

DEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

AUDIENCIA NACIONAL

Sentencia 32/2015, de 23 de noviembre de 2015

Sala de lo Penal

Rec. n.º 3/2014

SUMARIO:

Enaltecimiento del terrorismo. Condena a un año y seis meses de prisión como autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo a un hombre por colgar un vídeo en YouTube que exaltaba o glorificaba la figura de Osama Bin Laden en «clave o sintonía» de publicitación de los planteamientos yihadistas violentos defendidos por el personaje y, en definitiva, de exaltación y propaganda de ideas de carácter terrorista a través de la exacerbación de sus símbolos, personajes, imágenes o mensajes comunicativos. Los vídeos colgados exceden de la libertad de expresión, de ideas constitucionalmente protegidas y entran dentro de las conductas prohibidas como enaltecer el terrorismo yihadista. No ha prosperado el argumento del acusado de que el ordenador portátil donde se elaboraron y donde se encontraron las imágenes pudo ser utilizado por otras personas, tesis que aún de ser cierta, según la Sala, ha quedado sin ningún género de duda probado que era propiedad del acusado, que lo habría prestado para aquellos fines, teniendo en cuenta que la realización de dichos vídeos implican decenas de horas de trabajo, tiempo durante el que el acusado necesariamente tuvo que conocer para que se estaba utilizando el ordenador.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 28, 54, 55, 56, 66, 571, 578 y 579.2.
Constitución Española, art. 18.

PONENTE:

Don José Ricardo Juan de Prada Solaesa.

AUDIENCIA NACIONAL SALA DE LO PENAL SECCIÓN SEGUNDA

20107

N.I.G.: 28079 27 2 2008 0005927

DILIGENCIAS PREVIAS PA 289/2008

JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN nº 4

ROLLO DE SALA DE PROCEDIMIENTO ABREVIADO 3/2014

MAGISTRADA/OS DEL TRIBUNAL:



www.civil-mercantil.com

D^a CONCEPCIÓN ESPEJEL JORQUERA (PRESIDENTA) D. ANGEL HURTADO
ADRIAN

D. JOSE RICARDO DE PRADA SOLAESA (PONENTE)

En Madrid a veintitrés de noviembre de dos mil quince.

Ha sido sustanciado en juicio público por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, con la composición de tribunal arriba indicada, el presente Procedimiento Abreviado 3/2014, dimanante de las Diligencias Previas de Procedimiento Abreviado 298/2008, procedentes del Juzgado Central de Instrucción n° 4 de la Audiencia Nacional, por delito de enaltecimiento del terrorismo y se dicta la presente,

SENTENCIA

Y en la que han sido partes, como acusado:

Sergio Javier , nacido en Tanger (Marruecos) el día NUM000 de 1.985, con NIE. NUM001 , y domiciliado actualmente en Alemania, en DIRECCION000 , NUM002 (52428 Julich-Deutschland), defendido por la letrada Dña. Matilde Izquierdo Orcajo y representado por la procuradora de los tribunales Dña. Cristina Méndez Rocasolano.

Ha estado en libertad provisional durante la tramitación del procedimiento y su estado de solvencia no ha quedado acreditado.

La acusación fue mantenida por el Ministerio Fiscal, representado por D^a Dolores Delgado García.

I. ANTECEDENTES PROCESALES

Primero.

Por el Juzgado Central de Instrucción n° 4 de la Audiencia Nacional, se incoó Diligencias Previas de Procedimiento Abreviado n° 289/2008, con fecha 4.12.2008 , como consecuencia de la judicialización de la investigaciones policiales, por oficio policial de 1.12.2008, que servía de base a las peticiones de intervención telefónica de varios números de teléfono correspondientes a varias personas, entre ellas Sergio Javier , sospechosas de estar realizando labores de proselitismo y de captación de jóvenes musulmanes para su adoctrinamiento, singularmente en relación con un menor de edad que había recibido tratamiento psiquiátrico y la puesta en conocimiento de la policía de las manifestaciones realizadas por éste, dando lugar al inicio de las investigaciones policiales.

La investigación policial, bajo control judicial, referida a varias personas además de la que es objeto de acusación en el presente, en la que se intervinieron diversas líneas telefónicas correspondientes a varias personas, se extendió temporalmente hasta que el Juzgado Central archivó provisionalmente el procedimiento por auto de fecha 18.10.2010 -f. 1079 y ss -, tras la detención y enjuiciamiento en Marruecos por pertenencia a organización terrorista de varios de los investigados y la recepción de la comisión rogatoria cursada a dicho país y al no existir en aquel momento actividad investigadora por parte de la policía, al haberse trasladado el acusado a Cataluña, fuera del ámbito de actuación de la fuerza policial -Jefatura



www.civil-mercantil.com

Superior de Policía de Canarias. Brigada Provincial de Información. Grupo III de las Palmas-que llevaba las investigaciones.

La reapertura de las diligencias se produjo por Auto del Juzgado Central de Instrucción de 21.12.2010 -f. 1227 y ss. -, reiniciándose las investigaciones respecto de Sergio Javier tras su regreso a Gran Canaria, siendo sometido a observación telefónica, y a través de ellas a investigaciones complementarias que determinaron su detención, el registro de su domicilio judicialmente autorizado y declaración policial y judicial, quedando en situación de libertad, continuándose la investigación de los nuevos hechos averiguados.

Segundo.

Por Auto de fecha 13.02.2013 el juzgado instructor acordó que las citadas Diligencias Previas se transformaron en Procedimiento Abreviado por un supuesto delito de enaltecimiento de terrorismo (art 578 CP) contra Sergio Javier . Por el Ministerio Fiscal se presentó escrito de acusación fechado 13.02.2013.

Sergio Javier , trasladó su domicilio a Alemania, dándosele traslado de las anteriores resoluciones vía comisión rogatoria a dicho país.

Se dictó Auto de apertura de juicio oral ante la Sala de lo Penal, por auto de fecha 04.11.2013. Por la defensa se solicitó el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, petición que fue denegada por resolución del juzgado de fecha 28.02.2014, presentándose escrito de defensa en fecha 24.03.2014 y remitiéndose las actuaciones a la Sala para su enjuiciamiento, por proveído de 25.03.2014 siguiente.

Tercero.

Remitido el procedimiento a esta Sección Segunda se formó Rollo de Sala nº 3/ 2014, y por Auto de 11.04.2014 , se admitió la prueba propuesta por las partes y el señalamiento de la celebración de la vista oral para el 16.09.2014.

Cuarto.

La vista oral no pudo realizarse por la imposibilidad de comparecencia del acusado quien tenía prohibida su salida del territorio alemán y la imposibilidad de realizar el juicio en ausencia, dada la entidad de la pena de inhabilitación solicitada por el Ministerio Fiscal.

Quinto.

Se señaló nuevamente para juicio oral el 1.10.2015 pasado, celebrándose la vista, a la que asistió personalmente el acusado, asistido por su defensa y el Ministerio Fiscal, practicándose la totalidad de la prueba propuesta: declaración del acusado, testifical, pericial y documental. Practicándose tanto la testifical como la pericial técnica por medio de videoconferencia.

Sexto.

