por el procurador don Jesús Verdasco Triguero y la letrada doña Celia Aguilar Castillo.

Ha sido ponente el Magistrado D. JUAN PELAYO GARCIA LLAMAS.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, consideró que los hechos son constitutivos de los siguientes delitos:

- a) Un delito de asociación ilícita de los artículos 515.5º y 517.1º del Código Penal.
- b) Un delito de asociación ilícita de los artículos 515.5º y 517.2º del Código Penal.
- c) Un delito de tenencia ilícita de armas del artículo 563 del Código Penal, en relación con los artículos 5.1.b y c del Reglamento de Armas.

d) Un delito de tenencia ilícita de armas del artículo 563 del Código Penal, en relación con los artículos 4.1.f y 5.1.b y c del Reglamento de Armas.

e) Un delito de tenencia ilícita de armas del artículo 563 del Código Penal, en relación con los artículos 4.1.h y 5.1b y c del Reglamento de Armas.

f) Un delito de tenencia ilícita de armas del artículo 563 del Código Penal, en relación con los artículos 4.1.h, 5.1.b y c y 5.2 del Reglamento de Armas.

g) Un delito de tenencia ilícita de armas del artículo 563 del Código Penal, en relación con los artículos S. 1.b y c y 5.2 del Reglamento de Armas.

h) Un delito de tenencia ilícita de armas del artículo 563 del Código Penal, en relación con los artículos 3 y 5.1.b y c del Reglamento de Armas, en concurso de normas con un delito de tenencia ilícita de armas del artículo 564.1.1º del Código Penal, a resolver conforme al artículo 8.4 del Código Penal.

En orden a las atribuciones subjetivas consideró el Ministerio Fiscal que: Remigio, es responsable en concepto de autor de los artículos 27 y 28 del Código Penal del delito a) y-del delito d),

Agapito, es responsable en concepto de autor de los artículos 27 y 28 del Código Penal del delito a) y del delito e).

Calixto, es responsable en concepto de autor de los artículos 27 y 28 del Código Penal del delito a) y del delito h).

Valentín y Juan Ramón son responsables en concepto de autor de los artículos 27 y 28 del Código Penal del delito a) y del delito e).

Jaime, Braulio y Nazario, son responsables en concepto de autor de los artículos 27 y 28 del Código Penal del delito a) y del delito c).

Fulgencio, Isidro e Paulino son responsables en concepto de autor de los artículos 27 y 28 del Código Penal del delito b) y del delito c).

Urbano, Carmelo, Abel y Efrain, son responsables en concepto de autor de los artículos 27 y 28 del Código Penal del delito b) y del delito e).

Narciso es responsable en concepto de autor los artículos 27 y 28 del Código Penal del delito b) delito y del f).

Carlos María es responsable en concepto de autor de los artículos 27 y 28 del Código Penal del delito b) y del delito g).

Nemesio es responsable en concepto de autor de los artículos 27 y 28 del Código Penal del delito c).

No concurrirían circunstancias modificativas de la responsabilidad, interesando las siguientes responsabilidades:

Remigio por el delito a), la pena de 3 años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 18 meses, a razón de una cuota diaria de 10 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria que en caso de impago prevé el artículo 53 del Código Penal e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 9 años y por el delito d), la pena de 2 años de prisión y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Costas.

Agapito, por el delito a), la pena de 3 años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 18 meses a razón de una cuota diaria de 10 euros, con la responsabilidad personal

subsidiaria que en caso de impago prevé el artículo 53 del Código Penal e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 9 años y por el delito e), la pena de 2 años de prisión y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Costas.

Calixto, por el delito a), la pena de 3 años de prisión; accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 18 meses a razón de una cuota diaria de 10 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria que en caso de impago prevé el artículo 53 del Código Penal e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 9 años y por el delito h), la pena de 2 años de prisión y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Costas.

Valentín y Juan Ramón, por el delito a) la pena de 3 años de Prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 18 meses a razón de una cuota diaria de 10 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria que en caso de impago prevé el artículo 53 del Código Penal e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 9 años y por el delito h), la pena de 2 años de prisión y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Costas.

Jaime, Braulio y Nazario, por el delito a) la pena de 3 años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 18 meses, a razón de una cuota diaria de 10 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria que en caso de impago prevé el artículo 53 del Código Penal e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 9 años y por el delito c), la pena de 2 años de prisión y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena Costas.

Fulgencio, Isidro e Paulino por el delito b) la pena de 2 años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 18 meses, a razón de una cuota diaria de 10 euros, con la

responsabilidad personal subsidiaria que en caso de impago prevé el artículo 53 del Código Penal y por el delito c), la pena de 2 años de prisión y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Costas.

Urbano, Carmelo, Abel y Efrain, por el delito b) la pena de 2 años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 18 meses, a razón de una cuota diaria de 10 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria que en caso de impago prevé el artículo 53 del Código Penal y por el delito e) la pena de 2 años de prisión y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Costas.

Narciso por el delito b) la pena de 2 años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 18 meses, a razón de una cuota diaria de 10 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria que en caso de impago prevé el artículo 53 del Código Penal y por el delito f) la pena de 2 años de prisión y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Costas.

Carlos María por el delito b) la pena de 2 años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 18 meses, a razón de una cuota diaria de 10 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria que en caso de impago prevé el artículo 53 del Código Penal y por el delito g) la pena de 2 años de prisión y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Costas.

Nemesio la pena de 2 años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Costas.

Comiso de las armas intervenidas y de todos los efectos intervenidos, tanto a cada uno de los acusados en los registros efectuados en sus domicilios, lugar de trabajo y

automóviles, como los intervenidos en la sede de la asociación y en la discoteca "Taj Mahal", conforme a lo dispuesto en el artículo 127 del Código Penal.

Disolución de la asociación "Blood and Honour", en los términos previstos en el artículo 520 del Código Penal.

Por su parte la acusación particular consideró que los hechos Los hechos descritos son constitutivos de un delito de asociación ilícita del artículo 515. 5º y 517, 1º y 2º del Código Penal y de un delito de tenencia ilícita de armas del artículo 563 y 564 del Código Penal en relación con los artículos 4,5 y 6 del Reglamento de Armas aprobado por Real Decreto 137/1993 de 29 de enero.

De los anteriores delitos serían responsables: Remigio, Agapito, Calixto, Braulio, Jaime, Valentín, Nazario y Juan Ramón, en concepto de autores, de un delito de asociación ilícita de los artículos 515.5º en relación con el 517.1º del Código penal.

Carlos María, Isidro, Efraim, Fulgencio, Narciso, Urbano, Carmelo, Abel e Paulino, en concepto de autores de un delito de asociación ilícita de los artículos 515. y 5º y 517.2º del Código penal.

Todos los acusados en concepto de autores de un delito de tenencia ilícita de armas del artículo 563 y 564 del Código penal.

No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

Procediendo imponer las siguientes penas:

A los acusados Remigio, Agapito, Calixto, Braulio, Jaime, Valentín, Nazario y Juan Ramón, la pena de 3 años de prisión, multa de 18 meses con una cuota diaria de 10 euros e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo y para empleo o cargo público por tiempo de 9 años.

A los acusados Carlos María, Isidro, Efrain, Fulgencio, Narciso, Urbano, Carmelo, Abel e Paulino, la pena de 2 años de prisión, multa de 18 meses con una cuota diaria de 10 euros e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo y para ejercer cargo o empleo publico por tiempo de 9 años.

A todos los acusados, salvo Nemesio, y por el delito de tenencia de armas prohibidas, la pena de 2 años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y las costas del procedimiento.

A Nemesio por el delito de tenencia de armas prohibida la pena de un año de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y las costas del procedimiento.

Conforme al artículo 520 del Código Penal se acordara la disolución de la asociación e igualmente conforme al artículo 127 del mismo texto legal debe acordarse el decomiso de todos los efectos intervenidos en la causa dándoles el curso legal previsto y conforme al artículo 129.1º a) y 3) del Código Penal la clausura definitiva de la página Web de internet de la organización, de las direcciones de correos electrónicos y de la publicación de la revista de la organización.

SEGUNDO.- La defensas de los acusados, en sus conclusiones también definitivas, interesaron una sentencia absolutoria para sus patrocinados y, de forma alternativa y subsidiaria, la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas, debiendo ser apreciada como cualificada, con la imposición de la pena inferior en dos grados o, en su defecto, en un grado..

II. HECHOS PROBADOS

De la apreciación de las pruebas practicadas RESULTA PROBADO Y ASI SE DECLARA:

PRIMERO.- En diciembre de 1999 los acusados Remigio y Calixto, junto con una tercera persona no acusada y al amparo de la entonces vigente Ley 191/64, de 24 de diciembre, constituyeron la asociación <<Blood&Honour>> (Sangre y Honor) de Getafe, indicando como fin "la conservación de la cultura europea y el fomento del activismo juvenil que apoye este fin. Así mismo, se trata de una asociación que pretende separar a la juventud de la droga y otros problemas de marginalidad fomentando las actividades culturales", indicándose como actividades a realizar las de música y deporte, marchas y protestas junto con otras asociaciones y plataformas para y a favor de la cultura, charlas culturales e informativas y campañas publicitarias.

La asociación fue inscrita en el correspondiente registro del Ministerio del Interior así como en el de la Comunidad de Madrid por ser este, según se indicaba, su ámbito de actuación.

En Asamblea General Extraordinaria de diciembre de 2000 la asociación estableció su domicilio en Zaragoza y su ámbito de actuación en todo el territorio nacional, asumiendo Remigio la función de presidente y Calixto la de secretario. En marzo de 2002 se modificó la junta directiva pasando a ser Nazario secretario y Efrain vocal. En febrero de 2004 se modificó la composición del órgano directivo que pasó a estar formado por Agapito como presidente, Braulio como vicepresidente y Jaime como secretario, designando como domicilio el de la calle Canarias 18, local bajo, de San Sebastián de los Reyes, Madrid.

En Asamblea General Extraordinaria de 15 de febrero de 2005 se acordó mantener los cargos y la adaptación de los estatutos de la asociación a las previsiones de la Ley Orgánica 1/2002.

La asociación cultural Blood&Honour ya expuesta se constituía en realidad como la facción española de una asociación de igual nombre creada en el Reino Unido en el

año 1987, tomando su denominación "Sangre & Honor" del periódico creado por Ian Stuart Donaldson, englobándose dentro del movimiento Skinhead (cabezas rapadas) nacionalsocialistas (NS), distinguiéndose sus miembros por una vestimenta paramilitar o de camuflaje, con predominio del negro, botas de combate y cazadoras bomber. La utilización como anagrama distintivo del emblema de la "3ª SS Panzer División Totenkopf" de la Alemania nazi, consistente en una calavera, así como de las cruces celtas y esvástica, y de las runas.

Desde el punto de vista del ideario el movimiento Skinhead NS enlaza directamente con el nacionalsocialismo de la Alemania Hitleriana con una absoluta devoción para quien fuera su máximo representante, promoviendo tanto la superioridad de la raza aria, entendido como raza blanca, como la inferioridad de las otras razas y en particular del mestizaje, así como el rechazo fóbico y la violencia hacia el inmigrante, y la maldad intrínseca de la raza judía a la que se presenta como el enemigo invisible que debe ser combatido, negando activamente la comisión del genocidio judío por parte del III Reich alemán.

Así junto con los estatutos ya expuestos se confeccionaron otros como correspondientes a la "organización SKINHEAD NS BLOOD&HONOR ESPAÑA" en los que se indicaba que la división española del movimiento Blood & Honour está encuadrada junto a la división de las demás naciones en la lucha imperecedera de Europa y el NS; que su ética y estilo de actuación se desarrollará dentro del ámbito NS en cuanto se trata de la lucha por la libertad de Europa y su raza blanca; que la creación de la organización responde a la necesidad de la defensa de los valores europeos propios de nuestra cultura blanca; y que "el trabajo se fundamentará en establecer un entramado que sirvan para absorber la militancia de toda la juventud NS española, que no ha sido manipulada por la trampa sionista".

Se exponía igualmente que el frente antisistema comprende tres núcleos básicos: un frente nacional que sirva para lanzar un mensaje continuo y a la vez una a nuestro sector en torno a una cultura propia; una formación doctrinal mediante la publicación y distribución de material, conferencias y demás métodos propicios "para la

supervivencia de nuestra raza hoy renegada por el mestizaje mundial", y una formación física básica para cualquier soldado político, mostrándose como obligatorio para los miembros de la organización el desarrollo de las tres líneas.

Figuraba también en los estatutos la imposición de una uniformidad, representada en su grado máximo por una bandera en la que se mezclaría un triskel y un totenkopf dentro de los colores rojo y blanco, la forma de regirse la asociación, las obligaciones de los socios, el modo de ingreso, la existencia de un periodo de prueba de dos meses, y concluían los estatutos con "al final está la victoria. Adolf Hitler".

SEGUNDO.- La asociación "Blood & Honour España" confeccionaba y distribuía, mediante su venta una revista que pretendía ser bimensual y constituirse en el medio de difusión y promoción de la ideología Skinhead nacionalsocialista.

En el número 1, septiembre de 2000, en el artículo titulado "Derribar el sistema" que comenzaba por afirmar que tras la derrota de occidente en 1945 el sionismo había resultado victorioso"se concluía con " Ha llegado la hora de luchar por nuestros hogares, mujeres e hijos y por nuestro futuro. DERRIBAR EL SISTEMA! para que vuelva a brillar el sol en nuestra gran nación europea, y por que ni un solo aliento sionista entumezca nuestra marcha triunfal. Para nuestra gran EUROPA SIEG HEIL! Jamás capitularemos".

En el número 3, junio de 2001, un artículo titulado "inmigración programada" finaliza con "Esta tierra es nuestra por lo que defenderemos hasta el final nuestra cultura, estandarte de nuestra raza, ante esta destrucción programada por el sistema mantendremos el amor a la tierra y amor a la sangre que nos define. Queremos que nuestros hijos conozcan la tierra y la cultura que vio nacer a sus ancestros y los héroes y genios de su pueblo ¡14 Palabras!".

En otro artículo "Lo Políticamente Correcto" se dice "Debemos ser tolerantes y solidarios (se nos vuelve a repetir) tras esto se encuentra su deseo de que permitamos la invasión criminal que ha visto nuestra Europa. Debemos ser tolerantes con los

inmigrantes y ya decenas de millones se pasean por Europa quitándonos nuestros puestos de trabajo, degradando nuestras ideas y sometiendo toda clase de tropelías y actos delictivos, todo ante el desarme y la indefensión de nuestro pueblo...", incluyendo una viñeta con un mapa de euroasia con una cruz celta y el dibujo de una familia de rasgos arios y la leyenda "imagínate que un extraño entrara en tu casa y atacara a tu familia. ¡¡ Nuestra casa es europa!! ¡¡Nuestra familia la raza blanca!!", finalizando con "Honor y gloria a nuestros caídos¡ ¡Sieg Heil!!!", y la inserción al lado de una cruz celta de "LA INMIGRACIÓN DESTRUYE TU FUTURO".

En el número 4, octubre de 2001, un artículo titulado "Stop a la inmigración" finalizaba con: "¡cuántas violaciones robos y atracos debemos aguantar antes de que la sangre morisca corra hacia el sur otra vez?".

En el nº 5, enero de 2002, en un artículo titulado AFGANISTAN se expone "USA cumpliendo el papel de espada de Sión, se presta a embarcarse en una nueva guerra... son pueblos racialmente diferentes consumidos por un odio y desprecio total hacia nuestra raza... Ante el terrorismo islámico, nuestra esperanza se debe fundamentar en que quizá occidente en general y Europa en particular vea en los millones de inmigrantes de religión musulmana algo más que pobre gente que necesita de la solidaridad europea, quizá empiecen a ver en ellos lo que realmente son, invasores miembros de unos pueblos y unas razas que odian y envidian al hombre europeo... pero lo mejor de nuestra sangre se lo han llevado criminales guerras civiles entre nuestras naciones hermanas a lo largo de siglos promovidas por intereses financieros sionistas".

