

En la Villa de Madrid, a veintiocho de diciembre de dos mil once.

En los recursos de casación por Infracción de Ley y Quebrantamiento de Forma que ante Nos penden, interpuestos por las representaciones de Sergio, Mario, Ángel, Francisco Javier, Luis Manuel, José Eduardo, Sergio E., Fernando, Francisco Javier B., Fabián, Pedro Santiago, José Manuel, Javier y Daniel, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección VII, por delito de asociación ilícita y tenencia ilícita de armas, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan, se han constituido para la Vista y Fallo, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes representados por los Procuradores Sra. Orero Bermejo, Sra. Rodríguez Gil, Sr. Moya Gómez, Sr. Jenaro Tejada y Sr. De Cabo Picazo; siendo parte recurrida el Movimiento contra la Intolerancia, representado por el Procurador Sr. Gómez de la Serna Adrada.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 4 de Móstoles, incoó Procedimiento Abreviado núm. 5414/03, seguido por delito de asociación ilícita y tenencia ilícita de armas, contra José Manuel, Sergio, Mario, Francisco Javier, Ángel, Luis Manuel, José Eduardo, Fernando L., Javier, Daniel, Fernando, Francisco Javier B., Fabián, Sergio E. y Pedro Santiago, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección VII, que con fecha 16 de julio de 2009 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

“Único.- Probado y así se declara expresamente que José Manuel (alias Pío), Sergio (alias Chopi), Mario, Pedro Santiago, Francisco Javier (alias Ficho o Fichaje), Luis Manuel (alias Manza), José Eduardo (alias Chape o José Eduardo), Javier (alias Javito), Fernando L. (alias Nando), Fernando (alias Freddy), Daniel (alias Cani), Ángel (alias Angelillo), Francisco Javier B. (alias Javi), Sergio E. y Fabián, todos ellos mayores de edad y sin antecedentes penales que puedan ser computados en esta causa a efectos de reincidencia, forman parte de una asociación denominada Hammerskin España (HSE) la cual no está legalmente constituida, y cuyos componentes participan de la ideología nacional socialista, creyendo en la supremacía de la raza blanca y en la discriminación, en consecuencia, de otras personas por razón de raza, orientación sexual, y nacionalidad, por lo que su finalidad es extender el odio y la violencia como consecuencia de la homofobia, xenofobia y antisemitismo que sienten, propagando dichos sentimientos entre otras personas a través de la realización de conciertos de música en los que intervienen grupos que cantan canciones cuyas letras reflejan la citada ideología y con la distribución de publicaciones y discos que contienen y difunden dichas ideas.

A tal fin los acusados se integran, aproximadamente desde el año 2000, dentro de la organización que denominan Hammerskin España (HSE), a modo de delegación en nuestro país de la de carácter internacional llamada Hammerskin-Nation. Hammerskin España posee un símbolo distintivo propio consistente en un escudo en el que

aparecen tres franjas verticales de color negro, blanco y rojo, sobre las cuales hay una rueda dentada y sobre la que finalmente aparecen dos martillos cruzados con los mismos colores.

Dentro de Hammerskin España las personas que la integran están estructuradas, de manera que se diferencia entre miembros de pleno derecho y "prospect" o aspirantes a conseguir la calificación anterior, y que para ello deben de reunir unas condiciones, entre otras ser mayor de 18 años, ser presentado por un miembro de la organización, ser skinhead, seguir durante un determinado tiempo unas reglas de conducta como acudir a las reuniones, mostrar un sincero interés en el movimiento y la forma de vida Hammerskin, apoyar a sus miembros y demostrar su valía, seguir las leyes de la organización, entre las que se incluye el pelear cuando sea necesario y aportar su grado de arena a la causa de Hammerskin, y ser posteriormente valorado por el resto de los miembros que votarán sobre si procede o no la admisión del prospect como miembro de pleno derecho, celebrándose en el supuesto de que se aprueba tal admisión una "ceremonia de imposición de martillos o de parche" en la que se le imponen al admitido los dos martillos cruzados, de manera que en las insignias y escudos que a partir de ese momento lleve en su vestimenta pueden aparecer, además de la rueda dentada, los dos martillos superpuestos sobre la misma.

El día 21 de noviembre de 2003 se celebró en un local denominado La Bodega sito en la calle Mínimos de Alcalá de Henares, en el que habitualmente se reúnen los miembros de la asociación, una "ceremonia" de estas características para la admisión de Luis Manuel como miembro de Hammerskin España de pleno derecho, terminando así su etapa de "prospect" o miembro en perspectiva.

Todo ello implica la existencia dentro de Hammerskin España de una jerarquía, resultando acreditado que José Eduardo es el responsable máximo de la organización, y el cual mantiene frecuentes contactos con miembros de otras asociaciones Hammerskin de fuera de nuestro país. José Eduardo, además, da instrucciones a los demás miembros de la organización, toma decisiones, y controla la financiación de la asociación, siendo además quien, dada su profesión de tatuador, realiza los tatuajes a los miembros de Hammerskin España, uno de los signos distintivos de la condición de miembros de dicha organización.

En Hammerskin España ocupan puestos relevantes Pedro Santiago, como encargado de la seguridad de las reuniones y conciertos organizados por la asociación, Javier quien se ocupaba de la tesorería de la misma, junto con Sergio E., Mario que era cantante del grupo Odal, a través del cual, entre otros pero de manera principal, la organización difundía sus ideas, tocando además como batería de dicho grupo Ángel, el cual colaboraba con el anterior también en la organización de conciertos de música, Fernando L. quien, por sus conocimientos informáticos confeccionaba la página web de la organización, Sergio, el cual mantenía contactos a través de Internet para la venta de productos de la misma como camisetas, escudos o insignias y discos musicales, o Daniel que era titular, al igual que Fernando L., de sendos aparatos de correos

utilizados a los mismos fines de venta de productos y de difusión con dicha venta de las ideas de la organización.

Fernando, Javier Ba., Francisco Javier y Luis Manuel son también miembros de pleno derecho de Hammerskin-España, y José Manuel así como Fabián son considerados dentro de la misma “miembros en perspectiva”, teniendo los seis una efectiva participación en la actividad de la organización para la consecución de los fines.