El Ministerio Fiscal consideró en sus conclusiones definitivas que los hechos eran constitutivos de un delito de enaltecimiento del terrorismo del artículo 578 y 579.2 CP en su redacción vigente en la fecha de los hechos, de los que era penalmente responsable en concepto de autor del delito el acusado Sergio Javier (artículo 28 CP), sin que concurra

www.civil-mercantil.com

ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, por lo que procede imponerle, por el delito, la pena de dos años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación absoluta durante ocho años; así como su condena en costas.

Séptimo.

La defensa del acusado solicitó la libre absolución de su defendido, planteando como cuestión previa la nulidad de las intervenciones telefónicas, así como del resto de las pruebas que trajeran causa de las mismas, negando la participación en los hechos de su defendido.

III. RAZONAMIENTOS JURIDICOS

Primero. Prueba practicada. Validez, resultado y análisis probatorio.

A) RESPECTO DE LA VALIDEZ PROBATORIA DE LAS ESCUCHAS TELEFONICAS.- Como cuestión previa, la defensa reiteró su impugnación de las observaciones telefónicas y la nulidad de la actuaciones posteriores, tanto respecto de su otorgamiento inicial como a sus ulteriores prorrogas, por considerar que éstas fueron infundadas, por falta de resolución judicial suficientemente motivada que las diera cobertura, tal como exige el art. 18 de la CE y la jurisprudencia del TC y del TS emanada en la interpretación del mismo. En ese sentido manifestó que la primera resolución judicial no cumplía los indicados requisitos de motivación y base fáctica para permitir la intervención. El procedimiento se inició en el año 2008 y se mantuvo hasta 2011 y durante este tiempo se estuvieron pidiendo al JCI por la policía continuas intervenciones del teléfono del acusado, que fueron denegadas aunque se admitieron respecto de otras personas que tenían relación con él.

Fue posteriormente a que, como consecuencia de un viaje a Marruecos fueran allí detenidos, juzgados y condenados estos otros investigados y archivada la causa en España, cuando se vuelve a pedir por la policía la intervención de las conversaciones telefónicas del acusado, no basándose en hechos nuevos sino en unos hechos anteriores que no tenían nada que ver con los que son ahora objeto de enjuiciamiento por apología del terrorismo. El auto del juzgado tiene como base el oficio policial de 26.11.2009 que consta a folios 679 y ss. de las actuaciones, que se refiere a hechos pasados, investigados y por los que ya se habían sobreseído las actuaciones y denegadas las intervenciones respecto del acusado por considerar, según se dice, que las conversaciones interceptadas eran intrascendentes en relación con los hechos que se venían investigando. La primera intervención del teléfono del acusado se remonta al 3.12.2009, sin referirse a hechos concretos, pero se refiere a unos hechos pasados y que dieron lugar a unas actuaciones, pero respecto de los que se acordó posteriormente el sobreseimiento. Las intervenciones están basadas en las denuncias de dos personas Constancio Bartolome y Herminio Tomas , pero sin haber sido objeto de contradicción, que no pueden servir de pruebas, y luego por otros elementos insustanciales como el mero aspecto físico, las reuniones con otras personas en un tetería marroquí sin referirse a que estuvieran llevando a cabo actividad alguna o conversaciones de teléfono no contrastadas, sin ninguna relación con el delito que es objeto finalmente de acusación.

Considera, por tanto, que el resultado de las escuchas es nulo, por la inconstitucionalidad de éstas, así como el resto de las pruebas en conexión con ellas.

El Ministerio Fiscal se opuso a dicha nulidad y consideró que las intervenciones se basaron en las investigaciones llevadas a cabo por la Comisaria de las Palmas por posible



www.civil-mercantil.com

delito terrorismo y realización de actividades terroristas y estaban fundadas en la existencia de declaraciones de dos personas, una de ellas menor de edad, que eran objeto de posible recluta para la realización de actos terroristas. En el curso de las investigaciones otra persona es detenida, juzgada y condenada en Marruecos por su actividad terrorista. Por su parte, Sergio Javier se va a Barcelona y allí cesa temporalmente su seguimiento, y se reanuda cuando regresa de nuevo a Las Palmas que continúan la investigación respecto de él y se le intervienen de nuevo los teléfonos, lo que se va justificando en cada una de las resoluciones de intervención y de prórroga, en las que se hacen constar las razones para llevar a cabo la interceptación y control de sus comunicaciones.

Planteado en los indicados términos el debate, la Sala no puede considerar que tanto la autorización de intervención inicial de las comunicaciones de Sergio Javier realizada por auto de fecha 24.02.2009 -f. 34 y ss-, como la posterior por auto de 18.04.2011, que se realiza tras el sobreseimiento provisional de las actuaciones no estén debidamente razonadas y suficientemente justificadas y no respondan a idéntica razón de investigación de una misma actividad delictiva en la que se enmarca los hechos que son objeto de acusación.

En los informes policiales que dan inicio a la judicialización de la investigaciones e inicio del procedimiento judicial y que sirven de base a las peticiones de intervención telefónica -primero oficio policial de 1.12.2008 - se deja constancia que la razón de la investigación es precisamente la sospecha fundada de realización de labores de proselitismo y de captación de jóvenes musulmanes para su adoctrinamiento, en relación con un menor de edad - Herminio Tomas nacido el NUM013 .1990 - al que el acusado y otras personas habrían tratado de captar e incluso sugerido la conveniencia de cometer un atentado terrorista en un centro comercial. El juzgado central tras incoar las diligencias previas -f. 8-, por auto de 4.12.2008 -f.9 y ss- decide que con la información policial por si sola no es suficiente para autorizar las intervenciones y decide que se reciba declaración a al menor, ya en aquel momento mayor de edad y los profesionales médicos que le asisten. La policía toma declaración a Herminio Tomas -f.25 y ss - en la que éste manifiesta que se habían incrementado las presiones que estaba recibiendo por parte de Sergio Javier y Nemesio Aurelio y que "llegaron a agobiarle, ya que tras invitarle a rezar, pasaron a hacerle propuestas tales como: "que los maricones no sirven para nada, que había que matarlos a todo; y que ellos podían conseguirle explosivo para explotarlo en el Jumbo, y que si él estaba dispuesto a hacerlo, eso estaría bien visto a los ojos de Alá". Que una vez le hicieron esta propuesta comenzaron a presionarle mucho, y entonces es cuando se volvió loco, y le tuvieron que ingresar, estando en la actualidad en tratamiento". Igualmente se toma declaración al médico siquiatra que le trata -f 28 y ss- y emite su opinión sobre la verosimilitud de lo declarado por Herminio Tomas . La policía acompaña estos testimonios a la nueva solicitud e informe - f. 14 y ss- a través del que insta nuevamente la intervención del teléfono de Sergio Javier y de otras personas, lo que sí es autorizado en esta ocasión por el juez, tras informe favorable del Ministerio Fiscal -f. 31 y ss - por auto de fecha 24.02.2009 -f. 34 y ss- , dentro de la investigación de un posible delito de terrorismo, denegándose en el mismo auto la intervención del teléfono perteneciente a una tercera persona, todo ello con base en los antecedentes aportados por la policía que se consideran suficientes a los efectos de justificar un medio de investigación extraordinario como es el de las escuchas telefónicas.