En el ejemplar correspondiente a julio de 2003, y en el editorial relativo a la inmigración se dice "todas nuestras ciudades están siendo invadidas, nuestro modo de vida y libertad totalmente ultrajados, ¿cuántas mafias barbarizadas han entrado en nuestra patria?". En otro artículo "Ejército ¿Español?" al tratar de la presencia de inmigrantes en las Fuerzas Armadas se afirma "Quieren ayudar a los americanos a conseguir el dominio mundial... mediante los postulados que marquen los judíos desde Israel para el dominio de Sion".

Al margen de lo expuesto, junto a crónicas de conciertos de música R.A.C. u OI! y de las actividades realizadas por la asociación Blood & Honour España, críticas de diarios y de libros, vinculados a la ideología nacionalsocialista, al antisemitismo o al revisionismo del holocausto judío durante la Segunda Guerra Mundial, era habitual artículos laudatorios sobre Adolf Hitler, Rudolf Hess, u otros jefes del partido nacionalsocialista o personas vinculadas a la indicada ideología, como el belga Leon Dreguell, así como que al pie de los artículos figurasen las expresiones "Arriba Europa", "Sieg Heil", "Heil Hitler", "88" como equivalente de Heil Hitler por ser el número ocho el que corresponde a la letra H en el abecedario, o "14 palabras" en referencia a "Debemos asegurar la existencia de nuestro pueblo y un futuro para los niños blancos" en palabras de Ian Stuart que formarían parte del ideario Skinhead.

TERCERO.- La asociación Blood & Honour España desde sus principios se estructuró jerárquicamente correspondiendo la dirección y liderazgo a Remigio, situación que se mantuvo de hecho pese a su cese como presidente en marzo de 2002. Como sede central disponía, al menos a partir de principios del año 2004, de un local en la Calle Canarias 18, de San Sebastián de los Reyes y de delegados miembros territoriales, Valentín para Sevilla, Juan Ramón para Zaragoza y Calixto para Jaén, que intervenían de forma relevante en las actividades de la asociación.

Igualmente pertenecían a Blood & Honour, además de los ya citados, Fulgencio, Isidro, Urbano, Carmelo, Efrain, Narciso y Carlos María. Todos ellos junto con Jaime y Braulio, al margen de su afinidad ideológica con los postulados de la asociación, participaban en las actividades que la misma realizaba y colaboraban en su funcionamiento en aras a la obtención de recursos o de medios materiales que posibilitarían su continuidad y difusión de la ideología. Así la asociación era titular del Apartado de Correos nº 198 de San Sebastián de los Reyes cuyo contrato fue suscrito el 13 de febrero de 2004 por Carmelo, figurando como autorizados Fulgencio, Isidro y Urbano, así como Fructuoso, acusado este último para el que fueron sobreseídas las actuaciones por auto de 13 de abril de 2010.

En el desarrollo del "núcleo básico" del frente antisistema recogido en los estatutos, SKINHEAD NS BLOOD&HONOUR ESPAÑA vino organizando desde el primer momento conciertos y distintos eventos en aras a obtener la divulgación de su ideología así como ingresos, procedentes de los entradas y de la venta de todo un <<merchandising>> vinculado con la asociación o a su imaginario nacionalsocialista, tales como toallas, cazadoras, sudaderas, camisetas, jarras de cerveza, carteras, etc. con el anagrama Blood & Honour España, la frase Heil Hitler, la imagen de Adolf Hitler o de Rudolf Hess, las llamadas 14 palabras o signos gráficos referentes a su ideología tales como runas, libros de contenido nacionalsocialista o que negaban el holocausto judío durante la Segunda Guerra Mundial, efectos todos ellos que también se distribuían a través de Internet o de los apartados de correos de los que disponía la asociación.

En los conciertos intervenían grupos de música Oi! y RAC, correspondiendo ésta última a Rock Against Communism (Rock Contra el Comunismo o Rock Anticomunista), corriente musical nacida al amparo de la formación política Nacional Front, que reunía a un amplio aspecto de nacional-socialista ingleses, caracterizándose las letras por incluir referencias a las ideologías nacionalsocialista, fascista y racista con explícita incitación a la violencia frente a los inmigrantes o a los judíos, vendiéndose igualmente discos con dicha música. Así el día 29 de enero de 2000, entre otros actos, se organizó un concierto en Madrid para la presentación de Blood & Honour Sección Española; el 21 de abril de 2001 en conmemoración de Adolf Hitler; los días 17, 18 y 19 de agosto de 2001 unas jornadas en la localidad de Candelada, Ávila, por el aniversario de la muerte de Rudolf Hess y a modo de homenaje, que se repitió en los años siguientes; en Febrero de 2002 un concierto en la discoteca "Escote" de Aranjuez, contratándose un autobús para el traslado de asistentes desde Zaragoza por Abel; en mayo de 2002 en Casarrubios del Monte, Toledo, suscribiendo el contrato de arrendamiento por Remigio; en junio de 2002 se organizó en Bustarviejo la celebración del solsticio de verano, realizando Remigio el pago del albergue utilizado para alojamiento de los asistentes.

Otro medio de obtención de recursos para la asociación, por parte de Remigio, era con ocasión de los conciertos, la venta de defensas extensibles, sprays de defensa personal y defensas eléctricas, de cuya adquisición se encargaba el propio Remigio.

La asociación organizó el día 12 de febrero de 2005 un concierto en la localidad de Talamanca de Jarama, en la discoteca "Taj Mahal", alquilada a tal fin por Jaime encargándose junto con Urbano, Carlos María, Narciso y Calixto de acondicionar el local, mientras que Isidro y Carmelo realizaban funciones de seguridad, y Juan Ramón del traslado de los asistentes procedentes desde Zaragoza, en un autobús alquilado por Paulino que junto con Abel asistieron también al concierto.

En el transcurso del concierto, al que acudieron del orden de trescientas personas superando ampliamente el aforo del local, se dieron gritos alusivos a la raza judía, tales como "seis millones de judíos mas a la cámara de gas" y al nacionalsocialismo, "Heil Hitler y Sieg Heil", cuyo saludo era utilizado entre los asistentes

En el interior de la sala utilizada para el concierto fue habilitado un punto de venta de discos, libros, prendas de vestir y otros efectos con referencia a la asociación Blood&Honour España o a la ideología nacionalsocialista, así como determinadas armas prohibidas. Concluido el concierto parte del material no vendido fue depositado, en aras de su posterior retirada, en unas dependencias del local donde fue intervenido por funcionarios de la Guardia Civil que autorizados por la propiedad realizaron en la madrugada del día 13 de febrero una inspección del local, ocupando discos, libros ensalzando la ideología nacionalsocialista, y además de nueve defensas extensibles de acero, tres defensas eléctricas y 24 sprays de gas de defensa personal, estando los efectos indicados en sus cajas originales y aptos para su funcionamiento.

Las armas intervenidas habían sido adquiridas por Remigio para su venta a terceros, como medio de financiación de la asociación, siendo Nemesio quien le proporcionó las defensas extensibles.

CUARTO.- El día 20 de abril de 2005, previa autorización judicial acordada por el Juzgado de Instrucción nº 6 de Alcobendas, en el curso de las diligencias previas 393/05, se procedió a la entrada y registro en el domicilio de los acusados que se dirán con intervención de efectos y volcados de los datos contenidos en los ordenadores de Remigio, Agapito, Carlos María, Calixto, Jaime, Valentín, Braulio, Urbano, Carmelo, Abel y Juan Ramón.

A Remigio con ocasión del registro domiciliario se le intervino una defensa extensible, una navaja automática, cuatro dagas pequeñas, una copia de los estatutos de la organización Skinhead NS Blood&Honour España, un documento con juramento del militante de Blood & Honour España, numerosos libros y revistas de contenido nacionalsocialista; "los caminos de Adolf Hitler", "Manual del Jefe, discursos de Rudolf Hess"; "El Holocausto a Debate", "Fin de una mentira. Cámara de Gas. Holocausto Judío" etc., discos con música RAC, 59 camisetas con signos nacionalsocialista y anagrama de Blood & Honour (cantidad que excede de lo que sería un uso personal) y otras prendas con igual distintivo. En la taquilla utilizada por Remigio en la estación de metro "Colonia Jardín", con ocasión de prestar sus servicios como guarda de seguridad, le fue intervenida otra defensa extensible.

A Agapito se le intervino en el registro domiciliario practicado una llave de pugilato (puño americano) una defensa extensible, jarra de cerveza, gafas de sol y prendas de vestir con el anagrama Blood & Honour España, libros "Los Nazis Hablan", "El tercer Reich", "Mi lucha, Adolf Hitler", "La Raza" "Quién era Hitler", "Mis enemigos son los tuyos, Adolf Hitler" y solicitud de la marca "Nationalist" para vestidos, calzado y sombrerería.

A Fulgencio se le intervino una llave de pugilato (puño americano) un spray de defensa personal marca Skram, botas militares, diversas prendas con el anagrama de Blood & Honour, música RAC y fotografías militares del ejército nazi.

A Narciso dos llaves de pugilato (puño americano) tres sprays de defensa, una pistola simulada marca Gyma modelo 618 con cargador y un bote de balines de

plástico, prendas Blood & Honour, libros y folletos de contenido nazi, "La orden SS", "Imperio Blanco", "Neofascismo y realidad", fotografías de conciertos organizados por Blood & Honour y listado de prendas de Blood & Honour con indicación del precio.

A Carlos María un revolver de gas con cargador para disparar bolas de plástico, una navaja multiuso y otro de muelles, un hacha, fotocopia del testamento político de Hitler, revistas de Blood & Honour y de otras asociaciones Skinhead, prendas con el anagrama de Blood & Honour, pegatinas con simbología nazi, películas "los mártires del Holocausto", y "Das Reich: la mentira del Holocausto" y un listado de precios correspondientes a las camisetas, sudaderas, billetes y discos que vendía Blood & Honour.

A Calixto dos pistolas, una marca Star calibre 7,65 milímetros con cargador y munición que se encontraba en la mesita auxiliar del dormitorio y otra pistola marca Molgova, detonadora pero cuyo cañón había sido sustituido por otro estriado para poder disparar cartuchos provistos de proyectil único de 6,35 milímetros, 17 corredoras de arma corta y un cañón de pistola calibre 45 milímetros. Diversa munición, 62 cartuchos de 8 mm., 50 de 45 mm. y 17 de 7,75 mm., así como un cartucho calibre 8 mm modificado con punta de plomo, y una bayoneta, navaja y grilletes. Entre la documentación se encontraban los estatutos de la organización Skinhead NS Blood & Honour España y otro con la fórmula del juramento del militante, escrito con las direcciones de Blood & Honour España y entre ellos la indicación de "correspondencia personal y agrupaciones apartado 588, 23080 Jaén", y un registro de entrada y salida de correspondencia, y hojas con listados de discos y precios. Al igual que a otros acusados se ocuparon diversas prendas con el anagrama de Blood & Honour, discos y libros de contenido nacionalsocialista.

A Jaime se le intervino una navaja, un spray de defensa personal marca Weinen, un bote metálico con la inscripción "Blood and Honour ayuda para procesos judiciales contra camaradas" y entre la documentación un pedido de encendedores con el anagrama de Blood and Honour y un listado de prendas y precios con la grafía ya

indicada o con la marca NATIONALIST y que se ofrecían por la asociación Blood & Honour España.

A Valentín se le intervinieron unos nunchacos, tres navajas, prendas con el anagrama Blood and Honour, ejemplares de la revista de la asociación y otros de contenido similar y un catálogo de discos y ropas de Blood & Honour.

A Braulio se le intervino cinco cartuchos de distinto calibre, vídeos y libros de contenido nazi, un folleto de camisetas por encargo de la organización Blood & Honour y prendas con el anagrama de la organización, una nota con el nombre y teléfono de una abogada y la indicación "vamos a dejarlo parado", consecuencia de una conversación con Remigio, copia de la denuncia formulada en nombre de Blood & Honour España por una página web y de otras dos denuncias por la desaparición de material de las asociación en la discoteca Taj Mahal.

A Isidro se le intervino con ocasión de su detención, y en el interior de su vehículo, una defensa extensible y en el registro domiciliario una navaja multiuso (de las conocidas como suizas), diversos vídeos y libros relacionados con el nacionalsocialismo y el movimiento Skinhead y documentación relativa a la asociación Blood & Honour; relación de cantidades debidas y nombre del deudor por venta de música y gastos habidos, copia de los estatutos y del acta de la asamblea de 15 de febrero, delegación de derechos (SIC) como vicepresidente en Jaime, comunicación al Ministerio de Interior de titulares de los órganos de gobierno y acuerdo de enero de 2005 de apertura de cuenta corriente.

A Urbano con ocasión del registro domiciliario se le intervino un cubotán con cuatro xiriquetes, con forma de punzones, diversos ejemplares de la revista Blood & Honour y prendas con el anagrama de la organización y un listado de deudores de libros de la asociación. Al tiempo de la detención, y en el vehículo que usaba Urbano, le fue ocupada una defensa extensible.

A Carmelo con motivo del registro domiciliario le fueron intervenidos tres llaves de pugilato (puño americano) un cuchillo y una navaja, revistas de Blood & Honour, 10 cuadernillos de biografía de Rudolf Hess, ropa y otros efectos con el anagrama Blood & Honour, un tampón con "Material Blood and Honour España" y, en el interior del vehículo que conducía otro tampón con las letras BH y un machete.

A Nazario en el registro practicado en su domicilio se le intervinieron tres discos, tarjeta plastificada con la cruz celta y la inscripción Skin Burgos seguida de las llamadas 14 palabras, dos dibujos con la esvástica, el boletín de Blood&Honour de 11-9-2003, un libro titulado "Hitler racismo esotérico", panfletos con la esvástica nazi y un disco con la indicación "Memorial de los Caídos" Zaragoza 2004.

A Abel se le intervinieron discos de música, camisetas y prendas con el anagrama de Blood & Honour, libros "La revolución nacional socialista", "Cultura Europea del racismo", "Mi lucha, Adolf Hitler".

A Juan Ramón se le intervinieron en el registro domiciliario un spray de defensa y cuatro defensas extensibles, prendas y objetos con el anagrama Blood & Honour, pegatinas con la expresión "Nuestra casa es Europa, nuestra familia la raza blanca" y en el interior del vehículo de su propiedad otro spray de defensa, una defensa extensible y una llave de pugilato. En el ordenador se encontraron fotografías del acusado participando en actividades organizadas por Blood & Honour.

A Efrain al ser detenido se le intervino en el vehículo una llave de pugilato, una navaja, una barra de hierro y discos.

Igualmente se practicó el registro de la sede de la asociación de la calle Canarias 18, de San Sebastián de los Reyes encontrándose diversos libros de contenido nacionalsocialista y de incitación a la violencia contra los judíos y los inmigrantes tales como : "Rudolf Hess", "La reconstrucción del Reich", "Los caminos de Adolf Hitler", "Delenda est Israel". También la asociación disponía en el local de prendas con anagrama para su venta y de discos de música RAC, carteles anunciando conciertos y,

además de la revista de la asociación, numerosos libelos de los conocidos como "fanzines", de diversos grupos Skinheads promoviendo la ideología nacionalsocialista y la violencia contra el inmigrante.

En uno de dichos libelos titulado "Supervivencia por la raza y la nación", se acusaba al sionismo de ser el responsable del mestizaje con el que se pretende una cultura universal. En otro "La Juventud" se calificaba de escoria, a lo que había que destruir, a los drogadictos, abortistas, maricones, lesbianas, comunistas, traidores y promestizaje.