Hammerskin España tiene una cuenta corriente en la entidad bancaria La Caixa, con número ...209 que abrió el 29 de enero de 2002 José Eduardo, constando desde el 1 de febrero de 2002 Javier como titular indistinto, y en el mismo concepto, junto con ellos dos Sergio E. desde el 13 de enero de 2003. Dicha cuenta tiene asociada una tarjeta de crédito VISA A a nombre de José Eduardo. En dicha cuenta se ingresaban las cuotas que abonaban los miembros de la organización, y los beneficios obtenidos con la realización de conciertos y la venta de productos realizados por la asociación para hacer propaganda de la misma y difundir sus ideas, y con dicho dinero se abonaban también los gastos de Hammerskin España tanto relativos a la realización de actos como al desplazamiento de sus miembros para acudir a los mismos o de los miembros de otras organizaciones Hammerskin de otros países para acudir a los actos organizados por Hammerskin España.

Para la propagación de sus ideas consistentes en la supremacía de la raza blanca y en la discriminación, en consecuencia, por razón de raza, orientación sexual, y nacionalidad, impulsando con ello el odio y la violencia como consecuencia de la homofobia, xenofobia y antisemitismo, que conlleva su ideología, Hammerskin España tiene diferentes medios de difusión, entre los que encuentra en primer lugar la celebración de conciertos de música con la actuación de grupos que a través de sus canciones transmiten las referidas ideas, entre los que destaca el grupo Odal cuyo cantante Mario y cuyo batería, Ángel pertenecen a Hammerskin España. Dicho grupo canta canciones con un claro contenido discriminatorio xenófobo y racista, siendo un medio idóneo para la difusión de las ideas de la organización entre otras personas y para alentar en las mismas sentimientos de odio y de violencia.

Así, en la discografía de Odal con discos titulados “Hecho en España” y “Lobos de Odin” que se tocaban en los conciertos organizados por Hammerskin España se incluyen canciones como “El último hombre blanco” en contra de los extranjeros e inmigrantes y que proclama la lucha por la supremacía de la raza blanca; “El Klan” en contra del comunismo, incitando a golpear a los hippies, punkies, maleantes y bolcheviques, del capitalismo y lo que denominan “sionismo financiero”, y contra el separatismo, manifestando que hay que aplastar a los “sharp punkies”; “Esas calles” nuevamente contra la inmigración anunciando que para que el país vuelva a ser lo que era se debe pasar a la acción obrera y juvenil mediante una revuelta nacional; “Voluntarios españoles” animando a la lucha hasta la muerte a semejanza de la División Azul; “Lobos de Odin” en defensa de la raza aria y promoviendo igualmente la lucha por la defensa de una estirpe que considera en peligro en Europa:

“Te juro” como un juramento de fidelidad a la raza europea y a las ideas del nacional socialismo; “Cree y lucha” preconizando la creencia en los ideales del nacional socialismo y animando a la lucha por los mismos; “Skinheads España” reivindicando el enfrentamiento contra la policía para defender sus ideales “Combate” que comienza con el grito “white power” (poder blanco) anunciando una próxima guerra de cabezas rapadas en contra del mestizaje racial, incluyendo las llamadas “14 palabras” o lema del Ku Kux Klan “Debemos asegurar la existencia de nuestra raza y un futuro para los niños blancos” recordando las enseñanzas de Hitler, haciendo referencia a la esvástica como guía y reivindicando el próximo poder blanco para lo cual es preciso luchar; “Tu historia” que describe la indumentaria de los cabezas rapadas y animan a los mismos a la lucha y a la venganza; “Sangre y Furia” ensalzando a los Divisionarios azules como luchadores contra el comunismo y al lado de Hitler; “Odal”, con el mismo nombre que el grupo y en la que se alude directamente al odio contra el sistema, reivindicando el “puño blanco”, la Nación y la Raza, animando al joven antisistema a la lucha armada al lado de la organización contra las represiones del Estado; “Haz deporte” con un claro contenido violento contra los anarquistas y comunistas a los que denominan plaga que hay que exterminar, animando a hacer deporte consistente en poner a un “sharp” contra el suelo y patearle con las botas y los tirantes y “Hail Hammerskin” a modo de himno de la organización, comenzando por decir que “es la furia del pasado, el orgullo de lo olvidado el poder de la raza, dos martillos y a la caza”.

Además, y con la finalidad igualmente de difundir sus ideas, y de conseguir adeptos a las mismas, Hammerskin España produjo un CD de un grupo denominado Tercios, con letras de contenido similar a las de Odal, y en el que incluso intervino como cantante en una de las canciones el propio José Eduardo.

La asociación se encarga de la organización de conciertos, contratando los locales en los que se van a llevar a cabo, convocando a los asistentes a través de medios que, a la vez que atraigan a un importante número de personas, impidan que el lugar de celebración y los grupos que en el concierto actúen sean conocidos por las autoridades administrativas previamente a dicha celebración para evitar que pueda suspenderse la misma, cobrando entrada a sus asistentes para sufragar los gastos de la organización, y llevando a cabo por sí misma la seguridad en el interior de los locales de celebración a fin de impedir que se infiltren personas contrarias al pensamiento de la asociación.

En dichos conciertos se produce por los miembros de la organización la venta a los asistentes de los productos realizados para, además de obtener dinero para la financiación de la asociación, realizar propaganda de la misma, difundir sus ideas y conseguir la captación de nuevos miembros, como camisetas u otras prendas con símbolos de Hammerskin España, de otras organizaciones análogas a la misma, de los grupos que actúan en los conciertos, o de simbología o lemas de carácter nazi o racista, CD's de los grupos musicales o publicaciones de la organización o de algunas de las denominadas “supporters” de Hammerskin España como Leibstandarte o Thor's Hammer o Skin Cubos. Estas organizaciones se consideran como de rango inferior a Hammerskin España pero comparten con ésta la misma ideología y sus miembros aspiran a convertirse en miembros de la primera, por lo que suponen un escalón

inferior en la estructura de las organizaciones, y una manera de que se adhieran a su pensamiento e ideas personas que directamente no podrían entrar en Hammerskin España.

La publicación que sirve de medio para la difusión de las ideas de Hammerskin España es El Martillo, que en su número 5, de noviembre de 2001 se autoproclama como portavoz oficial de Hammerskin España, sustituyendo a la anterior que se denominaba Inquisición. Además Hammerskin España colabora en la realización de la revista Extremo que editan Thor's Hammer y Skin Cubos. A través de ambas publicaciones se expanden ideas racistas y que incitan a la violencia contra personas de otra ideología o raza pese a que en apariencia se trate de publicaciones de contenido musical.