Se produce la prórroga de la intervención del teléfono del acusado por auto de 24.03.2009 -f. 66- tras oficio policial en que se solicita - f. 43 y ss- y se da cuenta al juzgado del progreso de las investigaciones- f. 52 y ss-. Finalmente por el juzgado se deniega nueva solicitud de prórroga -oficio policial a f. 113 de 14.04.2009- respecto de Sergio Javier , aunque si se admite respecto de otras personas, por auto de 21.04.2009 - f. 166 y ss-, no obstante contar con informe favorable a la misma del Ministerio Fiscal. Las investigaciones continúan

DEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

respecto de otras personas - Bernardino Camilo y Nemesio Aurelio -, aunque se detecta que se encuentran en Marruecos -oficio policial de 30.07.2009 a f. 364 y ss- .

Se acuerda nuevamente la intervención del número de teléfono aportado por la policía como perteneciente a Sergio Javier por auto de fecha 03.12.2009 -f. 714 y ss- tras oficio policial de fecha 26.11.2009 -f. 679 y ss, en el que se hace referencia a las labores de proselitismo y captación de menores que se estaría llevando a cabo nuevamente por Sergio Javier , en este caso respecto del menor Constancio Bartolome -declaración policial a f. 693 y ss-. Sin embargo es la policía actuante la que por siguiente oficio de fecha 29.12.2009 -f. 728 y ss- comunica al juzgado la ineffectividad de las escuchas sobre el teléfono solicitado como perteneciente a Sergio Javier , que no ha registrado actividad, a la vez que se comunica que otros investigados se encuentran en Marruecos, acordándose seguidamente por el juzgado, por proveído -f. 750- el cese de las intervenciones de sus teléfonos.

El Juzgado Central archivó provisionalmente el procedimiento - auto de fecha 18.10.2010 a f. 1079 y ss -, tras comisión rogatoria cursada a Marruecos y al no existir en aquel momento actividad investigadora por parte de la policía, entre otras razones por las indicadas por los testigos policías comparecientes al acto de la vista policías con números de carnet profesional NUM014 y NUM015 , instructor y secretario de las diligencias que manifestaron ante la Sala el curso de las mismas y en concreto respecto del acusado, su traslado a Barcelona durante un periodo de tiempo coincidiendo con la marcha de otros investigados a Marruecos, lo que determinó que no continuaran la investigación respecto de ninguno de ellos no presentes en las Islas Canarias, lugar de actuación de la fuerza policial -Jefatura Superior de Policía de Canarias. Brigada Provincial de Información. Grupo III de las Palmas- que llevaba las investigaciones.

Por la fuerza policial actuante se remitió al juzgado el informe final de las investigaciones llevadas a cabo hasta el momento y de la Comisión Rogatoria enviada a Marruecos -Informe Operación Quijote a f. 1081 y ss- en el que se recoge la actuación atribuida a cada uno de los investigados, lo que dio lugar a petición de nuevas diligencias por parte del Fiscal -escrito de 17.12.2010 a f. 1225 y ss.-, que dio lugar a la reapertura de las diligencias por Auto del Juzgado Central de Instrucción de 21.12.2010 a f. 1227 y ss - apenas dos meses después de su cierre provisional.

A f. 1246 y ss., consta nuevo oficio policial con el resultado de las diligencias solicitadas por el Ministerio Fiscal relativas a la localización de los testigos Constancio Bartolome y Herminio Tomas . Su declaración judicial - a f. 1271 y 1272- fue tomada el 15.03.2011, en ellas los referidos manifestaron haber sido objeto de intentos de adoctrinamiento y posible captación para actividades terroristas.

A f. 1291 consta nuevo oficio policial en el que se da cuenta de la presencia de Sergio Javier en Gran Canaria en la zona de Maspalomas en San Bartolomé de Tirajana y se reinician las investigaciones policiales sobre él, consistentes en observaciones y seguimientos, toma de testimonios de personas de su entorno o con las que se relacionaba -entre ellos Herminio Tomas - , lo que permite alcanzar ciertas conclusiones policiales respecto su radicalismo religioso y la realización de actividades individuales y en grupo del mismo tenor de las que anteriormente habían estado siendo investigadas hasta el cese de las intervenciones y el archivo de las investigaciones consecuencia de las circunstancias dichas.

Los hallazgos y conclusiones policiales son puestas nuevamente en conocimiento del juzgado por oficio de fecha 07.04.2011 -f. 1330 y ss- en el que se solicita sobre la base de los indicios que en él se indican la observación, mediante su interceptación técnica, de varios teléfonos entre ellos el de Imad, aportándose nueva declaración de Herminio Tomas respecto de reuniones de carácter religioso que mantiene en su domicilio con presencia de numerosas personas y en la que indica que Sergio Javier dispone de un ordenador y que se conecta a

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

internet a través de una señal wifi cerrada pero de la que ha descifrado su clave de acceso. Tras informe favorable del MF - f. 1344 y ss. - el Juzgado dicta auto de fecha 18.04.2011 -f. 1348 y ss- en que se acuerda la intervención de dos teléfonos, uno de ellos correspondiente a Sergio Javier , haciendo referencia a los indicios y conclusiones policiales expresadas en el oficio policial y la sospecha de que el acusado y otras personas podrían formar parte de un grupo Yihadista Salafista con conexiones internacionales y defensa de una visión violenta del Islam, que asume. Concretamente, como motivación fáctica, se refiere en el auto: "En concreto se expone en dicho escrito que las personas identificadas como Nemesio Aurelio , Eleuterio Nazario , Teodosio Teodoro e Sergio Javier , asentados en Gran Canarias, Bernardino Camilo , quien se encuentra en Melilla y Farkhana, así como Benedicto Dionisio que reside en Barcelona, todos ellos formarían parte de un grupo adscrito a la ideología Salafía Yihadia, con importantes contactos internaciones, los cuales defendían una versión radical y violenta del Islam, y mantenían el propósito de luchar contra el Gobierno y el Rey de Marruecos, mediante la comisión de atentados terroristas, además de mostrar también sus intenciones de atentar en territorio español, otra de las personas que participaba en las reuniones donde se trataban asuntos relacionados con el Islam más radical era Daniel Inocencio , que asimismo era uno de los pocos con los que Sergio Javier departía telefónicamente sobre religión, y se pone de manifiesto, además, que según todos los detalles de la investigación Sergio Javier , a pesar de intentar aparentar que no mantiene ningún vínculo con la religión, continúa siendo un firme defensor de las costumbres más rigoristas del Islam, de lo que se derivan sospechas fundadas sobre la presunta participación de las personas investigadas en la comisión de un presunto delito de Integración en Organización Terrorista y que a través de la intervención de sus conversaciones telefónicas se pueden obtener datos relevantes sobre la naturaleza de los hechos investigados, datos que no se pueden obtener de otra manera menos gravosa para los derechos de los investigados".

La prórroga de las intervenciones acordadas es solicitada por la policía por oficio fechado 06.05.2011 -f. 1355 y ss.- en el que se pone de manifiesto el resultado de las investigaciones a través de la intervenciones. Entre ellas se contienen referencias a la visión de videos con indiciariamente temática yihadistas y conversaciones mantenidas por el acusado con referencias a la muerte de Porfirio Jeronimo .