Otros ejemplares eran de la revista "Guardia Blanca", que en sus artículos alababa el régimen de Hitler al tiempo que negaba el holocausto, afirmaba que "el exceso de drogas también es culpa del exceso de inmigración ya que gran número de inmigrantes se ganan la vida de traficantes ¡NO A LA INMIGRACION!", ¡NO A LOS TRAFICANTES! ¡NO A LA DROGA!, figurando una fotografía del Ku Kus Klan. En otro se calificaba al sionismo de bestia implacable, destructora de la raza blanca, origen de todo mal, a la que había llegado su hora y sí llenaría esta vez los campos de concentración y sí morirían a millones. En parejo sentido resulta el contenido de los fanzines "Wotan", "Viking de Llobregat" y "Frente Joven".

Uno de los sueltos de tres páginas y que estaba impreso o confeccionado por Blood&Honour, figurando el apartado de correos que utilizaba, lleva como título "CIEN PREGUNTAS SOBRE EL HOLOCAUSTO", negándose la existencia del holocausto y afirmándose que en los campos de concentración murieron entre 300.000 y 500.000 judíos, que la principal causa fueron reiteradas epidemias de tifus, además de inanición y falta de atención médica, hacía el fin de la guerra, debido a que las rutas de comunicación habían sido destruidas por el bombardeo aliado, y que "irónicamente, si los alemanes hubieran usado mayores cantidades de Zyklon-B, muchos más judíos hubieran podido salir con vida de los campos de concentración", figurando también dos viñetas, en la primera una bota militar se dispone a pisar una cucaracha en cuyo cuerpo está dibujada la estrella de Narciso, figurando la palabra "APLASTALO", y en la otra una palmeta golpea una avispa con la cara de un judío figurando la expresión "PAF AL JUDIO".

También se intervinieron discos, destinados a su venta y algunos coincidentes con los ocupados en el local "Taj Mahal" con canciones cuyas letras promueven la xenofobia tales como "Mis vecinos son apestosos turcos y en el parque de enfrente vaguea un negrata", "Te partiré la boca hasta que cruja", "Estamos hartos de tanta tiranía judía y si el país se hunde es por culpa de esta mezcla de razas", "Primero se mete el gas en la cámara, se sella, se colocan unas alcachofas y un desagüe, y acabado está el holocausto".

QUINTO.- El día 16 de junio de 2005 fue detenido Nemesio que en febrero de 2005 había vendido a Remigio cuarenta defensas sensibles, ocupándosele en el vehículo que conducía ocho defensas extensibles y un spray de defensa personal.

SEXTO.- No resulta probado que Nazario estuviera al frente de una Sección territorial de Blood & Honour en Burgos, o que mientras fue secretario de la asociación interviniese en su funcionamiento o actividad. Tampoco que Abel e Paulino perteneciesen a la asociación Blood & Honour.

SÉPTIMO.- Los "sprays" de defensa personal intervenidos en la discoteca "Taj Mahal" de la marca SAS, al igual que los intervenidos a Narciso no estaban homologados para su tenencia y uso en España, como tampoco lo estaban los ocupados a Juan Ramón , figurando en el envase la leyenda en francés "Gaz Defens Incapacitan". Sí se encontraban homologados el intervenido a Jaime, marca Weiven, y a Fulgencio, marca Skram, desconociéndose si estaba o no homologado el ocupado a Nemesio en el momento de su detención.

El principio activo en los gases de defensa expuestos es el gas O-clorobencilidenomalonitrilo (conocido como G gas CS), utilizado habitualmente a bajas concentraciones en los gases de defensa actuando como una sustancia irritante para la piel, ojos y el tracto respiratorio, produciendo en caso de inhalación estornudos incontrolables, rinorrea, dolor de garganta y tos, sensación de quemazón por contacto directo e irritación ocular en los ojos por lagrimeo profuso, posible aparición de

conjuntivitis y sensación de quemazón, siendo en general bueno el pronóstico en orden a una curación sin secuelas.

Las defensas eléctricas, marca Power 2000, afectan al sistema nervioso. En caso de una breve descarga, $\frac{1}{4}$ de segundo, producirían espasmo muscular y susto; de ser la descarga media, 1-3 segundos, caída al suelo y aturdimiento mental, pudiendo levantarse después de un momento; y de ser de 4 ó 5 segundos, descarga plena, se originaría la caída del asaltante, pérdida de orientación y conmoción durante varios minutos.

La pistola Gyma, modelo 618 ocupada a Narciso está confeccionada en material plástico, sirviendo para el lanzamiento de bolas de PVC de 6mm. de diámetro, impulsada por aire desplazado por el movimiento de un émbolo interno con una energía media en boca de 0,2 julios.

El revolver de gas, modelo CROSMAN CAL 22, cuyas cachas son de plástico, es accionado por gas comprimido disparando bolas de PVC con una energía en boca inferior a 24.2 julios

La munición intervenida en el domicilio de Calixto así la pistola marca Star calibre 7,65 se encontraban en perfecto estado de funcionamiento, careciendo el acusado citado de guía y licencia para su tenencia, mientras que la pistola marca Molgora presentaba partido el vástago de la aguja percutora por lo que no era posible la realización de disparos.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Procede comenzar por el examen de las nulidades aducidas como cuestiones previas por las defensas de los acusados, rechazadas al inicio del juicio oral, y en primer lugar por la nulidad de las intervenciones telefónicas.

En este punto cabe, recoger la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional en la materia, distinguiendo entre la nulidad de las intervenciones telefónicas que suponen una vulneración del art. 18.3 de nuestro texto constitucional o de alguno de los derechos reconocidos, con tal carácter, en el art. 24 y su valor probatorio, por la forma de acceder al proceso, su control judicial y la prueba practicada sobre ellas en el juicio oral, con la necesaria contradicción.

En materia de intervenciones telefónicas se ha producido, en especial en el lustro siguiente al año 1990 una profusa doctrina del T.S. y del T.C, originada fundamentalmente por su parca regulación legal, a pesar de la relevancia constitucional del secreto de las comunicaciones, como derecho fundamental, en el art. 18.3 de la C.E.

Así, como recoge, entre otras, la sentencia del T.S. de 28.4.1998, la C.E. garantiza en su art. 18.3 "el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial", y la medida que nos ocupa incide sobre dicho derecho fundamental del que son titulares las personas físicas y las jurídicas tanto nacionales como extranjeras, mayores y menores de edad, porque el secreto de las comunicaciones presupone la libertad, y su restricción se produce en un sentido de control y observación y no propiamente de impedimento a las comunicaciones y se extiende tanto al conocimiento del contenido de las mismas, como a la identidad de los interlocutores -S.T.C 114/84, de 29-11, y S.T.E.D.H. de 2-8-84, caso Malone-.

Aunque el legislador mejoró el texto de la L.E.Cr., con la modificación del art. 579 por medio de la L.O. 4/88, de 25-5, no le acompañó el éxito en esta actividad y los Tribunales y Jueces han tomado en cuenta, a más de esta deficiente normativa, las SS.T.C. 22/84, de 17-2; 114/84, de 29-11; 199/87, de 16-12; 128/88, de 27-6; 111/90,

de 18-6 y 1990/92, de 16-11; del T.E.D.H. SS.6.6.78, caso Malone; 12-6-88, caso Schenk y 24-4-93, casos Kruslin y Huvig".

Como ya ha tenido ocasión este Tribunal de pronunciarse sobre la nulidad de las intervenciones telefónicas en otras causas, también en el mencionado período de tiempo, resulta imprescindible exponer, en primer lugar, la doctrina del Tribunal Constitucional acerca de los requisitos que han de cumplimentarse a la hora de restringir el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones cuando se interviene un teléfono con motivo de la investigación de un delito.

Pues bien, el Tribunal Constitucional en las sentencias que ha dictado sobre esta materia (Sentencias 85/1994, 181/1995, 49/1996, 54/1996, 222/97, 151/98, 171/99, 202/01 y 253/06) ha venido elaborando un cuerpo de doctrina que puede sintetizarse en los siguientes aspectos sustanciales:

1.La restricción del libre ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución necesita encontrar una especial causalización, y el hecho o conjunto de hechos que la justifiquen deben explicarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrifica y los intereses por los que se limitó.

2.Al suponer la observación de las telecomunicaciones una grave injerencia en la esfera de la intimidad personal constitucionalmente reconocida, ha de estar sometida al principio de legalidad y, en especial, al de proporcionalidad, que requiere tanto una específica gravedad de la infracción punible para justificar la naturaleza de la medida, como la observancia de las garantías que conlleva una autorización judicial específica y razonada, con respeto en su realización de requisitos similares a los existentes en otro tipo de control de comunicaciones.

3.Corresponde al Juez llevar a cabo la ponderación preventiva de los intereses en juego y determinar si a la vista de las circunstancias concurrentes debe prevalecer el derecho constitucionalmente reconocido, siendo la motivación la única vía de

comprobación de que se ha verificado la ponderación judicial que constituye la esencial garantía de la excepción a la inviolabilidad de las comunicaciones.

4. En la resolución judicial han de especificarse adecuadamente, cuando ello resulte factible, las personas afectadas con la intervención, así como el hecho punible investigado, las razones que determinaron la adopción de la medida y la finalidad perseguida con el mandamiento judicial. Y no caben los razonamientos por remisión a las diligencias policiales como único fundamento del auto que restringe un derecho fundamental, ni tampoco las motivaciones vagas, genéricas y lacónicas, sin especificaciones singularizadas con respecto a los extremos expuestos.

Como puede apreciarse, el Tribunal Constitucional llega más lejos en sus exigencias garantistas con respecto al auto de intervención telefónica que el Tribunal Supremo, cuyas sentencias en algunos casos anula. Y afirmamos que llega más lejos y opera con una mayor exigencia motivadora porque el Tribunal Supremo admite en este tema las denominadas motivaciones por remisión y las motivaciones implícitas o tácitas (Sentencias 15.7.93, 27.10.93, 17.11.94, 15.12.94 y 6.2.95, entre otras); sin embargo, y tal como se ha expuesto, el Tribunal Constitucional se muestra contrario a esas posibilidades, y muy estricto y riguroso con la necesidad de explicitud de las razones y de los pormenores que han de cumplimentar las resoluciones en las que se cercena el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

Más, siguiendo con la lectura de sentencias más recientes del citado Tribunal, se observa, claramente, una evolución en orden a la posible motivación de la resolución judicial, por remisión. En efecto, la sentencia 126/2000, de 16 de Mayo, del T.C., nos dice, entre otros extremos, en su séptimo fundamento jurídico que "Dadas las quejas del recurrente, la comprobación de si en el supuesto planteado se cumplen los requerimientos antes mencionados, nos lleva directamente al análisis de la motivación exigible a la resolución judicial y a su exteriorización por parte del órgano judicial, pues también incide en la legitimidad de la medida la falta de expresión o exteriorización, tanto de la existencia de los presupuestos materiales de la intervención - investigación, delito grave, conexión de las personas con los hechos- como de la necesidad y

adecuación de la medida -razones y finalidad perseguida- (STC 54/1996, FJ8). El presupuesto habilitante es, como hemos afirmado reiteradamente, un *prius* lógico "pues, de una parte, mal puede estimarse realizado este juicio, en el momento de adopción de la medida, si no se manifiesta, al menos, que concurre efectivamente el presupuesto que la legitima. Y, de otra, sólo a través de esa expresión, podrá comprobarse ulteriormente la idoneidad y necesidad (en definitiva, la razonabilidad) de la medida limitativa del derecho fundamental (SSTC 37/1989, 3/1992, 12/1994, 13/1994, 52/1995, 128/1995, 181/1995, y 34/1996)" (STC 49/1999, FJ7). Estos presupuestos, fijados en el art. 597.2 y 3 L.E.Cr. y coincidentes con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (reiterada en el caso Valenzuela contra España, STEDH de 30 de julio de 1998, 46 y ss.), residen en la existencia de una investigación en curso por un hecho constitutivo de infracción punible grave, en atención al bien jurídico protegido y a la relevancia social del mismo, y en la existencia de indicios sobre el hechos constitutivo de delito y sobre la conexión con el mismo de las personas investigadas (STC 166/99, ya citada FJ5)."

"Cierto es que en el supuesto que nos ocupa la decisión del órgano judicial se realizó mediante un modelo impreso. Pero, de acuerdo con nuestra doctrina, aun utilizando la no recomendable forma del impreso, una resolución puede entenderse motivada si, integrada incluso con la solicitud policial a la que puede remitirse, contiene los elementos necesarios a efectos de considerar satisfechas las exigencias para poder llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la restricción de derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida conlleva (por todas SSTC 200/97, de 24 de noviembre; FJ 5, y 166/99, FJ 6). Pero tal irregularidad carece aquí de trascendencia pues la autorización se concede admitiendo y remitiéndose a la fundada solicitud de la policía judicial. Este oficio de la policía no solamente contenía la descripción de los hechos investigados, sino que incorporaba, al mismo tiempo, la decisión ya adoptada por otro Juez de Instrucción acordando, por los mismos hechos y delito investigados, la intervención de las comunicaciones telefónicas en las que aparecía el nombre de la persona cuya línea telefónica se proponía intervenir. Así integrada la decisión judicial con los datos ofrecidos por la policía judicial en la solicitud de autorización desde la perspectiva del presupuesto habilitante para la intervención

(existencia de un proceso, persona a investigar y delito presuntamente perpetrado), no puede decirse que se haya lesionado el derecho contenido en el art. 18.3 C.E."

En la mencionada sentencia 126/00, también se expone -fundamento jurídico sexto- que "En el ámbito de las escuchas telefónicas, nuestra doctrina últimamente SSTC 81/98, de 2 de abril, FJ5; 121/98, de 15 de junio, FJ5; 151/98; 49/99, FFJJ 7 y 8; 166/99, FJ 2; 171/99 FJ 5, y 236/99 de 20 de diciembre; FJ 3) y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (casos Klass (sentencia de 6 de septiembre de 1978), Malone (sentencia de 2 de agosto de 1984), Kuslin y Huvig (Sentencia de 24 de abril de 1990) Haldford (Sentencia de 25 de marzo de 1998) y Valenzuela (Sentencia de 30 de julio de 1998), mantienen que una medida restrictiva del derecho al secreto de las comunicaciones sólo puede entenderse constitucionalmente legítima, desde la perspectiva de este derecho fundamental, si se realiza con estricta observancia del principio de proporcionalidad (STC 49/99 FJ 7), es decir, si la medida se autoriza por ser necesaria para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, como entre otros, para la defensa del orden y prevención de delitos calificables de infracciones punibles graves, y es idónea e imprescindible para la investigación de los mismos (Atc 344/90, de 1 de octubre, SSTC 85/94, de 14 de marzo, FJ 3; 181/95, de 11 de diciembre, FJ 5; 49/96, de 26 de marzo, FJ 3; 54/96, de 26 de marzo, FFJJ 7 y 8; 123/97, de 1 de julio, FJ 4; 49/99, FJ 8, y 166/99, FJ 5; SSTEDH, casos Huvig y Kruslin, y Valenzuela).