Para la venta y difusión tanto de las publicaciones como de los discos y objetos para la propagación de las ideas de la asociación se utiliza por Hammerskin España, además de la venta directa en los conciertos y reuniones, dos apartados de correos, uno con número ...444 del que era titular Daniel y que aparecía a tal fin en la revista Extremo, y otro con número 8411 que consta en la contraportada de El Martillo y que aunque estaba contratado a nombre supuesto de otra persona y con un DNI que no coincidía con el supuesto titular, era usado habitualmente por miembros de Hammerskin España como Fernando L. y Javier.

La asociación Hammerskin España celebraba sus reuniones principalmente en el local denominado La Bodega, sito en la calle Mínimos de Alcalá de Henares, en cuya puerta había una inscripción de "Only whites" (Sólo blancos), y cuyo acceso era restringido a los miembros de la asociación o a personas afines a los mismos. Además se reunían en un bar denominado Drakkar sito en los números 9 y 11 de la calle Marceliano Santamaría de Madrid, próximo al estadio Santiago Bernabéu.

Los miembros de Hammerskin España, ya sean los que ellos denominan de pleno derecho como los llamados "prospect" tienen una apariencia estética similar, con la cabeza rapada o el pelo muy corto, llevan tatuajes, y visten en la realización de sus actos de manera similar con cazadoras tipo "bomber" en las que llevan los escudos e insignias de la organización, de acuerdo con su posición en la escala jerárquica de la misma, camisetas con logotipos y escudos de la asociación o con lemas de contenido racista homóforo o antisemita, botas de aspecto militar, y gorras con el escudo o nombre de Hammerskin España. Además comparten la lectura de libros, panfletos, publicaciones y fanzines relativos a su ideología y la decoración de sus casas con banderas, escudos, banderines, e incluso bustos de Adolf Hitler, habiendo sido hallados efectos de este tipo en las entradas y registros que se realizaron en los domicilios de la mayoría de los acusados.

Así, en las referidas diligencias de entrada y registro autorizadas por el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Móstoles fueron hallados los siguientes efectos:

1) En el domicilio de José Manuel, sito en la Plaza S. núm. 6, 1º 1 de Alcorcón (Madrid) tal como consta en la diligencia de entrada y registro que obra a los folios 1536 a 1538 de las actuaciones se encontraron:

- Un documento denominado "88 preguntas a un Nacionalsocialista" (que consta fotocopiado y unido a las actuaciones como anexo 10 folios 2176 a 2182) y en el que un supuesto nacionalsocialista responde a preguntas, hasta un total de 88, respecto a las características que hay que tener para ser nazi sin ser alemán, contestando el entrevistado que la única condición indispensable es ser de raza blanca. En dicho documento se ensalza a Hitler, al racismo, y se realizan múltiples manifestaciones contra los judíos, a los que se califica de antiraza, basura genética, y contra los comunistas por entender que el comunismo es una tiranía aberrante, inventada, impuesta, organizada y dirigida por los judíos, ya que Marx era judío, contra los homosexuales a los cuales se considera anormales y antinaturales, y se mantiene que la raza aria es la superior, justificando la utilización de la violencia cuando es necesario, negando que en la Alemania nazi se gaseara a los judíos.

- Un documento denominado "Europa despierta" (que consta fotocopiado y unido a las actuaciones como anexo 11 folios 2183 a 2184 y vuelta), propaganda de la "hermandad aria española".

- El documento "Leibstandarte" (que consta fotocopiado y unido a las actuaciones como anexo 12 folios 2186 a 2187 vuelto), organización que se reconoce "supporter" de Hammerskin-Nation, determinándose en el citado documento las bases de la misma, su estructura, normas, multas, cuotas y posibilidad de acceso a través de la misma a Hammerskin España. En dicho documento se afirma que la citada organización tiene cuatro secciones entre las cuales una se encuentra en Alcalá de Henares haciendo constar como oficial de la misma a "Manza" y otra en Villaviciosa apareciendo como oficial "Pío" y un número de teléfono al lado de cada uno de dichos nombres.

- El documento "Nibelungen White Pride" (cuya portada y contenido constan fotocopiados y unido a las actuaciones como anexo 13 folios 2188 a 2197) y en el que se incluyen artículos en el que se manifiesta que los skinheads luchan por la libertad, no por el libertinaje de los cerdos, rojos y demás escoria, incitando a los jóvenes a no dejar que les destruyan en nombre de la raza aria, otro titulado "Atención: los judíos nos vigilan desde la red", el siguiente "Solución: Acabar con Sión" el cual anima a la mayor camaradería entre las distintas organizaciones y hermandades NS y skinheads del país, lo que entienden fundamental para acabar con el enemigo, incluye una relación de los altos cargos en el gobierno de Clinton y miembros del cuerpo diplomático estadounidense de raza judía, en el que se mantiene que los judíos les están arrebatando su cultura y forma de vida por lo que hay que atacar sin dudar, y que en España hay que empezar la revolución por las 14 palabras, esto es para "asegurar la existencia de nuestra raza y un futuro para los niños blancos", recordando que, como dice la banda de música Odal en sus canciones, el lema debe ser "Ármate y lucha", y finalmente algo que entienden muy importante "el eliminar a un judío equivale a eliminar a unos diez cerdos más o menos", y finalmente un artículo titulado

Leibstandarte en el que se critica a los políticos españoles por su crítica hacia los Nacionalsocialistas, entendiendo que lo único que hacen es obedecer a su amo judío, y a los policías lanzando una amenaza final “¡Cuidado! Un nuevo martillo se alza sobre vuestras sucias cabezas y golpeará al grito de: Leibstandarte”.

- Una bandera negra con hacha de doble filo, otra con símbolos de puño cerrado, bandera de España con puño cerrado hacia abajo, 3 banderas rojas con esvástica, numerosas bufandas con símbolos nazis y de ultra sur, álbum de fotos con simbología nazi, fotografías, cintas de vídeo “El fascismo que viene”, “Nazis en España”, “Skin alabama”.

- Dos espráis de defensa personal marca Weinen.

2) En el domicilio de Sergio sito en la calle C., núm. 4 2º dcha. de Madrid, tal como se refleja en el acta de entrada y registro que obra a los folios 1574 a 1578 de las actuaciones se intervinieron:

- Diversos objetos como pegatinas ultrasuir y hellhitler, un parche skinhead, 2 llaveros y 4 chapas con llaveros neonazis, varias gorras con anagrama, una camiseta negra de hammerskin, una revista Blood & honour, un boletín bajo la tiranía, un bate de béisbol, un palo de color negro, unos grilletes, emblemas, pegatinas, una bandera, numerosos CD's y pasquines neonazis, un sobre blanco en el que aparece Extremo apartado de correos ...444.