El auto de prórroga de las intervenciones dictado por el juzgado sobre la base de los elementos que constan en el anterior oficio policial es de fecha de 13.05.2011 - f. 1396 y ss- .

Finalmente en este análisis que ahora se realiza debe hacerse referencia al oficio policial de 26.06.2011 - f. 1403 y ss- en la que se da cuenta al juzgado del resultado de las intervenciones telefónicas, a los que nos referiremos.

La conclusión que de todo lo expuesto obtiene el tribunal en los términos en que hemos anticipado es que de ninguna manera puede hablarse de que tanto la autorización de intervención inicial de las comunicaciones de Sergio Javier por auto de fecha 24.02.2009 ni la posterior por auto de 18.04.2011, que da lugar al descubrimiento de la actividad de enaltecimiento terrorista fueron inmotivadas, carentes de fundamento, de carácter prospectivo o se refirieran a delitos diferentes de los que ahora se acusa.

La justificación de los autos judiciales contienen extractadamente los elementos indiciarios aportados por la policía en sus oficios. Dichos indicios son plurales y de distinta naturaleza, junto los que se refieren a conclusiones e interpretaciones policiales de los comportamientos, vestimenta, etc. del acusado y otras personas objeto de las investigaciones, están los que contienen referencias a testimonios de jóvenes que habrían sido objeto de adoctrinamiento y posible recluta para actividades terroristas de carácter yihadistas. Las investigaciones, por otra parte no se referían exclusivamente a Sergio Javier , también comprendían a otras personas, aunque cesaron cuando éstas lo hicieron respecto de ellas en



www.civil-mercantil.com

el momento en que salieron fuera del territorio español y fueron detenidas y juzgadas por hechos relacionados con la actividad investigada en España. Ha de tenerse en cuenta que la investigación policial, aunque se inició como consecuencia los actos de adoctrinamiento y recluta denunciados en los que estaría implicado el acusado, se amplió a las actividades de otras personas que fueron objeto de investigación y escuchas telefónicas, referidos a actividades terroristas y a la existencia de una célula terrorista. Las vicisitudes en la investigación relatadas no implican que la investigación se cerrara respecto del acusado. Los oficios policiales y los testimonios emitidos en el acto del juicio por el instructor y secretario de las diligencias dejan clara constancia de que se producen paralizaciones temporales, pero que son un continuo y que las intervenciones que se realizan a partir del auto de 18.04.2011, tras la reapertura no significa que se pretendieran investigar hechos nuevos sino continuar con la vigilancia sobre el acusado, ante la sospecha fundada de que pudiera sus actividades pudieran concretarse en un delito, tanto para la prevención como el descubrimiento del mismo. El delito de enaltecimiento terrorista finalmente detectado es una manifestación de la posible actividad delictiva por la que estaba siendo investigado el acusado. De ninguna manera responden a una investigación prospectiva por parte de la policía, ya que existían indicios fundados de que llevaba a cabo comportamientos delictivos que se concertarían en actos de las características de aquellos por los que finalmente ha sido acusado.

Por todo ello, a juicio de la Sala, el control sobre las comunicaciones telefónicas del acusado fueron legales y legítimas, por lo que son válidas como fuente de prueba y como consecuencia de ello son válidamente utilizables como prueba sus resultados, como también aquellas otras pruebas obtenidas a partir de las escuchas.

A) RESPECTO DE LA PRUEBA EFECTIVAMENTE PRACTICADA DURANTE EL JUICIO Y SU RESULTADO. Se practicó como prueba:

a) Declaración del acusado Sergio Javier . Negó la acusación. Manifestó conocer a Nemesio Aurelio) que tenía ideas yihadistas pro no tener especial relación con él. Sabe que Nemesio Aurelio fue juzgado y condenado como terrorista en Marruecos. Le llamó una vez cuando estaba en prisión, pero por solidaridad, para mostrarle que no se olvidaban de él, le saludo, nada mas. Se fue a Barcelona porque tiene una hija allí y no porque se marchara Nemesio Aurelio a Marruecos. Nemesio Aurelio decía a todo el mundo que tenía intención de ir a Yemen o Afganistan, pero él no, ni entonces ni ahora.

Reconoció fotográficamente a Casiano Eliseo cuando estuvo en la AN, pero no tenía relación con él.

Niega haber utilizado la cuenta de correo DIRECCION002 , que es muy frecuente y que hay mucha gente utiliza esa denominación. No declaró que le gustara ver videos de Porfirio Jeronimo . No pirateaba wifis de vecinos, solo si eran abiertos se conectaba.

En relación con su declaración en sede policial (a Folios 1593) niega algunos aspectos. Que la policía manipuló su declaración, hablaba de un video que hizo un chico Samuel Manuel , pero que se lo llevó, sin llegar a verlo. No escribió nada, la letra no es suya, no sabe quién escribió. La libreta no es suya. No sabe quiénes son los "Soldados de Porfirio Jeronimo ".

El ordenador era suyo, pero no tenía nada en el disco. Dio voluntariamente la clave de acceso, que no hubiera dado si hubiera algo. Le dijo la policía que borró los videos, pero no es cierto, no había nada en su ordenador.

Begoña Herminia es una chica de 17 años con la que tenía amistad y hablaban de sus cosas, pero no mucho de religión. Niega que le dijera que estuviera haciendo un documental. No recuerda nada del documental, hablaban de noticias de Aljazira, de lo que ocurre en Libia y en otros lugares.



www.civil-mercantil.com

No recuerda la conversación en que habla de colgar un video en internet.

Con Ruth Noelia , su mujer, hablaba con cierta frecuencia y no recuerda ninguna conversación en la que hablara de haber subido un video a YouTube y que había terminado a las seis de la mañana.

Tampoco recuerda la conversación con Begoña Herminia que se le atribuye y en que ella le relata sobre algunos pasajes del video, que dice que la vuelven loca.

No ha utilizado el perfil ni el canal YouTube Raton .

Por la policía se registró el domicilio en el que se encontraba de paso, donde llevaba viviendo una semana, ya que se iba a trasladar a Alemania donde estaba su mujer. Allí vivían 5 o 6 personas. Cuando entró la policía estaba en un rincón en el salón, con su maleta y sus cosas. El único ordenador que había era el suyo. Se conectaban a los wifis abiertos que había. La libreta que le enseñó la Policía no estaba en la casa. No era suya. Declaró voluntariamente en Comisaría. No tenían nada contra él. Le hicieron una muestra de escritura, no sabía nada de la libreta. Les enseñó su ordenador porque no tenía nada que ocultar. No ha subido nada a YouTube. Le dijeron que había borrado del ordenador, pero no era cierto. Los demás que vivían en la casa utilizaban mucho su ordenador, él estaba siempre en la playa o en el gimnasio y a su vuelta siempre encontraba gente utilizando su ordenador, que se lo tomaban prestado. A la casa también iba mucha gente.

Colaboró voluntariamente con la policía, aunque le dijeron que le iban a romper un brazo. Es cierto que vio al menor Iñigo Bernabe , a quién conoce. A este chico le vio en la comisaría esposado por un asunto de un robo y piensa que tiene algo contra él, pero no ha tenido nunca ningún problema con él, simplemente le conoce de la Isla.