"Como derivación del principio de proporcionalidad, hemos mantenido también que la intervención puede ser constitucionalmente ilegítima cuando no es imprescindible, bien porque los conocimientos que pueden ser obtenidos carecen de relevancia respecto de la investigación del hecho delictivo o respecto de la conexión de las personas investigadas, o bien porque pudieran obtenerse a través de otras medidas menos gravosas de los derechos fundamentales en litigio (SSTC 54/1996, FJ 8, y 166/1999, FJ 3ª)", añadiendo, en su noveno fundamento jurídico que "el demandante considera, sin embargo, que el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones ha resultado también lesionado como consecuencia del deficiente control judicial en la incorporación a la investigación de las escuchas. Sin embargo, hemos dicho (últimamente en la SSTC 121/1998, de 15 de junio, FJ 5; 166/1999, de 27 de

septiembre, FJ 2, y 236/1999, de 20 de diciembre, FJ 4) que no constituyen una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones las irregularidades cometidas en el control judicial a posteriori del resultado de la intervención telefónica, pues no tienen lugar durante la ejecución del acto limitativo de derechos, sino en la incorporación de su resultado a las actuaciones sumariales. En definitiva, todo lo que respecta a la entrega y selección de las cintas grabadas, a la custodia de los originales y a la transcripción de su contenido, no forma parte de las garantías derivadas del art. 18.3 C.E., sin perjuicio de su relevancia a efectos probatorios pues no es posible que la defectuosa incorporación a las actuaciones del resultado de una intervención telefónica legítimamente autorizada, no reúna las garantías de control judicial y contradicción suficientes como para convertir la grabación de las escuchas en una prueba válida para desvirtuar la presunción de inocencia (en el mismo sentido, SSTC 121/1998, FJ 5; 151/1998, FJ 4, y 49/1999, FFJJ 12 y 13).

En igual sentido se pronuncia las sentencias 14/2001, de 29 de enero, y 202/2001, de 15 de octubre 165/05, de 20 de junio y 253/06, de 11 de septiembre.

En la sentencia del mismo tribunal 261/05, de 24 de Octubre, se razona en su segundo fundamento jurídico que "Así, este Tribunal ha venido reiteradamente señalando que la resolución judicial en la que se acuerda la medida de intervención telefónica debe expresar o exteriorizar las razones fácticas y jurídicas que apoyan la necesidad de tal intervención, esto es, cuáles son los indicios que existen acerca de la presunta comisión de un hecho delictivo grave por una determinada persona, así como determinar con precisión el número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas, que, en principio, deberán serlo de las personas sobre las que recaigan los indicios referidos, el tiempo de duración de la intervención, quiénes han de llevarla a cabo y cómo, y los períodos en los que deba darse cuenta al Juez. Así también se deben exteriorizar en la resolución judicial, entre otras circunstancias, los datos o hechos objetivos que pueden considerarse indicios de la existencia del delito y la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo, indicios que han de ser algo más que simple sospechas pues han de estar

fundados en alguna clase de datos objetivos (SSTC 82/2002, de 22 de abril, FJ 5; 167/2002, de 18 de septiembre; FJ 2; 184/2003, de 23 de octubre; FJ 9).

La relación entre la persona investigada y el delito se manifiesta en las sospechas que, según la anterior doctrina, no son tan sólo circunstancias meramente anímicas, sino que se precisa para que puedan entenderse fundadas que se encuentren apoyadas en datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido: en primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control y, en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona (STC 165/ 2005, 20 de junio, FJ 4, entre otras). Este es el criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando en diversas resoluciones exige la concurrencia de "buenas razones o fuertes presunciones" de que las infracciones están a punto de cometerse (STEDH de 6 de septiembre de 1978, caso Klass, y de 5 de junio de 1992, caso Lüdi), expresando en nuestro Ordenamiento el art. 579 de la Ley de enjuiciamiento criminal que han de concurrir "indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa"(art. 579.1 LECrim.) o "indicios de responsabilidad criminal" (art. 579.3 LECrim). No se trata de satisfacer los intereses de una investigación meramente prospectiva, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan de los encargados de la investigación, por más legítima que sea esta aspiración, pues de otro modo se desvanecería la garantía constitucional (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 11). De otra parte, aunque lo deseable es que la expresión de los indicios objetivos que justifiquen la intervención se exteriorice directamente en la resolución judicial, ésta, según una consolidada doctrina de este Tribunal, puede considerarse suficientemente motivada si, integrada incluso con la solicitud policial a la que puede remitirse, contiene los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias para poder llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la restricción de los derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida conlleva (SSTC 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 167/2002, de 18 de

septiembre, FJ2; 184/2003, de 23 de octubre, FFJJ 9 y 11).", añadiendo en el cuarto "Por otra parte, este Tribunal ha señalado que las condiciones de legitimidad de la limitación de este derecho fundamental afectan también a las resoluciones de prórroga y, respecto de ellas, además, debe tenerse en cuenta que la motivación ha de extenderse a las circunstancias concretas concurrentes en cada momento que legitiman la restricción del derecho, aun cuando sólo sea para poner de manifiesto la persistencia de las razones que, en su día, determinaron la inicial decisión de intervenir las comunicaciones del sujeto investigado, pues sólo así dichas razones pueden ser conocidas y supervisadas. A estos efectos no es suficiente una motivación tácita o una integración de la motivación de la prórroga por aquella que se ofreció en el momento inicial. Las decisiones judiciales sobre prórrogas de intervención telefónica, como recuerda la STC 202/2001, de 15 de octubre (FJ 6), para que satisfagan las exigencias constitucionales de motivación, han de expresar las circunstancias concretas concurrentes en cada momento que aconsejan la continuidad de la medida anteriormente acordada.

Al poner en relación la doctrina expuesta con lo acontecido en la presente causa, cabe concluir que las distintas intervenciones practicadas lo han sido con escrupulosa observancia de los requisitos o presupuestos que legitiman la injerencia en el ámbito del secreto de las comunicaciones.

En el presente caso la génesis de las diligencias previas 393/2005 del Juzgado de Instrucción nº 6 de Alcobendas se encuentra en el atestado 1/2005 del Grupo de Información de la Comandancia de Madrid de la Dirección General de la Guardia Civil, dando cuenta de lo acaecido el día 12-2-2005 en la Discoteca "Taj Mahal" con motivo del concierto organizado por Blood & Honour España, la asistencia de personas con indumentaria Skinhead y simbología neonazi, los gritos escuchados y los efectos encontrados en la inspección posterior del local: defensas eléctricas, extensibles de acero, sprays de defensa personal no homologados y efectos con simbología neonazi, solicitando la intervención de dos teléfonos, uno como correspondiente a Jaime, arrendatario del lugar para el acto celebrado el día 12 de febrero y otro de Remigio por

aparecer como organizador jefe, así como el listado de llamadas entrantes y salientes y la identificación de los titulares con los que mantengan tráfico los números intervenidos.

En el plenario el Instructor del atestado ha expuesto que el número de Remigio les fue facilitado por él el propio día 12 de febrero por si surgía algún problema con motivo de la celebración del concierto, y el de Jaime les constaba en el grupo de una identificación anterior a la del día 12 de febrero.

Con causa en la solicitud se incoaron las diligencias previas ya citadas, dando cuenta al Ministerio Fiscal y siendo declaradas secretas, y por auto de 16 de febrero de 2005, folios 28 a 31, se acordó, por un mes, la intervención de demás extremos solicitados, con la indicación de dar cuenta por término de diez días o inferior de aconsejarlo las circunstancias poniendo a disposición las cintas magnetofónicas.

La solicitud recoge datos objetivos empíricamente verificables no una sospecha vaga, imprecisa o difusa, y con relación a delitos graves señaladamente con relación al de asociación ilícita debiendo estarse no sólo al aspecto cuantitativo de la sanción posible sino también a la trascendencia social de los intereses en juego. Ello es así singularmente con relación al delito de asociación ilícita encuadrado dentro de los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizadas por la Constitución, y que incluso en las modalidades que podríamos calificar de menos graves, 515.3º o 5º, está sancionadas para los fundadores, directores y presidentes con una pena grave. Además la propia naturaleza del delito de asociación ilícita se corresponde con la de la delincuencia organizada, por más que no esté incluido en la relación del artículo 282.bis.4 de la L.E.Cr. de tal suerte que la intervención de las comunicaciones aparece como un medio necesario para conocer la estructura, integrantes y actividad de la asociación, no de una manera prospectiva y sí con relación a unos hechos concretos si bien que mantenidos o reiterados en el tiempo, como es propio del delito de asociación ilícita.

El auto de 16 de febrero de 2005 cumple con los requisitos expuestos, y ni siquiera opera por remisión a la solicitud policial, realizando una concreta ponderación, y resolución , de los intereses en conflicto.

Por lo que se refiere al desarrollo de las iniciales intervenciones desde el primer momento, escrito presentado el 28-02-2005 (folios 44 a 46), se va dando cuenta al Magistrado Instructor del resultado de las intervenciones con resúmenes de las llamadas de interés, solicitando las prórrogas de las intervenciones, acordadas por autos de 15 de marzo y de 13 de abril de 2005, debidamente fundadas y motivadas en atención a la dación de cuenta periódica del seguimiento de las intervenciones. Lo expuesto sirve igualmente para la intervención acordada por auto de 31 de marzo de 2005, folio 3220, y posteriores prorrogas del teléfono del que sería usuario Nemesio.

Cuestionada, desde el punto de vista de su legitimidad constitucional, la utilización en las intervenciones del sistema SITEL cabe advertir que su uso solo consta en relación a la última intervención , figurando al folio 4267 solicitud de autorización para el depósito de discos magneto-ópticos con relación a la intervención autorizada por auto de 31-03-2005.

El SITEL (Sistema Integrado de Interceptación de Telecomunicaciones o Sistema Informático Integrado de Interceptación Legal de Telecomunicaciones) es un sistema informático que proporciona un medio para llevar a cabo el mandato judicial en que consiste la resolución. Se trata de una versión digital y moderna del antiguo procedimiento de grabación con las cintas Master, de ámbito nacional y utilización conjunta por las Direcciones Generales de Policía y Guardia Civil, con dos centros de monitorización (uno en la Dirección General de la Policía y otro en la Dirección General de la Guardia Civil) y sus redes asociadas y terminales remotos. Es decir, la intervención se hace en la Dirección General correspondiente y luego se deriva al centro remoto. Es un sistema que se define como legal (RD 424/2005 de 15 de abril) y supone una garantía de los derechos fundamentales, puesto que ningún centro remoto puede acceder al sistema ni a la intervención telefónica, no ya sin clave, sino además sin dejar constancia de la autorización judicial por los centros de monitorización. Así y

frente al sistema anterior analógico en el que cada Comisaría o Grupo llevaba a cabo su intervención separada debiendo pasar a través de la operadora de telefonía, ahora se consigue un filtro de seguridad (Dirección General correspondiente) que impide cualquier tipo de intervención no autorizada judicialmente.

De esta manera el sistema consigue una mayor rapidez, eficacia y seguridad, puesto que las operadoras quedan al margen del sistema, siempre bajo mandato judicial y posterior control judicial. Por otro lado, si efectivamente con dicho sistema se tiene conocimiento no solo de la conversación, sino de la identidad y del lugar a través del ordenador, ello proporciona una mayor seguridad jurídica en cuanto a la determinación de identidad y control judicial de la intervención, y es la manera más rápida y menos invasiva en los derechos de los ciudadanos. En definitiva, el auto judicial autoriza la intervención, grabación y escucha de los teléfonos, y así se ejecuta con el sistema SITEL, sin que los datos sobre la identidad telefónica y el posicionamiento de la celda o antena por donde entra la señal del móvil intervenido sean ajenos a la autorización judicial sino inherentes a la misma.

Otra garantía del sistema es que todas las intervenciones quedan grabadas en un disco duro, con lo que solo se llevará a cabo el acceso con las autorizaciones

pertinentes y quedando registrado el acceso, lo que impide cualquier clase de interferencia y alteración de su contenido, hipótesis de mucha mayor facilidad de ejecución con el sistema de grabación en cintas Master.

El RD 424/2005 de 15 de abril en su capítulo II, que habla de la interceptación legal de las comunicaciones, establece el procedimiento de colaboración de las operadoras con la Policía o Guardia Civil en materia de interceptación, debido a los problemas que tenían con anterioridad y siempre respetando los derechos fundamentales cuando los mismos vienen limitados por resolución judicial. Se observa que en la fase previa a la interceptación el deber de colaboración es sobre datos personales para poder identificar a los sujetos, o bien de explicación del sistema a utilizar, pero en la fase de interceptación siempre es necesario el Auto judicial. Ello no supone ninguna situación

nueva a la precedente, en la que los agentes de los cuerpos de seguridad solicitan información sobre determinados extremos en la fase previa a la solicitud de interceptación telefónica o bien llevan a cabo la misma con sustento en un Auto judicial.

Además, se debe recordar que con los antiguos sistemas de interceptación de comunicaciones tampoco se hallaba presente el Secretario Judicial ni el Juez en el momento de la escucha, sino que el control de los mismos se lleva a cabo a posteriori, sin que por ello se produjera una vulneración de derechos, ya que el secretario tan solo debe advenir que las transcripciones coinciden con las intervenciones aportadas.

En cuanto a la grabación de las copias de las intervenciones o su aportación de originales, es evidente que ningún derecho se conculca con la aportación de la grabación original copiada en un soporte digital (normalmente un CD) con los certificados electrónicos oportunos. De esta manera, el sistema vuelve a proteger derechos básicos puesto que a diferencia del sistema tradicional en el que se podía cuestionar la manipulación de los cassettes o CD, ahora cualquier experto informático puede informar de que la grabación contiene el certificado necesario, y además podría cotejarlo con el archivo idéntico que existe en la Dirección General oportuna. Es decir, que de forma simultánea el sistema genera la copia certificada de la intervención telefónica del ordenador central, con lo que el archivo es copia original certificada.

Por lo demás la utilización del sistema SITEL ha sido avalado por sentencias del Tribunal Supremo nº 1078/2009, de 5 de noviembre (rec.419/2009);1114/2009, de 12 de noviembre (rec.407/2009); y 1215/2009, de 30 de diciembre (rec. 404/2009) entre otras muchas, así como por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en su sentencia de 5 de febrero de 2008 con relación al RD 424/2005 de 15 de abril, y por la Agencia Española de Protección de Datos.

Para concluir cabe afirmar que igualmente se han cumplido con las exigencias y requisitos que pertenecen, por su índole misma, al ámbito de la legislación ordinaria de la que depende sólo la validez de la intervención como medio de prueba, y son ajenas por tanto a esa otra esfera jurídica de las exigencias constitucionales cuya infracción

originaría la invalidez de las diligencias o pruebas derivadas de la intervención realizada con vulneración de derechos fundamentales. Se han aportado las grabaciones de las comunicaciones telefónicas intervenidas, con transcripción, e indicación del funcionario que las realizó, de las que en su momento merecieron la consideración de relevantes para la investigación, así como los datos relativos al tráfico de llamadas, encontrándose todo ello a disposición de las partes y habiéndose procedido , bajo la fe pública del Secretario Judicial, a la adverbación de las transcripciones , por lo que su configuración como medio de prueba se presenta como inobjetable.

SEGUNDO.- Se ha solicitado también por algunas defensas la nulidad de las diligencias de entrada y registro, y ello con ocasión del trámite previsto en el artículo 788.3 de la LECr. o al informar sobre las conclusiones definitivas.

Con excepción de Paulino, Efrain y Nemesio, se practicó en el curso de la Instrucción diligencias de entrada y registro en el domicilio de cada uno de los acusados y en la sede social de Blood&Honour, figurando en los siguiente folios de las actuaciones, con indicación en primer lugar del correspondiente al auto habilitante y a continuación el de la documentación de la diligencia.