- El documento “Que es el Nacionalsocialismo” (que obra fotocopiado como anexo 15 en los folios 2202 a 2203) en el que se plantean una serie de preguntas en defensa de la política de Hitler, del nacionalsocialismo y sobre el holocausto judío, negando el mismo.

- El documento “Tiempo de llucha” (que obra fotocopiado como anexo 16 folios 2204 a 2208) en el que se califica la homosexualidad de enfermedad o trastorno mental degradante e inmoral, se critica una noticia del periódico El Mundo sobre la detención de dos personas, una de ellas de nombre Fernando L.P., del que se dice que es el presunto encargado de la organización informática de los grupos neonazis en España solicitando la absolución de los detenidos.

- En el ordenador que se intervino en su domicilio, tal como se determinó posteriormente por el volcado del disco duro autorizado por el Juzgado de Instrucción, guardaba un correo electrónico que le remitió Juan Antonio, del grupo Gente Blanca, a su dirección “Hammerskin_España HSE”, y que él reenvió el 16/02/02 a “hsemadrid@hotmail.com” así como una fotografía donde aparece gente armada con pasamontañas, tras los cuales aparecen banderas con la esvástica y la cruz celta.

3) En el domicilio de Mario sito en la calle N., núm. 6 4º B de Azuqueca de Henares (Guadalajara), tal como consta en el acta de entrada y registro que obra a los folios 2917 y 2918 de las actuaciones, se intervinieron:

-44 camisetas y una camisa con simbología nazi, CD's y cintas de simbología nazi, pasamontañas, cinco hebillas y un llavero de simbología nazi, papeles con la misma ideología, una pancarta, varios pósters y folletos de ideología nazi, una bandera grande con una cruz gamada, 50 llaveros con la misma ideología, numerosos cd's del grupo Odal, un puño americano, una metopa con simbología nazi con la leyenda "La bodega de Alcalá", revistas y pegatinas de ideología nazi, 2 navajas de mango negro y 8 cm de hoja, dos navajas de mango de madera de unos 6 cm de hoja una y otra de 13 cm, otra navaja con mango negro, un bate de béisbol, un busto pequeño de Hitler, daga con simbología nazi, tacos de pegatinas de propaganda nazi.

- Documento "Das Reich" (que obra en las actuaciones fotocopiado como anexo 14 folios 2198 a 2201) y en el que aparece una caricatura en la que se ve a una persona de raza negra dentro de una señal de prohibido, con la leyenda "inmigrante, ayúdanos a luchar contra el racismo, vuelve a tu país", se recoge un dibujo de un skin golpeando la hoz y el martillo bajo lo cual se lee "golpea el comunismo", o entre otros, se recoge un artículo halagando la xenofobia y el odio al extranjero.

4) En el domicilio de Pedro Santiago sito en la calle A., núm. 21 2º D de la localidad de Madrid, tal como aparece en el acta de entrada y registro que consta a los folios 1584 a 1587 vuelto de las actuaciones se intervinieron:

- Una pistola de aire comprimido marca Gamo y balines, metopa con anotaciones xenófobas, numerosas camisetas con anagramas nazis, una cazadora tipo "bomber", un cinturón con broche Hammerskin, una cruz celta con inscripción "Skinhead hasta la muerte", pegatinas, parches y numerosos CD,s precintados del grupo Tercios del álbum "Golpes de Ira".

- El documento "Anexo a la raza preguntas y respuestas " (que obra fotocopiado como anexo 19 en los folios 2220 a 2225) en el que se hace un alegato de la primacía de la raza blanca sobre cualquier otra, y en defensa del racismo, criticando por el contrario la raza negra de la que se dice que no tiene ningún talento para la civilización urbana y técnica, pudiendo gobernarse en el marco de la tribu, se realizan múltiples afirmaciones en contra del mestizaje, de los judíos, del comunismo, del capitalismo entendiendo que debe de perseguirse la "revolución europea" a la que se define como la primera etapa de la revolución socialracista que debe llevar al poder la élite biológica aria. En el momento de su detención a Pedro Santiago se le intervino un puño americano sin que consten las características del mismo ni dónde o cómo lo llevaba.

5) En el domicilio de Francisco Javier, sito en la calle I., núm. 27 de la Urbanización P. de Villalbilla (Madrid), según aparece en el acta de entrada y registro que obra a los folios 1518 a 1520 de las actuaciones, se intervinieron:

- 43 camisetas con emblemas y símbolos neonazis, 38 fotografías de símbolos neonazis, seis cintas de video "Las SS sangre y fuego", Adolf Hitler, Las Armas Secretas de Hitler, Grandes Shows del tercer reich", 3 dvd de Mussolini, 3 escudos

para colgar en la pared con martillos cruzados dos de ellos, 7 parches con simbología nazi, 3 tarjetas de summer Camp 2002, un campamento de verano de Hammerskin España, Cd's de Batallón de Castigo, Reconquista, Niger out, Sangre y Oro, cazadora con un parche con 2 martillos cruzados y pegatina con la leyenda "rompemos las cadenas que nos esclavizan", llavero con 2 martillos cruzados, 4 navajas (una automática con las cachas en negro, otra de mariposa, una verde con el símbolo del ejército de tierra y una con estilo árabe), libros como "Adolf Hitler: Mi lucha", "Waffen-SS- La guardia negra de Hitler, y "Tercer Reich, día a día".

6) En el domicilio del acusado Luis Manuel, sito calle T., núm. 11, 4º B de Alcalá de Henares (Madrid), según el acta de la diligencia de entrada y registro que consta a los folios 1513 a 1516 de las actuaciones, fueron intervenidos:

- 40 CD's de Odal, Batallón de Castigo y otros títulos de ideología neonazi, una portada del CD de música Odal Hecho en España con letras de canciones, una pistola de fogueo, 2 cartuchos del 38 especial, una balanza de precisión, un llavero con los colores de España con cinco flechas y sobre las que hay una cruz de hierro y una cruz esvástica, 9 fotografías de reuniones nazis, 16 camisetas con ideología nazi, una cinta de color negro con la inscripción "Hammer-skinhead".

7) En el domicilio de José Eduardo sito en Paseo M., 70-72 Edificio G. 1 4º de la localidad de Malgrat del Mar (Barcelona) según se refleja en el acta extendida de la diligencia de entrada y registro, que consta a los folios 1482 y 1483 se ocuparon:

- Una pistola detonadora, dos navajas -una de ellas de mariposa- un machete, así como gran volumen de fanzines y documentación de ideología nacional socialista, así como parches de la organización Hammerskin, una bandera de 1'50 metros con el símbolo nazi, unas botas Aryan Wan, anorak, chándales y camisetas con símbolo skin, un anillo con símbolo nazi y otro con pinchos, dos cinturones con símbolos skin, 3 álbumes de fotos.