No es religioso practicante.

b) TESTIFICAL POLICIAS NACIONALES

- Inspector con número de carnet profesional NUM014 . Realizada por videoconferencia. Fue el segundo instructor de las diligencias y recoge lo realizado por el anterior instructor. Se hizo cargo de las investigaciones en Febrero de 2011. Se trataban de investigaciones a raíz de la denuncia del menor llamado " Iñigo Bernabe ", al que estaban adoctrinando varias personas entre ellas el acusado.

Cuando se hizo cargo de las investigaciones, Sergio Javier había regresado ya a la isla desde Barcelona y las escuchas telefónicas continúan cuando éste regresa. Nemesio Aurelio ya no estaba siendo investigado porque fue condenado en Marruecos y ya no regresó a España.

Las intervenciones telefónicas en el procedimiento llevaban como 2 o 3 años y se seguían por actividad de proselitismo, captación de menores y delitos relacionados con el terrorismo.

Los indicios resultaban de las intervenciones telefónicas, pero también de las vigilancias en que se reunía con otras personas y también porque mantenía una actitud Takfir. Interpretan que se mostraba como una persona que en realidad no era para evitar que le identificaran como un musulmán radical.

Llegan al conocimiento de que había elaborado un video con contenidos yihadistas a través de las conversaciones telefónicas mantenidas, una con Ruth Noelia , su mujer, y otras dos conversaciones con una menor, Begoña Herminia . Por el contenido de las conversaciones y los sonidos de fondo que se escuchaban y que fueron posteriormente identificados en los videos, se veía como el acusado estaba elaborando videos, pero se desconocía en que plataforma estaban. Se buscaron videos que pudieran coincidir con lo que se había oído en las conversaciones telefónicas, en cuanto a contenido y duración. Realizaron búsquedas a través de las redes sociales abiertas de personas cercanas al acusado y encontraron que en el perfil

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

Facebook de otra persona que tenían como un amigo de Sergio Javier había colgado un video que podía corresponder con el buscado. Proceden a averiguar quién lo había subido, y averiguan que el usuario de canal es Raton . A partir de ahí averiguan a quien corresponde ese usuario. Detienen al acusado y realizan el registro de su domicilio, incautan el ordenador y la libreta en la que encuentran anotaciones. De todo ello llegan a la conclusión de que la persona que ha subido el video a Internet es el acusado Sergio Javier . Desde Google se informa que una determinada cuenta de correos, que está conectada con el usuario Raton , se ha abierto desde una determinada IP y desde Telefónica se informa que esta IP se asignó a un determinado usuario de línea de internet a la que se conectan por medio de wifi que tiene una clave de acceso que consta en la libreta incautada. Hacen comprobaciones sobre la cobertura de esta wifi en el domicilio registrado y ven que es accesible desde allí.

Encontraron el ordenador en el registro. Estaba en el salón y el acusado reconoció que era suyo. Había varias personas en la casa, recuerda que como tres. El disco duro del ordenador, según los técnicos que lo analizaron, había sido borrado.

Llegaron también a la conclusión de que el acusado utilizaba el usuario Raton , porque los videos localizados fueron elaborados y subidos desde el ordenador de Sergio Javier , que tenía en el disco duro fotografías que fueron recuperadas incluso anteriores al video, donde se encuentran además los medios para poder elaborar estos vídeos. También se encontraron las claves para acceder al wifi en la libreta incautada a Sergio Javier . Consideran que es Sergio Javier , y no otra persona, la que sube los videos, porque así resulta claramente de las conversaciones que mantiene con Ruth Noelia y Begoña Herminia , en la que les habla de los videos con esas coincidencias de duración y de cuando consta que se suben a youtube.

Inspector con número de carnet profesional NUM015 . Realizada por videoconferencia. Fue secretario de las diligencias practicadas desde el inicio de la investigación en 2008. Se inician como consecuencia de una información procedente de San Bartolomé de Tirajana relativa un menor que sufría un brote psicótico por las presiones a que ha sido sometido por determinadas personas. Como consecuencia de ello se inician las investigaciones en relación a Nemesio Aurelio e Sergio Javier .

Durante las investigaciones Nemesio Aurelio se fue a Marruecos y allí fue detenido cuando quería regresar a España. Fue condenado por pertenencia a organización terrorista en Marruecos y cumple condena.

Simultáneamente el acusado Sergio Javier se traslada a Barcelona, donde vive con su mujer. Deja de usar el mismo teléfono y se le pierde la pista durante un tiempo.

Retoman las investigaciones a finales de 2010, inicio de 2011, en que se comprueba su regreso a la Isla y es sometido a seguimientos y vigilancias. En estas se ven reuniones que se realizan en un entorno muy cerrado y se vuelven a solicitar las intervenciones telefónicas. Hubo reuniones en su domicilio, de solo de hombres, donde se veían videos relacionados con la yihad.

Respecto a las escuchas telefónicas en el procedimiento se habían iniciado en noviembre de 2008 y duraron 2 meses, cesando porque Sergio Javier se trasladó a Barcelona a principios de 2009, en donde se le pierde la pista y porque dejó de utilizar el teléfono. Se informó a la BIP de Barcelona pero allí no le hicieron seguimiento. La competencia de su grupo provincial y no podían investigar directamente en Barcelona. No existía certeza de que fuera una célula terrorista, sino de que se estaba haciendo captación de menores en la isla, esta es la razón del inicio de las investigaciones. No obstante, la detención de Nemesio Aurelio y de otra persona en Marruecos, les puso de manifiesto que se estaba formando una célula jihadista en Gran Canaria, pero no tenían constancia de la pertenencia a la misma de Sergio Javier .

Cuando Sergio Javier regresa de Cataluña a la Isla se reinicia la investigación. Les sorprendió que había cambiado totalmente de aspecto, aunque no sus costumbres ni



www.civil-mercantil.com

actividades, lo que les hizo pensar que quería pasar desapercibido, esto era una razón de sospecha sobre él.

Existen conversaciones de Sergio Javier con una menor llamada Begoña Herminia , a la que refiere la realización de videos y con quien mantiene un contacto diario. Le manifiesta que estaba realizando un documental, y le habla de su duración y de la fecha en que los sube a YouTube. Investigaron por redes sociales abiertas buscando el video y localizan un video cuya música es la misma que se oye en off en alguna de las conversaciones intervenidas.

También con su mujer Ruth Noelia habla del video. Manifestaba que lo había realizado él, y el tiempo que había utilizado en su elaboración. Lo ven en el "muro" abierto del perfil de Facebook " DIRECCION003 " de Cristobal Benigno .

Participó en el registro del domicilio que utilizaba Sergio Javier . Se intervino un ordenador, del que manifestó en todo momento ser de su propiedad. Sergio Javier accedía a internet a través de wifis cerradas pertenecientes a otros abonados, pero que tenían una clave de acceso que aparece en una libreta encontrada en el registro, encima del televisor. El ordenador que incautaron en el registro se utilizaba también por otras personas, para mirar Facebook, etc., así lo dijeron otros, pero era propiedad de Sergio Javier .