Domicilio social de Blod & Honour folios 1219 a 1221, y 1214 y siguientes; Remigio folios 1106 y ss. para el domicilio y 1095 y ss para la taquilla de metro, constando en las actas a los folios 2039 y 2050 y ss, respectivamente; Agapito folio 1186 y ss y 2309 y ss; Fulgencio folio 1225 y ss y 1285 y ss; Narciso folio 1213 y ss y 1283 y ss; Carlos María folio 1207 y ss y 1288 y ss; Calixto folio 1192 y ss y 2116 y ss; Jaime folios 1165 y ss, y folio 2298 y ss; Valentín filio 1146 y ss y folio 2050 y ss; Braulio folio 1243 y ss y folio 1286 y siguientes; Isidro folio 1231 y ss y folio 1279 y ss; Urbano folio 1237 y ss y folio 1267 y ss; Carmelo folio 1249 y ss y folio 1271 y ss; Nazario folio 1176 y ss y folio 2320 y ss; Abel folio 1136 y ss y folio 2329 y ss, y Juan Ramón folio 1115 y ss y folio 2349 y ss.

En todos los casos la resolución habilitante está precedida de una solicitud de la Brigada de información de la Guardia Civil, y la práctica de la diligencia se encomienda a los funcionarios de la Dirección General de la Guardia Civil solicitante con la presencia del Sr. Secretario de la Guardia. Cada auto acordando la diligencia contiene la necesaria fundamentación y motivación, en parte común, como no podía ser menos al tratarse de una misma causa y de unos mismos hechos, pero también diferente al detallar con la necesaria individualización las razones para acordar el sacrificio de la inviolabilidad domiciliaria amparada por el artículo 18.2 de la Constitución.

De forma más concreta la nulidad del registro de la Calle Canarias 18 bajo, de San Sebastián de los Reyes, se pretende por cuanto sería también la sede del partido político MSR y de la asociación Tierra Verde.

No se discute o cuestiona sin embargo que en el local tenía su domicilio Blood & Honour, así resulta además de la documentación registral, y para nada consta que en el ámbito espacial del local hubiese alguna dependencia o habitación del que estuviese excluida en su uso Blood & Honour o sus asociados, o que entre los efectos intervenidos alguno no correspondiera a las tantas veces citada asociación, extremo sobre el que las defensas han podido interrogar a quien fuera representante de MSR.

La defensa de Jaime, Urbano y Carlos María ampara la petición de la nulidad de entrada y registro en el domicilio de sus patrocinados en que estos vivían con sus padres, habiéndose autorizado la diligencia para todo el domicilio y no para la habitación concreta del imputado. Sin perjuicio de advertir que con frecuencia, frente a la resolución judicial, la práctica diligencia se ha limitado a una dependencia específica, es absolutamente lógico tratándose de lo que podríamos llamar unidades familiares que la autorización se extienda al domicilio en su totalidad, pues con independencia de la adscripción de espacios entre los moradores, para dormir, comer o trabajar, lo que existe es un domicilio común y no una industria de hospedaje o de pisos compartidos, en los que cada morador residencia su intimidad domiciliaria en una habitación concreta, con exclusión de los demás ocupantes con los que,

simplemente, comparte las dependencias que corresponderían a los servicios comunes.

La defensa de Valentín ha sostenido la nulidad de la que sería su diligencia de entrada y registro por no residir a la fecha de los hechos en la indicada vivienda, habiéndose registrado un dormitorio que compartía con su hermano. Se trataba de una manifestación sorpresiva de Valentín en el plenario, que nada había dicho al respecto durante el registro o la instrucción de la causa, ni propuesto como testigo a su hermano, habiendo declarado el testigo NUM041 que cree recordar que en la habitación había una sola cama.

En lo que hace a Nazario ninguna irregularidad supone que el Magistrado Instructor encomendase la práctica de la diligencia a los funcionarios de la Dirección General de la Guardia Civil, que ostentan la condición de Policía Judicial. La misma consideración cabe hacer en cuanto al hecho de practicarse la diligencia con la sola asistencia de Nazario y sin la presente de sus padres que serían los propietarios de la vivienda registrada.

El interés afectado por la diligencia de entrada y registro ordenada judicialmente en un domicilio particular es el inherente a la intimidad y privacidad domiciliaria. El interesado cuya presencia exige el artículo 569 de la LECr. es el titular del domicilio registrado, cualidad que se ostenta con independencia de que se tenga o no la condición de propietario o arrendatario y, en definitiva del título jurídico por el que se mora, título que incluso pueda ser inexistente más allá del mero hecho de morar. Cuestión distinta es que en la medida que se trata de una diligencia preconstituida con eficacia demostrativa como prueba de cargo, el imputado ostenta también la condición de interesado, cuya presencia se dirige a satisfacer exigencias del principio de contradicción permitiendo que las diligencias tengan validez probatoria. TS sentencias de 12-3-1996, 19-1-1999, 11-2-2000, 9-4-2003 y 18-2-2005, entre otras muchas.

En el caso de Nazario con su presencia en la diligencia de entrada y registro se satisfacía la exigencia de la asistencia del interesado en la doble faceta ya expuesta, pues no es necesaria la presencia de todos y cada uno de los moradores.

Finalmente, y en lo que hace a la formalización o documentación de la diligencia de entrada y registro, por lo que se refiere a lo alegado de la defensa de Juan Ramón y de Abel las diligencias están firmadas por todos los asistentes, Folios 2329 y 2352. La única anomalía que se aprecia es la no indicación en ambos de la hora de finalización y además en la segunda de la hora de inicio, omisión que no tiene el efecto invalidante que se pretende al no afectar a elementos esenciales de la diligencia ni acreditarse indefensión alguna, al igual que ocurre con el acta de Urbano en la que se imite la hora de inicio.

TERCERO.- En lo que hace a la lectura, acordada a instancia del Ministerio Fiscal, de las declaraciones prestadas durante la instrucción por los acusados que, en el plenario se han acogido a su derecho a no declarar a las acusación, pública y popular, contestando sólo a su defensa, habiéndose interesado la nulidad de dicha prueba por la defensa de Jaime y otros dos, con adhesión del resto de las defensa, la cuestión aparece resuelta por la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2006 exponiendo que "... el silencio del acusado si puede entenderse como contradicción a los efectos del art. 714 LECrim., pues en principio hay que entender que en el concepto de contradicción, en lo que al acusado se refiere se extiende a toda conducta que jurídicamente pueda ser considerada contraria a su referente sumarial. De lo que se infiere que cuando obran en el sumario declaraciones judiciales autoinculpatorias del acusado, el silencio del mismo en el juicio oral ha de ser considerado como una "contradicción" a los efectos del art. 714 LECrim. En esta materia debemos recordar que:

1.º) Según el Tribunal Constitucional los Derechos Fundamentales no son absolutos.

2.º) El derecho al silencio tiene dos vertientes: a) un mandato dirigido a los Tribunales y a la policía: favorecer su ejercicio y respetarlo cuando se produce; y b)

respecto del acusado: facultad de acogerse al mismo con la seguridad de que ello no le supone perjuicio alguno.

3.º) Se trata de un derecho de ejercicio sucesivo: tantas veces sea llamado a declarar puede acogerse al mismo.

4.º) La declaración del acusado supone una renuncia del derecho a no declarar que, en un contexto global de silencio parcial, no resulta afectada por el ejercicio de dicho derecho en las declaraciones previas y/o posteriores.

Consecuentemente, no se afecta el núcleo esencial del derecho a no declarar contra sí mismo, cuando reconociéndole un valor negativo al silencio se le confronta con la declaración del acusado en la que, renunciando a su derecho, haya reconocido los hechos, lo cual se deriva del carácter independiente de cada declaración que permite, en el ámbito de la LECrim. y al amparo del art. 741, valorar las declaraciones sumariales del acusado aunque éste se haya negado a declarar en el juicio.

Procede, por ello, considerar que la calificación del silencio como "contradicción" no afecta a derecho constitucional alguno.

Además el silencio del acusado es uno de los casos de imposibilidad que permite, ex art. 730 LECrim., dar entrada en el juicio oral a las anteriores manifestaciones inculpativas (STS 20.9.2000) y tal silencio equivale también a una retractación y se puede por ello, ex art. 714 LECrim., unir testimonio de las anteriores manifestaciones inculpativas a efectos de dar mayor valor probatorio a unas y otras.

En ambos casos debe considerarse que la presencia en el acto del juicio y la evaluación judicial de su silencio permiten dar valor a sus declaraciones sumariales porque, de nuevo, la contradicción constitucionalmente exigible queda garantizada con la presencia física del acusado en juicio, aunque éste se acoja a su derecho a guardar silencio (STS 894/2005 de 7.7).

Criterio reiterado en SS 14.11.2005 y 830/2006 de 21.7, "la negativa a contestar en el acto del juicio oral, permite la entrada en juego de las previsiones del art. 714 L.E.Cr. (véase STS de 6 de febrero de 2.001), teniendo en cuenta, por otra parte, que carece de lógica que si el testigo o coacusado no comparece o no está localizable, se puede dar lectura a sus declaraciones anteriores y si comparece y se niega a declarar, no sea factible someter a contraste sus manifestaciones precedentes". Y en STS 126/2005 de 31.10, "el ejercicio del derecho a guardar silencio por parte del acusado en una causa penal en el acto del juicio oral, no puede ser interpretado sino como un acto neutro. No supone una negación o rectificación de lo declarado hasta ese momento, pero tampoco se puede valorar como una aceptación o ratificación tácita de lo dicho con anterioridad. Se trata del ejercicio de un derecho fundamental, al que no pueden anudarse efectos negativos para su titular con carácter automático. ..Si el acusado ha prestado declaración ante el Juez con todas las garantías, su negativa a declarar en el plenario no deja sin efecto esas declaraciones ni las convierte en inexistentes, pues fueron efectuadas en otro momento procesal en ejercicio de su libertad de prestar declaración con el contenido que tuviera por conveniente y, como se ha dicho, rodeado de todas las garantías exigibles. Puede entenderse, sin embargo, que la negativa a declarar supone la imposibilidad de practicar en el plenario la prueba, propuesta y admitida, consistente en la declaración del acusado, lo que autoriza a acudir al artículo 730 de la LECrim. Así lo entendió esta Sala entre otras en la STS n.º 590/2004, de 6 de mayo. "

Lo expuesto en forma alguna vulnera lo dispuesto en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17-7-98, por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de Naciones Unidas ratificado por España, en el art. 67.1 g) y respecto del acusado al que expresamente, entre sus derechos, le reconoce «a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable y a guardar silencio, sin que ello pueda tenerse en cuenta a los efectos de determinar su culpabilidad o inocencia».

Cabe precisar que la lectura se ha limitado a las declaraciones prestadas ante el Instructor sumarial con todas las garantías y, en su caso, la declaración en sede policial cuando a presencia judicial ha sido ratificada. No a los supuestos inversos, tal sería el

caso de Jaime, en la medida que la declaración policial no ha sido incorporada al elenco probatorio en forma alguna.

CUARTO.- Impugnada también la "diligencia de volcado" de los ordenadores intervenidos, la lectura de los actas de entrada y registro revela que todos los ordenadores fueron reseñados con su número de serie, salvo las que carecían de datos identificativos externos, y solicitada la apertura de correspondencia y el volcado de datos fue acordado por auto de 9 de mayo de 2005, extendiéndose una minuciosa diligencia el 11-05-2005 (folios 2569 y 2570) y el 19-5-2005 (folios 2516 y 2577) de obtención de duplicados de los discos duros, cuyos originales quedaron en custodia en el juzgado, no existiendo ningún atisbo de posible confusión, siendo lógico que el análisis se haya centrado en los archivos y no en los programas dado el objeto de las actuaciones.

Otras pretendidas nulidades, al margen de hacer supuesto de hecho de la cuestión debatida, incurren en el error de confundir la validez de una prueba con su capacidad o aptitud para formar la convicción del Tribunal. Que tal capacidad pueda ser inexistente no priva de validez a la prueba.

De forma más concreta nada permite afirmar que la inspección o registro de los vehículos, en los que se encontraron determinadas armas, se hiciera sin la presencia de los interesados que se encontraban en el lugar.

Que en su informe pericial el funcionario NUM042 no indicase como homologado el gas de defensa ocupado a Fulgencio, que según documentación aportada si lo estaría, no convierte en nula la pericia. Lo mismo cabe practicar respecto a la omisión en la pericial balística, folio 1.174 y siguientes, del año de fabricación de la pistola Star del calibre 7,65 mm.. Al margen de ser un dato irrelevante el informe figura en las actuaciones al menos desde marzo de 2006, fecha del proveído acordando su unión, y desde entonces se ha podido pedir su ampliación respecto del año de fabricación del arma.

No es nula por vulneración del artículo 704 de la LECr. la declaración del testigo NUM043. Su testimonio se tuvo que posponer dada lo extenso en el tiempo de la declaración del NUM044, instructor de las diligencias y responsable del grupo que llevo la investigación y es claro que cuando el juicio se prolonga durante más de un día resulta imposible la incomunicación o aislamiento entre los testigos que han declarado y los que están pendiente de hacerlo. Por lo demás lo que declaró el testigo NUM043 es que había hablado con NUM044 por trabajar en la misma dependencia y pared con pared, pero no que hablaran de los hechos ahora enjuiciados y sobre los que el segundo todavía no había declarado.

Finalmente y por lo que se refiere a la cadena de custodia, al margen de lo ya expuesto con relación a los ordenadores, nada avala que los efectos sobre los que sean emitidos dictámenes o pericias sean distintos de los intervenidos ya sea en las diligencias de entrada y registro, en la inspección de vehículos o en la discoteca "Taj Mahal". Correspondiendo a la Policía Judicial la recogida y custodia de los efectos, o pruebas de delito de cuya desaparición hubiera peligro, para ponerlos a disposición de la autoridad judicial, artículo 770.3 de la LECr., puesta a disposición que no tiene que ser directa y que además en determinadas cosas, tales como las armas de fuego, no debe serlo.

QUINTO.- Los hechos declarados probados se han tenido como tales con causa en la actividad probatoria realizada en el acto del juicio oral, con observancia de los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción.

El Tribunal ha partido del derecho a la presunción de inocencia consagrado con rango de derecho fundamental en el artículo 24 de la Constitución, que implica que toda persona acusada de un delito debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la ley (art. 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 6.2 del convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y art. 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Suponiendo que es preciso el desarrollo de una actividad probatoria de cargo cuya iniciativa corresponde a la acusación, que desvirtúe

racionalmente la presunción inicial, en cuanto permita declarar probados unos hechos y la participación del acusado en ellos.

Junto a la presunción de inocencia, y en la ponderación del material probatorio, el Tribunal ha estado presidido ante situaciones de incertidumbre o duda por el principio in dubio pro reo de tal suerte que, como se explicará, al no quedar convencido de la concurrencia de los presupuestos negativos y positivos del juicio de imputación ha optado por una declaración negativa de culpabilidad, al ser menos gravoso a las estructuras sociales de un país la libertad de cargo de un culpable que la condena de un inocente, TS. S. 20.3.1991, o como se dice en la reciente sentencia de 11.10.2006 "El sistema penal propio de un Estado Democrático de Derecho, basado en principios que reconocen los derechos individuales, y entre ellos el derecho a la presunción de inocencia, no puede asumir la condena de los inocentes, aun cuando ello sea a costa de confirmar en ocasiones la absolución de algunos que pudieran ser culpables".

Entre los medios de prueba, al margen de lo expuesto en los fundamentos anteriores, se encuentran las declaraciones de los acusados ante la autoridad judicial en el curso de la instrucción, y su propio silencio en el plenario pues si bien "sería incompatible con el derecho a guardar silencio fundamentar una condena exclusiva o fundamentándola en el silencio del inculcado o en su negativa a responder preguntas u ordenes, ello "no impide tener en cuenta el silencio del interesado, en situaciones que requieran una explicación por su parte para apreciar la fuerza persuasiva de las pruebas de cargo", TEDH, caso MUWOY s. 8-6-1996 Y CASO Landrome S-2-5-200 y de los que se ha hecho eco tanto el Tribunal Constitucional SS 137/1008, de 7 de julio y 202/2000 de 24 de julio, y el Tribunal Supremo SS 554/2000 de 27 de marzo, 358/2004 de 16 de enero, entre otras.