En los locales de José Eduardo, sitios en Paseo M., Centro S. locales 20 y 21 de Malgrat de Mar (Barcelona), según consta en el acta extendida y que obra a los folios 1484 y 1485 de las actuaciones se intervinieron

- Un hacha, un revolver detonador, dos machetes, una navaja de mariposa.

- Treinta cinco CD's con envoltorio original del grupo Tercios del álbum "Golpes de Ira".

- Un ejemplar de la "Constitución Hammerskin Nation" (que obra unida por fotocopia como anexo 21 a los folios 2232 a 2236 de las actuaciones) en la que se establecen las bases de tal organización, calificándose como "el movimiento racial más reconocido que el mundo ha visto" y afirmando que su conducta se basa en las "14 palabras". Según se expone en referido documento se requiere que cada Hammerskin participe en la total victoria de la hermandad blanca y racial. Se definen los cargos que existen

dentro de la "hermandad": representante de ciudad, representante estatal, Cargo003 regional y Cargo003 nacional.

- Numerosos CD's de grupos de música neonazi, algunos de los cuales llevan carátulas o iconografía claramente alusivas al genocidio y la exterminación de los judíos durante el III Reich.

- Una publicación denominada "Guardia Blanca" en la que se recogen artículos sobre el exterminio de razas, activismo, destrucción del antifascismo, y en la que en un artículo titulado "kaos en la ciudad", se afirma que han realizado una campaña de buzoneo contra la inmigración y que están preparando una página web con la ayuda de Hammerskin-España.

8) En el domicilio de Francisco Javier, sito en la calle F., núm. 67 2ºB de Madrid, tal como se refleja en el acta que consta a los folios 1579 a 1583 se intervinieron:

- Pasquines, cd's, varias hojas de pegatinas y publicaciones neonazis, un sobre color sepia a nombre suyo remitido por Fernando San Mames, una hoja hammerskin con 8 folios, un boletín Hammer, un sobre a nombre de Inquisición apartado 8411, un sobres con apartado 8411 con propaganda, boletín Blood & Honour, revista Extremo fotocopiada, una bandera pequeña de España con la cruz celta, 27 fotografías, un sobre a nombre de Promociones 88 con apartado de correos 8411 que contiene documentación, un dibujo anagrama nazi.

9) En el domicilio del acusado Fernando L., sito en la calle S., núm. 8 de la localidad de Griñón, según se refleja en el acta de las actuaciones:

- El documento "Hammerskin Miembro en Perspectiva2 en el que se reflejan las características que ha de tener un miembro en perspectiva (prospect), ser mayor de 18 años, ser presentado por un miembro de la organización, ser skinhead, seguir durante un determinado tiempo unas reglas de conducta como acudir a las reuniones, mostrar un sincero interés en el movimiento y la forma de vida Hammerskin, apoyar a sus miembros y demostrar su valía, seguir las leyes de la organización, entre las que se incluye el pelear cuando sea necesario y aportar su grado de arena a la causa de Hammerskin, y ser posteriormente valorado por el resto de los miembros que votarán sobre si procede o no la admisión del prospect como miembro de pleno derecho.

- Diversos CD's (entre los cuales está "Adolf Hitler, la historia oculta del Tercer Reich"), una caja con pegatinas, una esvástica, una hebilla con la inscripción "Gottmitiuns" una esvástica y el águila, 2 parches de tela con dos martillos cruzados, un cinturón con la inscripción "Hammerskin Nation", un folio encabezado "inmigrante maleante", una almohadilla con dos martillos y las siglas H.S.E. una camiseta con la inscripción "batallón blanco" por delante y skinhead por detrás, dos parches de tela rojos, grises y negros con la inscripción "Prospect of de Nation", camiseta tipo polo de color negra con la inscripción "Hammerskin Nation", una camiseta gris perla con letras negras y amarillas en las que se lee "Pabellón de castigo. España", unos tirantes negros, una

camiseta negra con inscripción en letras blancas "Schwaze Korps 1889", una camiseta negra con la inscripción en letras blancas "14 words" y un símbolo.

En el momento de su detención, y en el interior del vehículo de Fernando López-Poyatos se encontró una caja color aluminio con empuñadura agujereada, 2 gorras con símbolos de martillo, y folletos de ideología racista, así como varios Cd's de grupos con la misma ideología.

10) En el domicilio del acusado Fernando, sito en la calle A., núm. 235 bajo de Barcelona, tal como se refleja en el acta de la diligencia de entrada y registro que obra a los folios 1555 a 1559 de las actuaciones se intervinieron:

- Dos pistolas de aire comprimido.

- El documento "Manifiesto Socialracista" en el que se hace una completa apología sobre la superioridad de la raza blanca sobre el resto de las razas y se califica a los judíos como el problema fundamental de la sociedad mundial.

- Gran cantidad de revistas, documentos, discos, papeles revueltos, documentación variada antisemita, racista y nazi, propaganda, pegatinas, carteles con el mismo contenido, pistola pequeña detonadora, una factura del teléfono ...057 del 18 de junio al 17 de julio de 2003 y en el piso de encima ingente material relativo al nazismo, fascismo, propaganda de Hitler y películas con los mismos temas, un banderín Hammerskin y camisetas con símbolos neonazis, un muñeco (tipo madelman) de Hitler, el Idearium de normativa de organización del grupo "Círculo de Estudios Indoeuropeo".

11) En el domicilio del acusado Daniel, sito en la calle P., núm. 25 6º D de Madrid, según consta en el acta de entrada y registro que obra a los folios 1568 a 1573 de las actuaciones se intervinieron:

- Boletines y diversas gorras con variada simbología, un sobre con pegatinas hemmerskin y anagramas nazis, 10 CD's de los grupos Odal y Reconquista, varios CD's del grupo Tercios, 9 llaves de pugilato o puños americanos metidos dentro de bolsas precintadas, parches, un tampón-sello Thor's Hammer, en la basura un folio de cómo proceder en caso de detención, seis navajas dos de ellas de mariposa, 26 camisetas Thor's Hammer metidas en una caja de cartón, quince bengalas de señalización, un bote de spray de defensa personal, diversas banderas, numerosas camisetas de diversos colores en un sobre de plástico.