Atribuyen el usuario Raton de un canal YouTube al acusado Sergio Javier . El mismo manifestó en varias ocasiones en las conversaciones mantenidas con dos personas la elaboración del video, la plataforma en que se subió, la duración del video, la fecha de la subida. Por ello se localizó el video, se averiguó la IP desde la que se creó la cuenta de correo asociada, a quien correspondía, y que la wifi pertenecía a otra perdona y que había sido pirateada. Se recibió declaración a dicha persona propietaria de la wifi y manifestó que no había dado la clave de acceso a nadie. Tuvieron la certeza de que el usuario Raton correspondía a Sergio Javier , y comprobaron que imágenes del video correspondían con el contenido del ordenador. Fueron imágenes borradas del disco duro y luego recuperadas, porque el disco duro del ordenador había sido formateado el día anterior.

c) PERICIAL.

1. TRADUCCION. En relación con la practicada anteriormente en la transcripción de las conversaciones. El intérprete de árabe compareciente en el acto de la vista, ratifico y explicó su informe de adveración de la transcripción de las conversaciones telefónicas.

2. DOCUMENTOSCOPICA (Informe con Ref. 2011DO466, folio 1725 y ss. de 11.08.2011 Inspector Jefe del CNP NUM016 (por videoconferencia). Referida al cotejo de textos manuscritos obrantes en un cuaderno de notas en grafismo en árabe y español. La conclusión es que todos los textos corresponden con la escritura indubitada, que era del acusado Sergio Javier .

3. INFORME TÉCNICO INFORMÁTICO, con Ref 01/11GC a folio 1839 y ss) El perito fue el mismo Inspector del CNP NUM014 que intervino como testigo. Se ratificó en el mismo. Puso de manifiesto los hallazgos de la pericial tras clonado del disco duro del ordenador realizados por otros funcionarios NUM017 y NUM018 de la unidad de ciberterrorismo de la Comisaría General de Información, no comparecientes.

Afirmó la coincidencia de imágenes recuperadas en el ordenador con las que aparecen en diversos videos colgados en el Canal YouTube, con Usuario: Raton . Obtiene 33 videos de este canal YouTube. Los videos del 7 al 11 corresponden al documental subido a YouTube con cinco partes y con una duración total de 48' y 55 " .

Muchas imágenes son procedentes de fuentes abiertas y otras fueron elaboradas ex profeso para el video.



www.civil-mercantil.com

No tiene una formación específica en temas informáticos. Tiene cursos sobre esta materia. La manipulación del material informático fue realizada por otros funcionarios de la unidad de ciberterrorismo de la Comisaría General de Información. Se limita a recoger los resultados y procede a realizar un análisis comparativo de las imágenes.

d) DOCUMENTAL, aunque no se dio expresa lectura a las intervenciones telefónicas de las conversaciones con Begoña Herminia y Ruth Noelia, el acusado fue interrogado sobre las mismas por el Ministerio Fiscal, sin que se haya cuestionado la autoría de las mismas.

Las conversaciones relevantes reseñables propuestas como prueba fueron las siguientes:

La conversación de fecha 16.05.2011 a las 18:09:29 entre el acusado Sergio Javier y Begoña Herminia. Al inicio de esta llamada, se escucha de fondo la voz de un niño hablando en árabe y llorando, junto a una melodía también en árabe, por lo que Begoña Herminia le pregunta a Sergio Javier "qué era ese ruido que tenía ahí", contestándole Sergio Javier: "nada, me has cogido haciendo un documental" y que iba a bajar el volumen. Seguidamente, en el transcurso de la misma, Sergio Javier le recalca que estaba muy atareado ya que estaban haciendo un documental, preguntando a continuación Begoña Herminia sobre qué era, indicándole Sergio Javier que cuando lo tuviera se lo dejaría ver, que lo acabarían pronto. Posteriormente Begoña Herminia se interesa sobre cuántas personas eran ellos, si eran veinte los que estaban haciéndolo, Sergio Javier le responde que eran dos, diciéndole seguidamente Begoña Herminia "que Alláh los ayude". Casi al final de la conversación, Sergio Javier le dice: "en una hora más o menos lo termino y entro en el Messenger y hablamos un poco". Acta de transcripción de conversaciones de fecha 18.05.2010 a f. 1415.

Al día siguiente, 17.05.2011, a las 20:23:08, Sergio Javier recibe otra llamada de Begoña Herminia, en la que ésta le pregunta "...¿Y el documental?" respondiendo Sergio Javier, "sí ya lo tengo, hoy voy a colgarlo en Internet si Alláh quiere". Momentos después Sergio Javier le comenta "...Estaba bastante liado, tú ya sabes, el documental no es nada fácil hacerlo, te lo juro por Alláh"

Ese mismo día 17.05.2011, a las 20:59:58, vuelve a mantener una conversación con la misma persona, quien le pregunta que cuándo se iba a conectar, respondiéndole Sergio Javier: "acabo de terminar el documental y conecté el portátil al televisor de plasma que tengo en casa y lo están viendo los chicos, ¿me entiendes?". Posteriormente, Sergio Javier continúa diciéndole "cuando lo terminen los chicos me conecto, una hora, como mucho una hora", a lo que ella le responde "una hora más o menos, porque no tengo línea y no sé por qué, tengo que ir a un ciber, de todas formas tengo que imprimir una hoja", indicándole Sergio Javier que en una hora, porque el documental duraba "cuarenta y ocho minutos" más o menos.

Actas de transcripción de conversaciones de fecha 20.05.2011 a f. 1417-1419 y 1421 y ss.

En conversación del día 18.05.2011, a las 20:38:25 mantenida con su mujer Ruth Noelia, Sergio Javier vuelve a dar más detalles sobre la elaboración de este documental. Le dice que dura unos cincuenta minutos, pero que le llevó hacerlo unas treinta y dos horas, y que había estado hasta las seis de la madrugada realizándolo, pero que ya lo había terminado y lo había subido en YouTube. Durante la misma conversación, Ruth Noelia le pregunta para qué era el documental, contestándole "tú ya sabes para qué es". Acta de transcripción de la conversación de fecha 20.05.2011 a f. 1423 y ss.



www.civil-mercantil.com

Se procedió también en el acto de la vista a la visualización de fragmentos de video designados por el Ministerio Fiscal, de los obtenidos por la Policía actuante en el Canal YouTube Raton .

A) ANALISIS PROBATORIO Y CONCLUSIONES PROBATORIAS.-

La Sala comparte la tesis acusatoria del Ministerio Fiscal.

Los elementos de la prueba practicada que tiene en cuenta son los siguientes:

En las conversaciones telefónicas antes reseñadas aparecen pasajes explícitos en que el acusado Sergio Javier habla con sus interlocutores de la realización de videos, de unas determinadas características de duración y de su subida a YouTube en un determinada fecha, perfectamente concretable. La temática de los videos si bien no es explícita si es deducible y es perfectamente previsible que tuvieran que ver con la actividad de propaganda y proselitismo terrorista por el que era investigado.