Por lo que se refiere a la prueba testifical fundamentalmente en los funcionarios de la Guardia Civil que llevaron a cabo la investigación al margen de aquellos que intervinieron en alguna diligencia puntual, tales como las detenciones o práctica de registros, cobra singular importancia lo relativo a los informes que figuran al tomo séptimo, folio 815 y siguientes, y decimoquinto, folio 3.111 y siguientes ratificados en el

plenario. Se trata de informes policiales, también llamados de inteligencia, que no pueden calificarse de periciales en sentido estricto, participando de la motivación de la prueba de indicios en la medida que aportan datos de conocimiento para el Tribunal sobre determinadas personas y actividades, o de la naturaleza testifical y pericial si bien que más próxima a la segunda pues los autores aportan conocimientos propios y apropiados para la valoración de determinados documentos o estrategias. TS sentencias de 16 de febrero y 1 de octubre de 2007, 985/2009 de 13 de octubre, entre otros.

Está también, y resulta sumamente gráfica, la documentación contenida en los archivadores, dividida en anexos relativos el primero al local de la Calle Canarias y los restantes a cada acusado, que permiten el examen de lo que era el órgano de expresión de Blood&Honour, la revista con igual nombre en la que figuran además las actividades que realizaba la asociación,. La documental relativo al registro de la asociación, con los libros, fanzines y discos intervenidos, y la testifical de Salvador en orden al concierto de Talamanca de Jarama, su organización y titularidad de los efectos intervenidos, que fueron dejados por los organizadores del concierto, y número de asistentes que rebasó ampliamente el aforo del local.

SEXTO.- Los hechos declarados probados son constitutivos, en primer lugar, de un delito de asociación ilícita previsto y penado en el artículo 515.5º del Código Penal que declara punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de algunos de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía o inciten a ello.

En el delito de asociación ilícita el bien jurídico protegido es el derecho de asociación como garantía constitucional, según un sector doctrinal, o, según otro el orden público y en particular la propia institución estatal, su hegemonía y poder frente a cualquier organización que persiga fines contrarios y antitéticos a los de aquella, TS 234/2001 de 3 de mayo.

El tipo penal requiere como elemento básico una asociación, cuyo concepto jurídico penal tiene un contenido más amplio que el atribuido civilmente, y que vendría dado por los siguientes elementos: a) la agrupación de personas para la consecución de un fin, unión que no ha de ser esporádica sino que ha de tener cierta duración en el tiempo o estabilidad, b) que la unión esté presidida por ideas de estructura jerárquica y disciplina, entendiéndose por tal el sometimiento de sus miembros o las decisiones de otro u otros miembros que ejercen la jefatura; c) que haya una voluntad colectiva encaminada hacia alguno de los fines que establece el apartado quinto del artículo 515 del C.P. y d) una estructura adecuada para la comisión de los fines propuestos, que aparece como el nexo de unión y concierto entre sus miembros, hasta el punto de conformar el ente superior y distinto al de los componentes individualmente considerados, no siendo necesario que la asociación se mueva en un amplio espacio geográfico ni tampoco se excluye esta especial figura delictiva por el hecho de que la misma organización se dedique a actividades lícitas, TS sentencias de 28/10/1997, 27/11/1998, 57/2002 de 23 de enero, 27-6-2007 y 765/2009 de 9 de Julio.

Por el Tribunal es incuestionable con relación a Blood&Honour que concurren los requisitos materiales, además de los formales, para conceptuarlas como una asociación con existencia real y efectiva al menos desde el año 1999 y hasta abril de 2005, ignorándose si con posterioridad a las detenciones de los acusados la asociación ha continuado como tal o de facto se ha producido su extinción.

Cuestión clave es si las actividades realizadas por Blood&Honour tienen su encaje en el apartado 5º del artículo 515 del Código Penal, que establece unos límites al derecho de asociación no en sí mismo considerado pero sí en sus manifestaciones, y que resulta plenamente acorde con lo dispuesto en el artículo 16.1 de la C.E. al establecer como límite a las manifestaciones de la libertad ideológica el necesario para el mantenimiento del orden público protegido por la ley, y en el artículo 20 indica como límite a la libertad de expresión, el respeto a los demás derechos reconocidos en el Título I, los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente en el derecho al

honor, a la intimidad, o a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

En similar sentido el artículo 10 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, después de proclamar en su apartado primero el derecho a la libertad de expresión, y su alcance, dispone que su ejercicio, que entraña deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a cuantas 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 ajenosPor su parte el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Sentencia de 4-12-2003, caso Müslüm Günduz contra Turquía expuso que las expresiones que tiendan a propagar, incitar o justificar el odio basado en la intolerancia no se benefician de la protección del artículo 10 del Convenio, recordando los diversos instrumentos internacionales que contienen disposiciones que prohíben los discursos de odio, todas las formas de intolerancia y de discriminación fundada en la raza, la religión, las convicciones, etc.: la Carta de las Naciones Unidas de 1945 [apartado 2 del Preámbulo, artículos 1.3, 13.1.b), 55.c) y 76.c)], la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (artículos 1, 2 y 7), el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículos 2.1, 20.2 y 20.26), el Convenio Internacional de 1965 sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (artículos 4 y 5), y la Declaración de 1981 sobre Todas las Formas de Intolerancia y de Discriminación basadas en la Religión o las Convicciones. Además, la Declaración de Viena, adoptada el 9 de octubre de 1993, hizo sonar la alarma sobre la resurgencia actual del racismo, de la xenofobia y del antisemitismo, así como sobre el desarrollo de un clima de intolerancia, y más directamente la Recomendación núm. R (97) 20 sobre «el discurso de odio» aprobada el 30 de octubre de 1997 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa y la Recomendación del 13 de diciembre de 2002 de política general núm. 7 de la Comisión europea contra el racismo y la intolerancia sobre la legislación nacional para luchar contra el racismo y la discriminación racial.

Si por promover se entiende iniciar a adelante una cosa procurando su logro y por incitar, mover o estimular a uno para que ejecute una cosa (DRAE) la actividad desplegada por Blood & Honour tiene pleno encaje en el tipo penal. No se trata solo de la defensa y propagación de la ideología nacionalsocialista referida al Partido Obrero Nacionalsocialista Alemán (NSDAP) y a quien fuera su jefe absoluto (Führer) Adolf Hitler y otros jefes del nazismo, que rigieron los destinos de Alemania desde 1933 hasta 1945, ni del uso de emblemas o símbolos asociados al nacionalsocialismo, algo que es atípico en nuestro derecho a diferencia de lo que ocurre en el derecho Alemán (§ 86ª relativo al empleo de distintivos de organizaciones anticonstitucionales, con inclusión del saludo) o la mera negociación del holocausto judío acaecido durante el III Reich, que habría que considerar en si misma atípica dada la STC 235/2007, de 7 de noviembre, y sí de toda una sistemática y planificada actividad, al amparo o cobijo de una forma asociativa y bajo una apariencia de un discurso artístico e intelectual antiglobalización, con la que se pretende glorificar a los verdugos y justificar sus hechos, defendiendo activamente la superioridad e la raza blanca, que sustituiría a la raza aria, frente a las otras razas que simplemente por ello son inferiores y deben ser despreciadas e incluso objeto de violencia física para su expulsión del territorio europeo, de tal suerte que al enemigo sionista, que se mantiene como herencia del pensamiento nacionalsocialista, se le suma el trabajador inmigrante causa de todos los males y que debe ser exterminado hasta la aniquilación.

No se trata de establecer una democracia militante, que imponga no ya el respeto sino la adhesión positiva al ordenamiento jurídico, y en primer lugar a la Constitución, STC 48/2003, de 12 de marzo, pero sí de excluir de la garantía que supone el artículo 20.1 de la CE un pretendido derecho a expresar y difundir un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar, al tiempo de formularlo, a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social, que violan uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, como es la igualdad, y uno de los fundamentos del orden político y de la paz social, la dignidad de la persona, STC 214/1991, de 11 de noviembre

SÉPTIMO.- En lo que atañe a la atribución de responsabilidades por el delito de asociación ilícita, ausente en nuestro derecho, a la fecha de esta sentencia, una responsabilidad penal de las personas jurídicas, la imputación y el reproche se proyecta sobre las personas físicas o las que cabe atribuir la existencia de la asociación delictiva y su actividad criminal, distinguiéndose en el artículo 517 del Código Penal dos clases de participantes. De un lado los fundadores, directores y presidente; de otro los miembros activos. Los fundadores son los que iniciaron la asociación, sus creadores. Los directores suponen una participación más activa, implicando su funciones a los que gobiernan, rigen u ordenan la actuación de la asociación, los presidentes son los que desempeñan la plaza de principal o superior de la asociación, al menos teóricamente. Miembros activos son aquellos que además de ser afiliados a la asociación y de haberse integrado en aquella, han llevado a cabo determinadas acciones a favor de la asociación ilícita que son adicionales a dicha integración. Son algo más que el simple miembro pasivo o nuevo afiliado, que no está penado, pero claramente diferenciada, cualitativa y cuantitativamente de los dirigentes verdaderos, TS 2º, 28 de octubre de 1997.

Prescindiendo de Nemesio, al que no se acusa del delito de asociación ilícita, el apartado primero del artículo 517 del Código Penal es atribuido a Remigio, Agapito, Calixto, Valentín, Juan Ramón, Jaime, Braulio y Nazario. Para los restantes acusados la calificación es la de miembro activo.

Remigio y Calixto son fundadores de Blood&Honour España ostentando además los cargos directivos que se han expuestos. En los domicilios de ambos se encuentra un ejemplar de los estatutos de la asociación, en cuanto integrada en el movimiento Skinhead nacionalsocialista, y la fórmula del juramento del militante. Remigio en su declaración ante el Instructor, folio 2020, reconoce participar en Blood&Honour desde su creación, y además entiende el Tribunal que hay elementos de juicio para afirmar que mantenía, hasta su detención, la dirección y liderazgo de la asociación pese a su cese como presidente. Remigio es la persona que tienen los tratos con Nemesio para la adquisición de las defensas, e igualmente es quien se encarga de determinados alquileres para actividades que realiza la asociación incluso cuando ya ha cesado

formalmente como presidente, según documentación intervenida en los registros y que aparece al tomo 7º de las actuaciones, folios 945 y 949, archivador II, anexo 1.15 y archivador III anexos 2.1 y 2.2.

Además la jefatura de Remigio se confirma por las intervenciones telefónicas. Así en conversación de 19-2-2005 (folio 74 y 75) Remigio da cuenta a su interlocutor de lo intervenido con ocasión del concierto en el local "Taj Mahal" y las acciones emprendidas, de similar contenido al la del día siguiente transcrito al folio 83 a 87. Otras conversaciones son relativas a la compra de defensas extensibles y posible adquisición de defensas eléctricas entre Remigio y Nemesio, folios 99 a 102, 119, 145 a 147, 157, 780 a 782; la forma de recoger las defensas extensible y su pago, folios 122 y 123, 124 a 127; la compra de libros "antisemitismo actual o judíos en la edad actual", "Nazis Hablan" etc que Remigio encarga a su interlocutor, y a la exigencia de rendición de cuentas por los otros asociados.

Calixto es, como hemos dicho, uno de los fundadores de la asociación, figurando ya desde la constitución inicial con domicilio en Jaén. Pese a afirmar que desde el 2001 se desvincula de la asociación no es hasta marzo de 2002 que, según la documentación, deja de figurar en la junta directiva. En la documentación intervenida, además de la ya expuesta, figura un listado de direcciones de Blood&Honour España, entre las que figura "Correspondencia personal y agrupaciones apartado 588, 23080 Jaen", otro de precios de discos, un registro de entrada y salida de correspondencia de Blood&Honour, y un listado con reparto de artículos, portada, editorial y secciones habituales, para la revista. Archivador V anexos 14.02 a 14.09. Además acude al concierto de Talamanca de Jarama por lo que la pretendida desvinculación con la asociación amén de intrascendente aparece como no acreditada.

Agapito es desde febrero de 2004 presidente de la asociación, lo que ya colmaría las exigencias del artículo 517.1 del Código penal, pero además participa en su actividad aunque sea siguiendo instrucciones de su hermano. Al respecto están las conversaciones transcritas a los folios 131, 132, y 133, que giran en torno a la problemática con motivo de pérdida por Agapito de unos documentos que había que

presentar, enlazando así con la conversación que figura a los folios 83 y 84 que revela la decisión de legalizar todo lo relativo a la asociación solicitando el NIF y el registro de determinadas marcas o nombre de Blood&Honour. En su declaración ante el Instructor, folio 3082, reconoció pertenecer a la asociación y presidirla desde hacía un año, la organización por la asociación del concierto de Talamanca, encontrándole en el registro copia de las denuncias formuladas.

Fuera de los tres citados y prescindiendo, como resulta de los hechos probados, de Nazario, Abel e Paulino, el Tribunal entiende que la responsabilidad de los otros acusados se subsume en el apartado segundo del artículo 517 del Código Penal al no constar que su intervinieron en la asociación excediese de la del mero asociado, teniendo en cuenta que la base de una asociación como la que es objeto de la causa está representada por una colectividad o pluralidad de personas físicas, siendo decisiva la voluntad y actividad de los componentes para la existencia de la asociación y el cumplimiento y logro de sus fines, a diferencia de los fundaciones y de las sociedades civiles y mercantiles, y nada permite hablar de secciones territoriales con responsables y directores y sí, como se ha hecho, de miembros que eran delegados territoriales, siendo de advertir que la investigación policial, la judicial es casi inexistente, se ha limitado a Madrid. Igualmente el dato de ostentar determinados cargos tales como vocal, vicepresidente o tesorero, en la medida que no supongan el ejercicio real de funciones asimilables a las de presidente o directivo, no da lugar a la aplicación del artículo 517.1 en una interpretación extensiva que debe rechazarse.

Fulgencio en su declaración ante el Instructor ,folio 1877, reconoció ser miembro de Blood & Honour; se encuentra autorizado para acceder al apartado de correos contratado por Carmelo y utilizado por la asociación, y mantiene conversaciones con relación al pago de las defensas adquiridas en febrero a Nemesio, folio 182 y 183.

Narciso en su declaración ante el instructor, folio 1872, reconoce ser miembro de Blood&Honour de lo que Jaime es presidente así como estar autorizado a recoger correspondencia en el apartado contratado por Carmelo. En la entrada y registro se le encontró un listado de prendas correspondiente a las comercializadas por

Blood&Honour con indicación del precio. Mantiene conversaciones con Remigio en la éste le encarga, junto con Fulgencio, Carlos María y Urbano, llevarle un listado completo de existencia de libros, folio 150.

Carlos María en su declaración ante el Instructor, folio 1995, reconoce formar parte de Blood&Honour España, así como estar autorizado a recoger correo para la asociación en apartado contratado por Carmelo. En la entrada y registro se le encontró un listado de precios correspondiente a camisetas, sudaderas, billetteros y discos comercializados por la asociación, archivador 4, anexo 7.05.