12) En el domicilio de Ángel, sito en la calle V., núm. 3 de la localidad de Meco, se intervino una pistola marca "BBM" modelo 315 auto, del calibre 8 mm. Knall que se encontraba en perfecto estado de conservación y que no presentaba troquelado ningún punzón ni número de identificación alguno, la cual había sido transformada para disparar munición real, siendo consciente el acusado de la modificación realizada y de que no se trataba de un arma autorizada, así como 3 cajas de 50 cartuchos de 9 mm Nato Parabellum, 41 camisetas con motivos nazis, cinturón con hebilla nazi, 60 CD'S

de grupos nazis, cazadora con 3 parches (uno de las SS), un palo con una bola unidos por una cadena, 3 cuadros con motivos nazis, un libro "Hitler máquina de guerra", 10 parches con simbología nazi, 58 fotos de fiestas e imágenes skin, 16 carteles y pasquines nazis, una cadena con esvástica, 5 chapas para ropa con los mismos símbolos.

13) En el domicilio de Fabián, sito en la calle B. núm. 43 2º de San Cugat (Barcelona) según se refleja en el acta de la diligencia de entrada y registro que consta a los folios 1545 a 1548 de las actuaciones:

- Un folleto de Hitler y movimientos de llamadas de Vodafone del número de teléfono 909887417 en el período comprendido entre el 12 de octubre de 2003 y 11 de noviembre de 2003. Una camiseta blanca con escudo preconstitucional de España, una camiseta blanca con la inscripción "somos soldados, no ciudadano" y otra también blanca con la inscripción "sangre y honor". Una camiseta gris con la inscripción "1488". Dos tarjetas de "Tattoo thor" y "Tattoo asgard". Una camiseta negra con la inscripción "promociones 88" y otra negra con la inscripción "Blod & honour". Varias camisetas más una de ellas negra con la inscripción "nuestras botas se hicieron para pararos". Numerosos CD's de música skinhead, una defensa negra con iniciales FR en su empuñadura, diversas fotografías, pegatinas y libros de ideología nazi. Una cazador abomber con la inscripción Prospect Nation que llevaba puesta en el momento de la entrada y registro Fabián.

- Dos pistolas de aire comprimido, y una pistola detonadora.- En el momento de su detención se intervino en el vehículo de Fabián un palo de madera de 60 cm de longitud y 6 cm de diámetro envuelto en cinta aislante así como una sudadera con la inscripción núm. 88.

14) En el local La Bodega, sito en la calle Mínimos, s/n de Alcalá de Henares (Madrid), según aparece a los folios 1522 y 1522 vto. de las actuaciones se intervinieron:

- Dize palos, un escudo de las SS, un petardo, una bengala, una bandera Hammerskin con 2 martillos cruzados, 6 banderas con motivos nazis, 17 pósters con motivos nazis y 9 CD's de grupos como Reconquista y similares". (sic)

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"Fallamos: Que debemos condenar y condenamos a José Eduardo como autor penalmente responsable de un delito de asociación ilícita del art. 515.5 en relación con el art. 517.1 del C.P., con la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica del art. 21.6 del C.P. por dilaciones indebidas, a las penas de dos años y seis meses de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de quince meses con una cuota diaria de 6 euros y la responsabilidad personal subsidiaria prevista legalmente en caso de impago, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tiempo de ocho años, absolviéndole del delito de tenencia ilícita de armas del que también era acusado;

debemos condenar y condenamos a Ángel como autor penalmente responsable de un delito de asociación ilícita del art. 515.5 en relación con el art. 517.2 del C.P., con la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica del art. 21.6 del C.P. por dilaciones indebidas, a las penas de un año y seis meses de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de quince meses con una cuota diaria de 6 euros y la responsabilidad personal subsidiaria prevista legalmente en caso de impago y como autor penalmente responsable de un delito de tenencia ilícita de armas del art. 563 del C.P. con la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica del art. 21.6 del C.P. por dilaciones indebidas, a la pena de un año de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; y debemos condenar y condenamos a José Manuel, Sergio, Mario, Pedro Santiago, Francisco Javier, Luis Manuel, Javier, Fernando L., Fernando, Daniel, Francisco Javier B., Sergio E. y Fabián como autores penalmente responsables de un delito de asociación ilícita del art. 515.5 en relación con el art. 517.2 del C.P., con la concurrencia en todos ellos de la circunstancia atenuante analógica del art. 21.6 del C.P. por dilaciones indebidas, a las penas, para cada uno de los citados, de un año y seis meses de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de quince meses con una cuota diaria de 6 euros y la responsabilidad personal subsidiaria prevista legalmente en caso de impago, absolviendo a todos ellos del delito de tenencia ilícita de armas del que se les acusaba.

Se le imponen a Ángel las 2/30 partes de las costas procesales; a José Eduardo, José Manuel, Sergio, Mario, Pedro Santiago, Francisco Javier, Luis Manuel, Javier, Fernando L., Fernando, Daniel, Francisco Javier B., Sergio E. y Fabián 1/30 parte, a cada uno de ellos, de las costas procesales correspondientes al delito de asociación ilícita por el que han sido condenados; se declaran de oficio las 3/30 partes de las costas procesales correspondientes al delito de tenencia ilícita de armas del que venían siendo acusados Mario, Daniel y Pedro Santiago y por el que han sido absueltos; y se le imponen a la acusación popular ejercida por la asociación "Movimiento contra la intolerancia" las 11/30 partes de las costas procesales correspondientes al delito de tenencia ilícita de armas pro el que ha mantenido la acusación contra el resto de los acusados que han resultado absueltos del mismo.

Se acuerda la disolución de la asociación Hammerskin-España y en consecuencia el cese de todas las actividades de la misma. Procédase al comiso de todos los efectos intervenidos a todos los condenados, a los cuales se dará el destino legal correspondiente de acuerdo con su naturaleza, incluidas las armas u objetos que tienen la consideración de armas prohibidas pese a que se absuelva a todos los acusados excepto a Ángel del delito de tenencia ilícita de armas, así como del saldo existente en la cuenta corriente ...209 de la que son cotitulares José Eduardo, Javier y Sergio E.". (sic)

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por las representaciones de Sergio, Mario, Ángel, Francisco Javier, Luis Manuel, José Eduardo, Sergio E., Fernando, Francisco Javier B., Fabián, Pedro Santiago, José

Manuel, Javier y Daniel, que se tuvieron por anunciados remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

CUARTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación de Sergio, Mario, Ángel, Francisco Javier y Luis Manuel, formalizó su recurso de casación alegando los siguientes motivos:

Primero.- Por el cauce del art. 852 LECriminal.

Segundo.- Por la vía del art. 852 LECriminal.

Tercero.- Por el cauce del art. 852 LECriminal.