Estos pasajes de las conversaciones que fueron seguidas por la policía prácticamente a tiempo real determinaron que la investigación se encaminara a su localización en el soporte de internet manifestado por el acusado. Las investigaciones se focalizaron en el entorno de personas relacionadas con el acusado, en los espacios abiertos o de libre acceso de sus redes sociales observadas por la policía. El video documental cuya existencia se investigaba fue localizado en Internet, según testimonio del Inspector con número de carnet profesional NUM015 , a través de la página de Facebook de Cristobal Benigno , persona que policialmente se vinculaba estrechamente a Sergio Javier . A la certeza policial de que se trataba del mismo video se llega porque la fecha de su subida a Internet coincide con lo indicado por Sergio Javier en las conversaciones de día 17 de mayo en la que dice a Begoña Herminia que lo iba a subir ese día y en la llamada del día siguiente a su mujer Ruth Noelia en que le dice que lo había subido el día anterior. Igualmente el video fue localizado en el portal YouTube, que es el mismo lugar donde Sergio Javier le manifiesta a su mujer Ruth Noelia que lo había subido, durante la llamada del día 18 de mayo mencionada. La duración del video es la misma que Sergio Javier manifestó a sus interlocutoras en las conversaciones mantenidas con ellas. Existe un fragmento del vídeo que se escucha de fondo al inicio de la conversación que el acusado mantiene con Begoña Herminia el día 16 de mayo, que fue localizado por los investigadores policiales en el minuto 04:50 de la cuarta parte del documento videográfico colgado en Internet, extremo que fue corroborado por la policía a través del Departamento de Acústica Forense de la Comisaría General de Policía Científica (sobre este extremo existe la referencia policial ya que no se practicó esta prueba en el acto de la vista).

Las anteriores circunstancias determinaron la autorización de entrada y registro en el domicilio que en aquel momento ocupaba Sergio Javier , produciendo como resultados mas relevantes la incautación del ordenador portátil de su propiedad según ha expresamente reconocido, aunque negando que en el disco duro hubiera ninguna imagen ni se hubiera utilizado para la confección de videos y de una libreta de anotaciones que el acusado asegura desconocer su existencia y por tanto negar cualquier relación con ella.

Sin embargo, tanto el ordenador portátil como la libreta representan elementos relevantes desde el punto de vista incriminatorio que acompañan a los anteriores presentados por la investigación de la policía. El disco duro del ordenador fue clonado y fue recuperada la información que contenía por técnicos informáticos policiales. El disco duro había sido según parece simplemente formateado para borrar la información de su interior, pero no sometido a un procedimiento de borrado profundo que hiciera definitivamente irrecuperable su información. El resultado de dicho proceso permitió recuperar la serie de imágenes que son objeto de la



www.civil-mercantil.com

prueba pericial técnica practicada en el acto del juicio (Informe ref. 01/11GC a folio 1839 y ss por perito Inspector del CNP NUM014) y en la que se determina la coincidencia de una serie de imágenes recuperadas con la de los videos investigados.

La libreta con dibujos y anotaciones manuscritas en árabe y en español fue sometida a pericial gráfica que también fue practicada en el acto de la vista y que estableció que sin ningún género de duda la grafía que contenía pertenecía al acusado. Resulta especialmente relevante de su contenido una serie de grafismos en números y letras de alfabeto occidental que corresponden con claves de acceso a servidores wifi operativos en la zona del lugar de registro.

Las investigaciones llevaron también a obtener información judicialmente autorizada por parte de la Cia Google Inc. sobre el canal YouTube y usuario Raton , asociándolo a una cuenta de correo abierto desde una determinada IP, como también la IP desde la que se sube determinados videos en el canal Raton , informándose de forma judicialmente autorizada por la Cia Telefónica a que línea de internet correspondía las indicadas IP, dándose la circunstancia de que su titular era una persona domiciliada en las proximidades del lugar donde operaba el acusado que disponía de un servidos wifi para acceso a internet cuyo denominación y clave de acceso se encontraban en la lista escrita por el acusado en la libreta. Por la policía también se comprobó la operatividad de dicho wifi en el domicilio que ocupaba Sergio Javier .

La Sala, por tanto, descarta la versión dada por el acusado que incurre en patentes contradicciones con el resultado de las investigaciones. También, respecto de que los documentales de que hablaba en su conversaciones se refirieran exclusivamente a noticias aparecida en Aljazira y otras emisoras similares, a la Sala no se le ha presentado ningún video de semejantes características y de los únicos que se tienen constancia es de los hallados policialmente atribuidos al acusado.

La defensa ha manifestado que el ordenador de Sergio Javier era utilizado por diversas personas que residían en la casa, hasta 5 ó 6 y que cualquiera de ellas podría haber elaborado los videos y haberlos subido a internet, sin que necesariamente tuviera que ser el acusado. Pero la defensa olvida que son precisamente las conversaciones de Sergio Javier con otras personas las que ponen a la policía sobre la pista de los videos que posteriormente son hallados en su entorno y que es el propio acusado quien se autoatribuye su confección y la subida a YouTube, y da datos específicos sobre sus características y que permiten además la identificación de pasajes de los mismos. En todo caso, no resulta descartable que no fuera únicamente el acusado quien participara en la elaboración de los videos y que pudieran haber colaborado con él. En todo caso lo que si es descartable por lo dicho es que el acusado no participara en su elaboración y subida a la red, además de que era el propietario del único instrumento informático hardware y software con capacidad para su realización, siendo un elemento imprescindible para ello. Debe tenerse en cuenta lo laborioso de la realización de un video de las características del que es objeto de acusación y el gran número de horas de trabajo que requiere, lo que de ninguna manera se podría haber realizado por terceras personas sin la aquiescencia del acusado, que precisamente se atribuye en forma de autoelogio en las conversaciones el gran número de horas trabajadas en la elaboración de los documentales.

La conclusiones probatoria a las que sin ninguna duda razonable llega el Tribunal es la de que el video objeto de acusación fue elaborado y subido a YouTube por el acusado, solo o con la ayuda de otras personas.

Segundo. *Calificación jurídica de los hechos.*



www.civil-mercantil.com

El Ministerio Fiscal consideró en sus conclusiones definitivas que los hechos eran constitutivos de un delito de enaltecimiento del terrorismo del artículo 578 y 579.2 CP en su redacción vigente en la fecha de los hechos, por considerar que el vídeo elaborado publicitado a través de YouTube significaba una actividad de enaltecimiento del terrorismo tal como viene definida en el tipo penal delictivo invocado en su acusación definitiva de los hechos enjuiciados.

Sobre este tema no se pronunció la defensa que se limitó a negar la participación de su defendido en la elaboración del vídeo.