Jaime alquiló el local de Salamanca de Jarama en el que se celebró el concierto organizado por Blood&Honour el 12 de febrero de 2005 y desde febrero de 2004 ostentaría la condición de secretario de la asociación. En el registro le fue intervenido un pedido comercial de mecheros con el anagrama de la asociación, archivador IV, anexo 5.01 y 5.02. Mantiene conversaciones en febrero con Remigio para el pago de las defensas adquiridas a Nemesio, folio 124 a 127, 136 y con el mismo objeto con Braulio, folio 181, Fulgencio, folio 182 y 183, y Isidro, folio 184, con Braulio para poner la denuncia por la incautación de material en la discoteca de Talamanca, folio 166. Así como para la liquidación de ingresos y cuentas, folios 200, 201 y 206. En nombre de la asociación formuló denuncia por la desaparición de material en la discoteca "Taj Mahal"

Valentín en su declaración ante el Instructor, folio 2109 ratificando la prestada en sede policial, reconoció haber sido miembro de Blood& Honour desde 2002 hasta 2004 y ser delegado en Sevilla, siendo el único miembro, que se pagaban cuotas y existía un tesorero y un secretario, que trabajaba traduciendo textos y en trámites para traer bandas de música tipo OI! y RAC. En el registro se le intervino un artículo sobre conciertos organizados por Blood&Honour y dos catálogos o listados de efectos que comercializaba la asociación, archivador VII, anexos 18.03, 05 y 06. Con ocasión de acudir al concierto de Talamanca de Jarama se presentó ante quienes controlaban los accesos como el delegado de Sevilla.

Braulio, nombrado vicepresidente en el año 2004, en su declaración ante el Instructor, folio 1761, reconoció pertenecer a la asociación, conocer su estructura y que se pagaba una cuota de 30 euros/mes, estando autorizado a retirar correspondencia del apartado de correos que utiliza la asociación. En la entrada se le intervino una nota, archivador IV anexo 4.8, con la indicación de "vamos a dejarlo parado", junto con un nombre y un teléfono, que se corresponde a una conversación mantenida con Remigio en la que se trató, entre otros temas, de la compra de defensas eléctricas, folios 96 a 98. Igualmente se le intervino copia de una denuncia en nombre de la asociación por una página Web y otras dos por la desaparición de material en la discoteca "Taj Mahal", anexo 4.10. Son numerosas las conversaciones con Remigio, además de la ya indicada, en orden a las actividades a realizar, folio 114, compra de libros, folios 139 y 140, o el pago de las defensas compradas a Nemesio, folio 122 y 123; el visionado de un video sobre el revisionismo del holocausto y la difusión el acto, folio 152 bis, y sobre la recaudación obtenida por ello, folio 158.

Isidro, autorizado en el apartado de correos citado, en su declaración ante el Instructor, folio 1751, reconoció pertenecer a Blood& Honour desde el año 2003 y haber participado en el concierto de la discoteca "Taj Mahal" cobrando el dinero de las entradas. En la entrada y registro se le intervino una relación de música y CD'S con indicación de cantidades debidas y nombre del deudor y gastos; copia de los estatutos y del acta de 15-2-2005 con relación a Blood & Honour; escrito por el que Braulio como vicepresidente da derechos-sic- a Jaime para firmar los trámites; comunicación al registro de asociaciones del cambio de titulares en los órganos de gobierno de representación por acuerdo de 21-10-2004 y acuerdo de enero de 2005 de apertura de cuenta corriente y cuenta abierta en relación a Blood&Honour, archivador IV anexo 10. Isidro mantuvo conversaciones con Jaime en orden al pago de los mil euros por las defensas compradas a Nemesio, folio 184.

Urbano en su declaración ante el Instructor, folio 1756 reconoce pertenecer a Blood&Honour, abonando una cuota de 30 euros /mes, encargándose a veces de comprar comida, y se le intervino un listado de deudores de libros de la asociación,

archivador IV anexo 6.03, lo que explicaría su mención en la conversación ya citada de Remigio y que figura al folio 150 .

Carmelo en su declaración ante el Instructor, folio 1746. reconoció formar parte de Blood&Honour abonando antes una cuota de 10 o 20 euros/mes, que la asociación organiza conciertos y en ellos venden objetos, que asistió al concierto de Talamanca encargándose de la seguridad y del buen funcionamiento, y que cree que se habilite un punto de venta de libros y discos. Es además quien contrato el apartado de correos utilizado por la asociación y que figurará en la página Web de Internet y se le ocuparon tampones relativos a B&H.

Juan Ramón, en cuyo ordenador se encontraron archivos fotográficos relativos a las actividades de la asociación, folio 3897 a 3899 se encargó del traslado de los asistentes de Zaragoza al concierto de Talamanca del Jarama, guiando al conductor del autobús al lugar exacto de celebración del concierto, dato no difundido previamente como era habitual en los conciertos, recogiendo igualmente la recaudación de los ocupantes para el pago de las entradas. Además Juan Ramón mantuvo conversaciones con Remigio en orden al material encontrado en la discoteca "Taj Mahal" y la actuación a seguir, folios 74 a 87, interesándose Isidro por la devolución del material "todo lo incautado lo devolverán no?" y la dificultad para los conciertos en Madrid. Constando en la información sobre tráfico de llamadas, con relación al teléfono intervenido a Remigio, la identidad de Juan Ramón, folio 3879.

Efrain en su declaración en el Juzgado, folio 3094, reconoció ser miembro de Blood & Honour , que la asociación se mantiene con las cuotas y que en el concierto de Salamanca ayuda fundamentalmente en la barra, manteniendo al menos una conversación con Remigio, folio 131.

Finalmente en cuanto a Nazario la prueba practicada, como hemos dicho, no permite afirmar la asistencia de secciones territoriales de la asociación y menos aún que el ya citado estuviese al frente de lo de Burgos. Sí resulta que Nazario fue secretario de la asociación de marzo de 2002 a febrero de 2004, pero el cargo de secretario en el

ámbito de la organización interna de las personas jurídicas responde con frecuencia a labores meramente burocráticas, de custodia y archivo de documentación o de preparación de reuniones del órgano de gobierno, sin que conste una participación efectiva en la actividad de la asociación.

Respecto de Abel e Paulino, el Ministerio Fiscal les atribuye la conducta de colaborar actuando con Juan Ramón en el control de las personas que acudían desde Zaragoza con relación al concierto de 12-2- 2005, y en la seguridad, además Paulino alquiló el autobús utilizado, extremo éste que admitió en su declaración y resulta de la documentación, tomo 7 folios 990 y 991, y Abel habría alquilado otro autobús con motivo del concierto celebrado en Aranjuez, declaración del testigo NUM044. Pero no hay pruebas de su condición de miembros de Blood&Honour, y la mera colaboración con un miembro activo debe reputarse como atípica, no constando tampoco que Abel sea la persona que firmo la crónica de un concierto en una revista Skinhead, según se indica en el informe obrante al folio 818, conducta que además tampoco tiene encaje en el delito de asociación ilícita. El propio dato de no publicarlo en la revista que editaba Blood&Honour revelaría la falta de vinculación, sin perjuicio de la posible afinidad ideológica.

OCTAVO.- Un segundo hecho y delito imputado es el relativo al de tenencia ilícita de armas, formulándose la atribución fáctica de forma distinta por el Ministerio Fiscal y la acusación popular.

El Ministerio Fiscal refiere de una parte las armas intervenidas en la madrugada del día 13 de febrero de 2005 en la discoteca "Taj Mahal" (9 defensas extensibles de acero, 5 defensas eléctricas y 24 sprays de defensa personal no homologadas), afirmándose que estaban a disposición de todos los acusados. De otra parte expone las armas que habían sido intervenidas a cada acusado en su persona, vehículo, diligencia de entrada y registro o taquilla de trabajo, refiriendo luego las calificaciones concretas a esta última faceta. De tal suerte que Paulino y Nazario a los que se imputa el delito de tenencia ilícita de armas en cuanto miembros de Blood Honour, y con relación a las ocupadas en el local, necesariamente han de ser absueltos del segundo

delito. Al no quedar acreditado su condición de asociados no puede afirmarse la disponibilidad de las armas.

Por su parte la acusación popular detalla las armas que se habían intervenido a cada acusado y en el local, y fórmula igual calificación para todos los acusados, con aplicación de los artículos 563 y 564 del Código Penal en relación con los artículos 4, 5 y 6 del Reglamento de armas.

El Tribunal considera necesario distinguir entre Calixto y el resto de los acusados, y comenzar por analizar el tipo penal de tenencias de armas prohibidas sancionado en el artículo 563 del Código Penal, cuyo antecedente se encuentra en el Código Penal de 1822 cuyo Capítulo IX del Título III trataba "De la fabricación, venta, introducción y uso de armas prohibidas".

El precepto citado está construido como una norma penal en blanco con obligada remisión al Real Decreto 137/1993, de 29 de enero que aprueba el Reglamento de armas llevando su Sección 4ª el título de Armas Prohibidas, comprendiendo los artículos 4 y 5.

Planteada la posible inconstitucionalidad del artículo 563 del Código Penal, fue resuelto por el Pleno del Tribunal Constitucional en Sentencia 24/2004, de 24 de Febrero, cuyo fundamento octavo estableció: "8. Recapitulando todo lo expuesto hasta ahora, a tenor del art. 563 CP las armas cuya tenencia se prohíbe penalmente son, exclusivamente, aquellas que cumplan los siguientes requisitos: en primer lugar y aunque resulte obvio afirmarlo, que sean materialmente armas (pues no todos los objetos prohibidos con ese nombre en la norma administrativa lo son); en segundo lugar, que su tenencia se prohíba por norma extrapenal con rango de ley o por el reglamento al que la ley se remite, debiendo excluirse del ámbito de prohibición del art. 563 DP todas aquellas ramas que se introduzcan en el catálogo de los arts. 4 y 5 del Reglamento de armas mediante una Orden ministerial conforme a lo previsto en la disposición final cuarta, por impedirlo la reserva formal de ley que rige en materia penal; en tercer lugar, que posean una especial potencialidad lesiva y, por último, que

la tenencia se produzca en condiciones o circunstancias que la convierta, en el caso concreto, en especialmente peligrosa para la seguridad ciudadana, quedando excluida la intervención del Derecho penal cuando no concorra realmente ese concreto peligro sin perjuicio de que se acuda, en ese caso, al Derecho administrativo sancionador (STC 111/1999, de 14 de junio, FJ 3).

A través de esta interpretación restrictiva, el tipo resulta compatible con las exigencias constitucionales derivadas del principio de legalidad, tanto desde la perspectiva de las garantías formales y materiales inherentes al principio de reserva de ley, como desde la perspectiva de la proporcionalidad de la reacción penal; pues bien solamente así entendido el precepto puede ser declarado conforme a la Constitución. Todo ello sin perjuicio de dejar constancia de la conveniencia de que el legislador defina expresamente el tipo del art. 563 CP con mayor precisión formal."

En el sentido indicado ya se había pronunciado, en parte, la Consulta 14/1997 de la Fiscalía General del Estado, y el Tribunal Supremo. Así una vez descartada una acotación de las armas prohibidas o las de fuego, TS 1-6-1999, la de fecha 22 de enero de 2001 vendría a distinguir dos figuras distintas en el artículo 563 del Código Penal: la tenencia de armas de fuego prohibidas y la tenencia del resto de armas prohibidas. El primero se configura como un delito de peligro abstracto, pretendiéndose un control de las armas de fuego reglamentadas, a partir de las correspondientes licencias, así como un control de las armas no reglamentadas, cuya mera tenencia se considera peligrosa, aún a pesar de no haberse concretado, ni en uno ni en otro caso, peligro alguno. Mientras que en la tenencia de armas no de fuego prohibidas se protege no solo la seguridad pública en abstracto sino también la vida y la integridad física de las personas, siendo necesario un plus de peligrosidad, como es el que se derivaría de su uso en circunstancias tales que pusieran en concreto peligro, no sola la seguridad pública sino también la individual de la persona agredida. Y así se dice "la tenencia de cualesquiera de las armas que el vigente reglamento considera prohibidas, fuera de los ámbitos reservados de su poseedor y/o en condiciones de causar peligro a terceros será sancionada penalmente, no en atención al peligro abstracto que trata de sancionar

la tenencia ilícita de armas, sino, por el peligro concreto que dichas armas y medios peligrosos puedan originar a terceros."

De otra parte no cabe desconocer los condicionantes que derivan de la configuración del artículo 563 como un tipo penal en blanco en el que la conducta jurídico penal no se encuentra exhaustivamente prevista en ella y remite para su integración a otras normas distintas, que pueden incluso tener carácter reglamentario TC Pleno S. 34/2005, de 17 de febrero, exigiéndose tres requisitos: a) que el reenvío normativo sea expreso; b) que esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal, y c) que la Ley además de señalar la pena, sea de la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente pensada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal remite.

Partiendo de lo expuesto la tenencia de sprays de defensa personal no homologados es atípica, pese a la previsión del artículo 5 del Reglamento de armas, al no depender de una concreta voluntad de la norma reglamentada a través de una previsión concreta, que por sí misma y directamente, permita conocer aquella condición de prohibida, haciéndose depender de un órgano administrativo, el Ministerio de Sanidad y Consumo previo informe de la Comisión Interministerial Permanente de Armas y Explosivos (C.I.P.A.E.). No se cumplen los requisitos constitucionales de concreción que la norma penal en blanco requiere de la norma o lo que se hace el reenvío, T.S. 9-2-2001.

En lo que hace a las defensas extensibles del informe del Comandante de la Guardia Civil don Basilio, folio 4288, que fue ratificado judicialmente, formaría parte el emitido por el Sargento Interventor de Armas, Julio 4293, en el que se indica que las defensas extensibles no vienen expresamente recogidas en el reglamento de armas, lo que ha dado lugar a varias consultas a la C.I.P.A.E. que ha venido a considerarlas en el artículo 5.1c del Reglamento de Armas. El propio informe revela un estado de duda, incompatible con la certeza que requiere la norma penal máxime cuando no consta las características de las intervenidas tanto en el local "Taj Mahal" como a los distintos acusados.

Igualmente hay que excluir del concepto de armas prohibidas la pistola de bolas marca GYMA modelo 618 intervenida a Narciso que, el ya citado informe incluye en el artículo 5.2 del reglamento de armas: imitaciones de armas de fuego que por sus características extremas puedan inducir a confusión sobre su auténtica naturaleza, aunque no puedan ser transformadas en armas de fuego, estando autorizado la tenencia en el propio domicilio como objeto de adorno o de coleccionista. La imitación de un arma no es un arma. También queda afuera del tipo penal el Revolver Crossman intervenido a Carlos María, cuya tenencia y uso sólo requiere una tarjeta de Armas cuya expedición es competencia municipal y que el uso se haya en lugar habilitado al efecto.

Las llaves del pugilato, nunchacos, xiriquetes y tonfa sí tienen la consideración de armas prohibidas incluidas en el artículo 4 del Reglamento de armas, salvo la tonfa que estaría comprendida en las prohibiciones relativas del artículo 5, y lo mismo cabe decir de algunas armas blancas intervenidas y cuyas características no se precisan. Empero como se ha dicho es preciso que la tenencia se produzca en condiciones o circunstancias que las conviertan en especialmente peligrosos para la seguridad ciudadana, configurándose como un tipo de peligro hipotético o potencial (delito de aptitud), no requiriendo un resultado concreto de peligro pero sí un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido. Con la excepción que se dirá tal aptitud no consta dado el lugar de intervención de las armas y que no consta su uso. La posibilidad de vincular el juicio de peligrosidad al hecho de que algunos tenedores de las armas formaban parte, como directivos o miembros activos, de una asociación Skinhead Nacionalsocialista, o cuando menos simpatizaban con ella, tal sería el caso de Abel, no permite afirmar el juicio de peligrosidad por cuanto supondría la configuración de un derecho penal de autor inadmisibles, resultando llamativo que pese a los controles efectuados a lo largo del tiempo a los asistentes a los conciertos organizados por Blood & Honour no conste la intervención de armas prohibidas o que se hayan producidos altercados o incidentes. Solo consta la intervención a Valentín de un acta de infracción administrativa por incautación de una arma blanca.