Cuarto.- Por la vía del art. 852 LECriminal.

Quinto.- Por la vía del art. 852 LECriminal.

Sexto.- Por el cauce del art. 852 LECriminal.

Séptimo.- Por la vía del art. 849.1 LECriminal.

Octavo.- Por Infracción de Ley por indebida aplicación de lo dispuesto en el art. 563 C.P.

Noveno.- Por la vía del art. 849.2 LECriminal.

La representación de José Eduardo formalizó su recurso en base a los siguientes motivos de casación:

Primero.- Por el cauce del art. 852 LECriminal.

Segundo.- Se articulan dos submotivos por Infracción de Ley por la vía del art. 849.1 LECriminal.

Primer submotivo.- Por indebida aplicación de los arts. 515 y 517.1 C.P.

Segundo submotivo.- Por el mismo cauce se invoca aplicación defectiva de la circunstancia analógica del art. 21.6 C.P.

La representación de Sergio E., formalizó su recurso de casación alegando los siguientes motivos:

Primero.- Por la vía del art. 852 LECriminal.

Segundo.- Por Infracción de Ley por indebida aplicación de lo dispuesto en los arts. 515.5, 517.2 y 28 del C.P.

Tercero.- Por la vía del art. 849.2 LECriminal.

La representación de Fernando y Francisco Javier B., formalizó su recurso en base a los siguientes motivos de casación:

Primero.- Por el cauce del art. 5.4 de la LOPJ y 852 LECriminal.

Segundo.- Por Infracción de Ley por el cauce del art. 849.1 LECriminal.

La representación de Fabián formalizó su recurso de casación alegando los siguientes motivos:

Primero.- Por la vía del art. 852 LECriminal y 5.4 LOPJ.

Segundo.- Por la vía del art. 852 LECriminal y 5.4 LOPJ.

Tercero.- Por la vía del art. 852 LECriminal y 5.4 LOPJ.

Cuarto.- Por el cauce del art. 852 LECriminal y 5.4 LOPJ.

Quinto.- Por Infracción de Ley, por el cauce del art. 849.1 LECriminal.

La representación de Pedro Santiago, formalizó su recurso en base a los siguientes motivos de casación:

Primero.- Por la vía de los arts. 852 LECriminal y 5.4 LOPJ.

Segundo.- Quebrantamiento de lo dispuesto en el art. 18.2 C.E.

Tercero.- Por el mismo cauce del art. 852 LECriminal y 5.4 LOPJ.

Cuarto.- Por el cauce del art. 852 LECriminal.

Cuarto (bis): Por la vía del art. 849.1 LECriminal.

Quinto.- Por la vía del art. 849.1 LECriminal.

La representación de José Manuel, formalizó su recurso de casación alegando los siguientes motivos:

Primero.- Por Quebrantamiento de Forma por la vía del art. 851.1 LECriminal.

Segundo.- Por la vía del art. 852 LECriminal.

Tercero.- Por la vía del art. 852 LECriminal.

Cuarto.- Por la vía del art. 849.2 C.E.

Quinto.- Por la vía del art. 849.1 LECriminal.

La representación de Javier y Daniel, formalizó su recurso de casación en base a los siguientes motivos:

Primero.- Por Quebrantamiento de Forma.

Segundo.- Por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones.

Tercero.- Por el cauce del art. 852 LECriminal.

Cuarto.- Por error en la apreciación de la prueba.

Quinto.- Por Infracción de Ley.

QUINTO.- Instruidas las partes de los recursos interpuestos, la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento de Vista cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para Vista, se celebró la votación el día 25 de octubre de 2011. Teniendo en cuenta la complejidad del tema objeto de estudio, con fecha 25 de octubre de 2011 se dictó auto de prórroga del término para dictar sentencia por treinta días hábiles, no obstante, no pudo dictarse sentencia dentro del periodo de prórroga.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de 16 de julio de 2009 de la Sección VII de la Audiencia Provincial de Madrid, condenó a José Eduardo, Ángel, José Manuel, Sergio, Mario, Pedro Santiago Francisco Javier, Luis Manuel, Javier, Fernando L., Fernando, Daniel, Francisco Javier B., Sergio E. y Fabián, como autores, todos ellos en los términos y condiciones expresados en el fallo de un delito de asociación ilícita del art. 515-5 en relación con el art. 517-1 (al primero de ellos), y en relación con el art. 517-2 al resto de los condenados. Además, Ángel fue condenado como autor de un delito de tenencia ilícita de armas.

Los hechos, en síntesis, se refieren a que todos los condenados forman parte de la asociación denominada Hammerskin España (en adelante, HSE), no legalmente constituida, de ideología nacionalsocialista, que cree en la supremacía de la raza blanca, y tiene por finalidad extender el odio y la violencia como consecuencia de la homofobia, xenofobia y antisemitismo, propagando dichos sentimientos entre otras

personas a través de la organización de conciertos de música en los que intervienen grupos que cantan canciones cuyas letras reflejan la citada ideología, con distribución de discos y publicaciones a tal fin.

En el relato fáctico se describe el símbolo distintivo de HSE, y la estructura de la organización en la que se distinguen dos niveles:

a) Los miembros de pleno derecho y

b) Los prospect o aspirantes, quienes pasan a la condición de miembros de pleno derecho en el curso de la ceremonia llamada “imposición de martillos” narrándose que el 21 de noviembre de 2003 tuvo lugar esta ceremonia en el local “La Bodega” sito en calle Mínimos de la localidad de Alcalá de Henares para la admisión como miembro de pleno derecho de Luis Manuel.

Asimismo se nos dice que el recurrente José Eduardo es el máximo responsable de la organización HSE, que mantiene contactos con organizaciones Hammerskin de otros países, que imparte instrucciones a los miembros de la organización y toma decisiones y controla.

A continuación se concretan los especiales cometidos que dentro de la asociación desempeñaban los miembros Javier, Sergio E., Mario, Ángel, Fernando L., Sergio, Daniel.

También forman parte de HSE, Fernando, Javier Ba., Francisco Javier y Luis Manuel. Como “miembros en perspectiva” se cita en el factum a José Manuel y Fabián. Todos los citados tienen una efectiva participación en la actividad de la organización para la consecución de sus fines.

Se cita en el factum la calle c de HSE en la Caixa con titularidad indistinta a favor de José Eduardo y Javier, así como de Sergio E. Existía una tarjeta Visa asociada a dicha cuenta cuyo titular es José Eduardo y era en esa cuenta donde se ingresaban las cuotas de la asociación y los beneficios obtenidos con la realización de conciertos y venta de productos.