La Sala debe manifestar su conformidad con el planteamiento del Ministerio Fiscal. La exaltación o glorificación de la figura de Porfirio Jeronimo que se hace en el vídeo, aunque fuera realizada a los pocos días de su muerte por soldados norteamericanos, pero no refiriéndose a ella en el contexto de expresión o divulgación de una noticia de actualidad, de documental conteniendo una mera glosa o narrativa histórica de su vida, o de la crítica o controversia política o ideológica por las circunstancias de su muerte, sino de pura exaltación de la figura y de sus acciones, en clave o sintonía de publicitación de los planteamientos jihadistas violentos defendidos por el personaje y en definitiva de exaltación y propaganda de ideas de carácter terroristas a través de la exacerbación de sus símbolos, personajes, imágenes, mensajes comunicativos, etc., claramente exceden de la libertad de expresión de ideas constitucionalmente protegida y entran dentro de las conductas prohibidas, y en este caso penalmente sancionables a través del tipo penal esgrimido por el Ministerio Fiscal de enaltecimiento del terrorismo, que se refiere a: "Art 578. 1. El enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 o de quienes hayan participado en su ejecución...",

Tercero. *De los hechos y delito es penalmente responsable en concepto de autor el acusado Sergio Javier (artículo 28 CP). Aunque no pueda afirmarse en los términos vistos que fuera la única persona que interviniera en la realización de los videos, sí aparece que fue quien los subió al canal YouTube.*

En cualquier caso, el referido artículo 28 CP se refiere a quienes realizaren el hecho por si solos o conjuntamente con otros, o incluso en el párrafo 2º los que cooperaren a su ejecución con un acto imprescindible, como cooperadores necesarios, aunque la Sala se inclina por considerar que el acusado fue autor individual o coautor de los hechos, sin perjuicio de que si no hubiera sido así, existen elementos para considerar habría sido cooperador necesario en los mismos, ya que aunque los videos hubieran sido elaborados materialmente por otros e incluso subidos a Youtube por otra persona, lo que ha quedado sin ningún género de duda probado es que el ordenador portátil con el que se elaboraron y donde se encontraron imágenes coincidentes, era propiedad del acusado que lo habría prestado para dichos fines, teniendo en cuenta que la realización de dichos videos implican decenas de horas de trabajo, tiempo durante el que necesariamente tuvo que conocer para que se estaba utilizando el ordenador.

No obstante como indicamos, esta es una hipótesis puramente residual, ya que la principal es la de la autoría por si mismo o la de la coautoría.

Cuarto.

No concurren en el caso circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Quinto.



www.civil-mercantil.com

Para la determinación de la pena a imponer al acusado procede en primer lugar atender a las reglas generales contenidas en el artículo 66 del CP, que en su nº1. 6º establece que cuando no concurren circunstancias agravantes ni atenuantes, se aplicará la pena correspondiente al delito en la extensión que estime el tribunal adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del delito.

La Sala no tiene constancia de cuáles son las actuales circunstancias personales del acusado, del que solo conoce que en este momento reside en Alemania desde donde se desplazó voluntariamente para el acto de la vista. Los hechos se produjeron en mayo del año 2011 y se refieren exclusivamente a un específico acto de enaltecimiento del terrorismo, mediante la confección y subida de un video a YouTube, del que se tuvo conocimiento únicamente a través de las investigaciones policiales que se realizaron a partir de los datos resultantes de las observaciones telefónicas de que estaba siendo objeto. La tipología de los hechos, aunque se producen y tendrían relación con una situación que en la actualidad produce una extraordinaria alarma pública, a efectos de su valoración y consideración penal, y singularmente de la determinación de la pena, deben confinarse a los márgenes y reglas de aplicación del derecho penal, empezando por el de legalidad penal en la vertiente de la certeza de la pena, que establece la penalidad aplicable a las conductas penales definidas, lo que abarca una horquilla punitiva dentro de la que el aplicador de la pena debe moverse atendiendo fundamente a criterios objetivos y jurídicos, como es la de la apreciación jurídica de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, que determinaran que la pena se establezca atendiendo en primer lugar a los criterios que se expresan en el art 66.1 del CP. Por otra parte, dentro del marco de lo que los elementos configuradores del tipo penal y de lo que la norma penal aplicable castiga, lo que es cierto es que no es predicable una especial gravedad de la conducta atribuida al acusado.

No dándose el caso de existencia de elementos cualificadores ni determinantes de una especial gravedad, la Sala considera que no tiene elementos que le permitan ir más allá de lo que debe ser la regla general del establecimiento o fijación en el grado medio de la pena cuando no existan circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, que en el presente caso será la de media entre la pena máxima de dos años y la mínima de un año, pronunciándose por la de un año y seis meses de prisión.

En cuanto a las penas de inhabilitación solicitadas, se estará a lo dispuesto en el art. 54 CP, que establece que "las penas de inhabilitación son accesorias en los casos en que, no imponiéndolas especialmente, la Ley declare que otras penas las llevan consigo". Ello significa dos cosas: una, que las penas de inhabilitación son penas accesorias, lo que ocurrirá cuando no vienen señaladas expresamente para el delito de que se trate, pero haya que imponerlas en aplicación de las reglas generales de los artículos 55 y 56 CP; y la otra, que pueden venir contempladas como penas principales, lo que ocurrirá cuando se encuentren recogidas de manera expresa para aquellos delitos en los que el legislador así lo prevea expresamente.

Consecuencia de lo anterior es que la genérica inhabilitación accesoria de la pena de prisión deberá ceder ante una pena de inhabilitación que venga establecida como pena principal, hasta el punto de tener que prescindir de la primera, porque así lo impondrían principios como el de especialidad, conforme al cual la ley especial ha de primar ante la general, y el "non bis in idem", que impide una doble sanción en una misma circunstancia, que es lo que ocurriría, si, junto a la inhabilitación genérica, se impusiese también la específica, propia del delito en cuestión.

Por tanto, en el caso que nos ocupa, estimamos que además de la pena de prisión que hemos indicado más arriba, no procede la imposición de pena genérica alguna de inhabilitación especial, sino solo la de inhabilitación absoluta, que, en concreto, prevé el artículo 579.2 CP,



www.civil-mercantil.com

por cuanto la misma está concebida expresamente, como pena principal, para los delitos de terrorismo.

Respecto de ésta, la Sala considera adecuada la pena inhabilitación absoluta durante ocho años solicitada por el Ministerio Fiscal en atención a los criterios de determinación de la pena en concreto expresamente previstos en el mencionado artículo 579.2 CP .

La imponible según dicho artículo abarca de los 6 a los 20 años y la norma establece como criterios para su fijación, la gravedad del delito, el número de cometidos y las circunstancias que concurran en el delincuente, sirviendo aquí a este respecto las mismas consideraciones hechas respecto de la pena privativa de libertad y sin que, como decimos, la solicitada por el Ministerio Fiscal, que se encuentra en el rango inferior de la imponible, se pueda considerar como excesiva, desproporcionada o que no se ajuste a los criterios que vienen expresamente establecidos en la norma pena.

Sexto. Responsabilidad Civil.

No procede, al no haberse generado ningún perjuicio material cuantificable, hacer ningún pronunciamiento en materia de responsabilidad civil.

Séptimo. Costas procesales.

Deberán ser declaradas de oficio de acuerdo con el art 123 del CP a sensu contrario.

Por todo ello, la SALA HA DECIDIDO

IV. PARTE DISPOSITIVA.

CONDENAR a Sergio Javier como autor penalmente responsable de un delito de enaltecimiento del terrorismo descrito a la pena de UN AÑO Y SEIS MESES DE PRISIÓN, con la pena también con carácter de principal de inhabilitación absoluta durante ocho años y sin hacer específica mención a penas de carácter accesorio.

Se condena igualmente al acusado al pago de las costas del juicio.

No procede hacer pronunciamiento sobre responsabilidad civil.

Notificar la presente Sentencia a las partes procesales y personalmente al encausado, haciéndoles saber que es recurrible en casación dentro del plazo de los cinco días desde la última notificación efectuada.

Así lo acuerdan los magistrados que firma a continuación.

Publicación.- La presente sentencia se ha publicado en la forma de costumbre.-

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.