NOVENO.- Consideración aparte merecen en primer lugar las defensas eléctricas intervenidas en el local "Taj Mahal", comprendidas en el artículo 5.1c del Reglamento de Armas y cuyas características ya hemos expuesto, atendiendo a la pericial practicada, si bien que limitada a la traducción de la hoja de instrucciones que acompañaba a las defensas, y la verificación su correcto funcionamiento. El Ministerio Fiscal solicitó en el curso de la instrucción un informe sobre si podían provocar fuertes contracciones con descontrol del sistema neuromuscular, pérdida de equilibrio y quebrando grave de la integridad que no llegó a realizarse, Folio 4.409, pero es posible afirmar la capacidad lesiva de las defensas eléctricas Power 200. La potencia es de 200.000 y entre sus efectos, para el caso de descarga media y plena se encuentra la caída al suelo y el aturdimiento o pérdida de orientación, lo que los hace incursas en el artículo 563 del Código Penal y así se ha considerado por el Tribunal Supremo en sentencia de 17 de noviembre de 2003 para una defensa eléctrica de descargas entre 35 y 50 mil voltios "que puede provocar fuertes contracciones con descontrol del sistema neuromuscular y posibilidad de originar pérdida de equilibrio", y 1390/2004, de 22 de noviembre, para una defensa de descarga de 65.000 voltios.

El plus de peligrosidad exigido por el artículo 563 viene dado por la forma de disponer de las armas: en un local cerrado durante el transcurso de un concierto al que asistían numerosas personas, más de trescientas, y a disposición de quien quisiera comprarlas, con el riesgo hipotético, que no otro es exigido, de su utilización con motivo de cualquier incidente o altercado, algo no insólito durante la celebración de un concierto en una discoteca o sala de fiestas en la que se expenden además bebidas alcohólicas.

En segundo lugar la pistola Star calibre 7,65 dado su estado operativo y las condiciones de tenencia queda comprendida en el artículo 564.1 del Código Penal, por el contrario la tenencia pistola detonadora Molgova se considera, pese a las manipulaciones sufridas, atípica al estar inoperativa.

DÉCIMO.- Del delito de tenencia de armas prohibidas es responsable en concepto de autor Remigio, mientras que del de tenencia ilícita de armas de fuego lo es Calixto,

en cada caso por su realización voluntaria y material en los términos exigidos por el artículo 28 del Código Penal.

El Tribunal no considera probado la venta a Remigio, por parte de Nemesio, de armas distintas a las defensas extensibles intervenidas en el "Taj Mahal", extremo admitido por Nemesio y que además resulta de las observaciones telefónicas que son numerosas en orden a la compra de defensas y la forma de pago. Así resulta de las conversaciones transcritas a los folios 99 a 102, 119, y de todas las relativas al pago en Atocha y la dificultad para llevar el dinero, folios 124 a 127, 132, 136. La única conversación relativa a defensa eléctrica figuraría al folio 96-98, entre Remigio y Braulio en la que al final se habla de compra de "chispas".

Tampoco cabe admitir la disponibilidad de las defensas eléctricas por parte de todos los acusados. La prueba revela la jefatura de la asociación por Remigio, es él quien trata con Nemesio para las compras de las defensas, y también quien lleva la voz cantante en la conversación con Braulio al que le dice que tiene que hacer. Fuera de Remigio no hay elementos de juicio para afirmar que los otros miembros de la asociación, ya sean directivos o miembros activos, y cuya condena procede por el delito de asociación ilícita, tuviese una disponibilidad de las defensas eléctricas distinta de la que pudiera ser una mera detentación ocasional.

Calixto tiene en su domicilio, y en las circunstancias expuestas atendiendo a la diligencia de entrada y registro, un arma de fuego careciendo de los preceptivos permisos administrativos. Los datos relativos a la ubicación del arma, y demás efectos encontrados y vinculados a las armas de fuego, lleva a negar cualquier crédito a la adquisición de la pistola Star por interés de coleccionista. Más bien lo que aparece es una afición hacia las armas y su posible manipulación, con incumplimiento de las disposiciones legales por las que se regulan.

UNDÉCIMO.- Ni en la realización de los delitos por los que procede dictar sentencia condenatoria, ni en las personas que han de ser sancionadas por ello, concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Las defensas, al modificar sus conclusiones o con ocasión del trámite de informe, han solicitado la aplicación de la atenuante analógica de dilaciones indebidas del artículo 21.6 del Código Penal como muy cualificada, con la imposición, en el caso de dictarse sentencia condenatoria, de la pena inferior en dos grados, en su defecto, en un grado y en último lugar su acogimiento como atenuante simple, basándose simplemente en la fecha de inicio de los hechos y en la de enjuiciamiento.

Como se expone en la sentencia del TS 258/2006, de 8 de marzo, el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que no es identificable con el derecho procesal al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes, impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. Se trata, por lo tanto, de un concepto indeterminado que requiere para su concreción el examen de las actuaciones procesales, a fin de comprobar en cada caso si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado por su complejidad o por otras razones, y que sea imputable al órgano jurisdiccional y no precisamente a quien reclama. En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso González Dona Durán de Quiroga c. España y STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas c. España, y las que en ellas se citan).

Sin perjuicio de advertir que en momento alguno se ha formulado denuncia o queja por las posibles dilaciones indebidas, el inicio de la causa, a los efectos que ahora interesan, debe situarse en el 20 de abril de 2005, con ocasión de procederse a la detención de los acusados, salvo Nemesio, y a las entradas y registros en los domicilios, de tal suerte que la existencia del proceso incide ya en la situación procesal y personal.

Con una celeridad difícilmente comprensible el 20 de diciembre de 2005, folio 4.150, se dicta auto acordando la continuación de la causa por los trámites del procedimiento

abreviado que es recurrido por el Ministerio Fiscal y, estimada la impugnación, auto de 2 de marzo de 2006 se acuerda la práctica de toda una serie de diligencias pedidas por el Ministerio Fiscal: declaración como imputado de Nemesio, testifical del propietario del local de la calle Canarias, informes sobre las diversas armas intervenidas, adveraciones de las transcripciones de conversaciones, peticiones de nuevas informes periciales en atención a las contestaciones recibidas, hasta que el 29 de febrero de 2008 se dicta nuevo auto acordando la transformación de la causa en procedimiento abreviado, calificando el Ministerio Fiscal en abril de 2008 y en junio la acusación popular, acordándose por auto de 25 de junio de 2008 la apertura del juicio oral, que se notifica, tal como dispone la ley, personalmente a los acusados a los que se requiere para el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias y en su caso designación de los preceptivos profesionales para su representación y defensa, sin que consten mayores incidencias que la necesidad de oficiar para la averiguación de domicilio de Calixto y de Paulino, y la interposición de un recurso manifiestamente improcedente, por ser contra el auto de apertura del juicio oral, por parte de la defensa de Nemesio y que fue inadmitido por resolución de 25 de agosto de 2008.

El primer escrito de defensa aparece presentado el día 14 de julio de 2008 y el último el 2 de diciembre de 2009 acordándose por providencia de 11 de enero de 2010 la remisión de las actuaciones a la Audiencia Provincial de Madrid para su enjuiciamiento.

Turnada la causa a esta Sección Tercera por auto de 11 de marzo de 2010 se resolvió sobre la prueba y se señaló para la celebración del juicio oral los días 25 a 28 de mayo, 31 de mayo, y 1,2,7,8 9 y 10 de junio, si bien pudo concluirse el día nueve de junio.

Sin perjuicio de que todo puede mejorarse, no se aprecia ni en la instrucción en sentido estricto ni en lo que podríamos llamar tramitación procedimental, paralizaciones o <<tiempos muertos>>.

Cierto es que determinados informes y pericias pudieron pedirse desde el primer momento y de oficio por el Instructor, como son los relativos a las armas, la habilitación

o falta de ella por parte Calixto, composición de los gases de defensa, sin descargar la investigación en el Ministerio Fiscal, pero no cabe desconocer el número de acusados, la extensión de la causa, que hasta el auto de apertura del juicio oral alcanzaba los 4.495 folios, a los que se adiciona ocho carpetas archivadoras con sus correspondientes anexos. La dimensión cuantitativa explica además que el traslado a las partes haya sido sucesivo y no simultáneo, lo que tiene especial importancia, dado su número, con relación a las defensas cuyo trámite para calificar se extiende durante año y medio pero sin que ninguna formule protesta u objeción alguna.

DECIMOSEGUNDO.- En lo que hace a la individualización de las penas habrá que estar a las circunstancias personales y a la mayor o menor gravedad del hecho, artículo 66.1.6 del Código Penal.

Pese al rechazo de la atenuante de dilaciones indebidas no cabe desconocer que el enjuiciamiento de los hechos tiene lugar transcurridos cinco años desde el inicio de la causa, y sin pretender minusvalorar la gravedad de los hechos en lo que hace al delito de asociación ilícita, y el absoluto rechazo que merece, el núcleo de Blood&Honour, incluyendo los miembros activos, presenta una dimensión personal y una infraestructura reducida. Por ello se considera ajustada a la previsión legal la imposición de las penas previstas en el artículo 517 en su extensión mínima, fijando la cuota de multa en el supuesto del apartado primero en 6 euros día, 180 euros al mes. Si bien no consta la situación económico patrimonial de Remigio y Agapito y de Calixto tampoco aparece una situación de indigencia o de miseria, por lo que la cuota indicada se considera asumible.

Por lo que se refiere al delito de tenencia de armas prohibidas, por el que procede la condena de Remigio, se considera aquilatada a la gravedad del hecho la pena de prisión de un año en la medida que las circunstancias en las que tiene lugar la disponibilidad son ya valoradas para apreciar el tipo penal.

No ocurre lo mismo con Calixto y el delito de tenencia de armas de fuego. Junto a la pistola Star se le interviene también una pistola detonadora manipulada, en aras a

convertirla, de no haberlo hecho ya y ser el fallo posterior a la manipulación, en arma de fuego, numerosas munición y elementos armamentísticos, por lo que la pena de prisión se fija en el grado medio, un año y seis meses.

Todas las penas de prisión llevarán consigo la accesoria residual de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, artículo 56.1.2 del Código Penal.

DECIMOTERCERO.- Que las costas vienen impuestas por la Ley a toda persona responsable criminalmente de un delito o falta, artículo 123 del Código Penal, debiendo declararse de oficio las correspondientes a los acusados absueltos o, en la parte correspondiente, al delito por el que se absuelve.

En el presente caso son 18 los acusados y la imputación es de dos delitos para cada uno, salvo a Nemesio al que se le atribuye una sola conducta punible, resultando así como divisor de las costas el número treinta y cinco, con el que habrá que operar para atribuir a cada acusado tantas porciones como delitos por los que resulte condenado y declarar de oficio tantas porciones como delitos por los que ha sido absuelto, TS 31-7-2006 con cita de las de sin incluir en la condena en costas las correspondientes a la acusación popular.

Igualmente no procede condenar en costas a la acusación popular, en la parte correspondiente, con relación a los delitos por los que se absuelve.

Como se expone en la sentencia del TS de 25 de enero de 2006, no existe una definición legal sobre los conceptos de temeridad y mala fe que emplea el art. 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para establecer la condena en costas al querellante por lo que ha de reconocerse un cierto margen de valoración subjetiva en cada caso concreto. No obstante lo cual debe entenderse que tales circunstancias han concurrido cuando carezca de consistencia la pretensión acusatoria en tal medida que no puede dejar de deducirse que quien la formuló no podía dejar de conocer lo infundado y carente de toda consistencia de tal pretensión y, por ende, la injusticia de la misma, por lo que en tal caso debe pechar con los gastos y perjuicios económicos ocasionados a

los acusados con tal injustificada actuación, sometiéndoles no sólo a la incertidumbre y angustia de ser acusado en un proceso penal, sino también a unos gastos que no es justo que corran de su cuenta.

No es ello, atendiendo a las conclusiones definitivas de la acusación particular coincidentes con el Ministerio Fiscal en lo que hace a la calificación, lo ocurrido en la presente causa respecto de los acusados absueltos y las pretensiones punitivas no acogidas, sustentadas en los necesarios indicios vinculados a su vez a los tipos penales por los que se formulaba acusación, razón por la que el juicio oral aparecía como necesario y no fruto de una actuación irresponsable de la acusación particular.

DECIMOCUARTO.-De conformidad con lo dispuesto en el artículo 520 de la L.E.Cr. procede acordar la disolución de la asociación lo Blood&Honour lo que conlleva la realización de publicaciones, disposición de una página en Internet o cualesquiera otras actividades, lo que se comunicará a los Registros de Asociaciones, artículo 41 de la L.O. 1/2002, de 22 de marzo reguladora del Derecho de Asociación.

En aplicación de lo ordenado en el artículo 127 del Código Penal procede el comiso de los efectos intervenidos a los acusados, en sus domicilios, vehículos o lugar de trabajo, así como en la sede de la Calle Canarias, con excepción del cubotán ocupado a Urbano, quedando comprendido en el decomiso los efectos correspondientes a los acusados absueltos, por todos los delitos o con relación al de tenencia de armas prohibidas, en aplicación de lo previsto en los artículo 742 y 635.5 de la L.E.Cr., dándose a los efectos el destino legalmente previsto.

Vistos, además de los citados, los preceptos legales pertinentes del Código Penal y Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS

Que debemos absolver y absolvemos libremente a Nazario, Abel e Paulino de los delitos de asociación ilícita y tenencia de armas prohibidas de los que venía acusados por el Ministerio Fiscal y la acusación popular, declarando de oficio 6/35 partes de las costas procesales alzando, sin perjuicio de lo acordado respecto del comiso de efectos, las medidas cautelares personales o reales acordadas y que subsistan.

Que debemos absolver y absolvemos libremente a Agapito, Fulgencio, Narciso, Carlos María, Jaime, Valentín, Braulio, Isidro, Urbano, Carmelo, Juan Ramón, Efrain y Nemesio, del delito de tenencia de armas prohibidas del que venía acusados, declarando de oficio 13/35 partes de las costas procesales.

Que debemos condenar y condenamos a Remigio como autor penalmente responsable de un delito de asociación ilícita del art. 515.5º en relación con el art.517.1 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de prisión de dos años, multa de doce meses con una cuota de 180 euros/mes e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis años, y como autor penalmente responsable de un delito tenencia de armas prohibidas, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de prisión de un año, así como al pago de 2/35 partes de las costas procesales.

Que debemos condenar y condenamos a Calixto como autor penalmente responsable de un delito de asociación ilícita del art. 515.5º en relación con el art.517.1 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de prisión de dos años, multa de doce meses con una cuota de 180 euros/mes e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis años, y como autor penalmente responsable de un delito tenencia ilícita de arma de fuego, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de prisión de un año y seis meses, así como al pago de 2/35 partes de las costas procesales.

Que debemos condenar y condenamos a Agapito como autor penalmente responsable de un delito de asociación ilícita del art. 515.5º en relación con el art.517.1

del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de prisión de dos años, multa de doce meses con una cuota de 180 euros/mes e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis años y pago de 1/35 parte de las costas procesales.

Que debemos condenar y condenamos a Fulgencio, Narciso, Carlos María, Jaime, Valentín, Braulio, Isidro, Urbano, Carmelo, Juan Ramón y Efraín como autores penalmente responsable de un delito de asociación ilícita del art. 515.5º en relación con el art.517.2 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de prisión de un año y multa de doce meses con una cuota de 180 euros/mes y al pago cada uno de 1/35 parte de las costas procesales.

Las penas de prisión llevan consigo la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena.

El impago de las penas de multa, acreditada la insolvencia, llevará consigo la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas.

Se acuerda la disolución de la asociación Blood&Honour, lo que se comunicará a los Registros de Asociaciones, y el comiso de los efectos intervenidos en los términos expuestos en el fundamento decimocuarto.

Para el cumplimiento de las penas de privación de libertad será de abono el tiempo de privación cautelar sufrido en la presente causa.

Contra esta resolución cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo por término de cinco días a partir de la última notificación.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de Sala, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