La ideología de la supremacía de la raza blanca, difundiendo el odio y la violencia como consecuencia de la homofobia, xenofobia y antisemitismo se llevaba a cabo a través de conciertos de música destacando el grupo ODAL cuyo cantante Mario y su batería Ángel pertenecen a HSE.

Se cita diversa discografía del grupo ODAL, en concreto “Hecho en España”, “Lobos del Odin” en los que se encuentran canciones tales como “El último hombre blanco”, “El Khan”, “esas calles”, “Voluntarios Españoles”, “Libros del Odin”, “Te juro”, “Cree y Lucha”, “Skinheads España”, “Combate”, “Tu historia”, “Sangre y Furia”, “Odal”, “Haz deporte” y “Hail Hammerskin”.

Las letras de estas canciones tienen, respectivamente, como tema la supremacía del hombre blanco, en contra del comunismo y el sionismo financiero, lucha contra la inmigración, la lucha hasta la muerte a semejanza de la división azul, la defensa de la raza aria, la fidelidad a la raza europea, el enfrentamiento a la policía, el poder blanco, en contra del mestizaje racial con el lema del Ku Klux Klan: "Debemos asegurar la existencia de nuestra raza y un futuro para los niños blancos" (lo que se conoce como las 14 palabras), el odio contra el sistema o -en relación a la penúltima canción- con un claro contenido violento contra anarquistas y comunistas animando a hacer deporte estimando como tal poner a un "sharp" contra el suelo y patearle con las botas y los tirantes. La última canción citada es el himno de HSE que comienza con las palabras "es la furia del pasado, el orgullo de lo olvidado, el poder de la raza, dos martillos y a la caza".

HSE con la finalidad de difundir las ideas expresadas, produjo un CD, denominado Tercios con contenido similar a las del grupo Odal.

En los conciertos que encarga HSE se contratan los locales y se convoca a los asistentes a través de medios, incitando a que acudan un importante número de personas, procurando que los grupos no sean conocidos con el fin de evitar suspensiones administrativas, cobrando la entrada y vendiendo a los asistentes productos que al tiempo que les permite obtener ingresos, de este modo se financia la organización y les sirve para difundir sus ideas.

También HSE dispone de la publicación "El Martillo" y colabora en la revista "Extremo". Ambas, bajo la apariencia de publicaciones de contenido musical, sirven para difundir ideas, revistas que incitan la violencia contra las personas de otra ideología o raza. Para la difusión de las revistas y venta de discos y objetos, HSE dispone de dos apartados de correo, los números ...444 y ...411, que constan en las revistas "El Martillo" y "Extremo" y cuyo titular (el primero) era Daniel F.A., en tanto que el segundo apartado era utilizado por Fernando L. y Javier, todos condenados y recurrentes.

Como lugar de reuniones, HSE utiliza el local "La Bodega", sito en la calle Mínimos de Alcalá de Henares en cuya puerta había la inscripción "Only whites" y era de acceso restringido a los miembros o personas afines.

Consta, finalmente, en los hechos probados que por el Juzgado núm. 4 de los de Móstoles, se acordaron diligencias de entrada y registro en los domicilios de José Manuel, Sergio, Mario, Pedro Santiago Francisco Javier, Luis Manuel, José Eduardo, Francisco Javier, Fernando L., Fernando, Daniel, Ángel, Fabián, así como en el local "La Bodega" de la calle Mínimos, de Alcalá de Henares, ocupándoseles a las personas concernidas los efectos que constan en el relato fáctico, todos ellos coincidentes con la expresada ideología de HSE.

Se anunciaron recursos de casación por parte de los quince condenados, y se formalizaron por catorce de ellos, ya que el recurso anunciado por Fernando L. fue declarado desierto por auto de la Sala de 20 de abril de 2010.

En relación a los recursos debidamente formalizados, estos son los siguientes:

- 1) Recurso conjunto formalizado por Sergio, Mario, Ángel, Francisco Javier y Luis Manuel.
- 2) Recurso de José Eduardo.
- 3) Recurso de Sergio E.
- 4) Recurso conjunto de Fernando y Francisco Javier B.
- 5) Recurso de Fabián.
- 6) Recurso de Pedro Santiago.
- 7) Recurso de José Manuel.
- 8) Recurso conjunto de Javier (Javito) y Daniel.

Pasamos al estudio de los recursos formalizados, por el orden expuesto, y ya anunciamos que como abordan en bastantes casos, temas comunes, estos serán abordados y resueltos en el primer recurso de los citados por ser el más completo, sin perjuicio de que en el estudio del resto de los recursos se de respuesta a las cuestiones propias del mismo y en las ya resueltas en otro recurso, se efectúen las oportunas remisiones en evitación de tediosas reiteraciones.

SEGUNDO.- Recurso de Sergio, Mario, Ángel, Francisco Javier y Luis Manuel.

El recurso se desarrolla a través de nueve motivos.

El motivo primero, por la vía de la vulneración de derechos constitucionales se denuncia violación del art. 18-3 de la Constitución, en relación a las intervenciones telefónicas practicadas. También se alega con la cita del art. 24-2 C.E. violación al derecho al Juez predeterminado por la Ley.

Antes de entrar en el catálogo de denuncias y vulneraciones que se dicen cometidas en relación a este medio excepcional de investigación criminal, que también puede operar como medio de prueba, no es ocioso reiterar la doctrina de esta Sala sobre el protocolo a seguir en relación a la interceptación de las comunicaciones telefónicas.

Cuando en esta sede casacional se efectúan denuncias relativas a la vulneración del derecho a la intimidad de las comunicaciones al amparo del art. 18 de la Constitución en relación a las intervenciones telefónicas efectuadas en la instrucción, es preciso deslindar con claridad dos niveles de control coincidentes con la doble naturaleza que pueden tener tales intervenciones ya que pueden operar en el proceso como fuente de

prueba y por tanto como medio de investigación, o pueden operar como prueba directa en sí. Es claro que la naturaleza y entidad de los requisitos, así como las consecuencias de su inobservancia son substancialmente diferentes.

En efecto, como fuente de prueba y medio de investigación, deben respetar unas claras exigencias de legalidad constitucional, cuya observancia es del todo punto necesaria para la validez de la intromisión en la esfera de la privacidad de las personas, en este sentido los requisitos son tres:

- 1) Judicialidad de la medida.
- 2) Excepcionalidad de la medida.
- 3) Proporcionalidad de la medida.

Evidentemente de la nota de la judicialidad de la medida se derivan como consecuencias las siguientes:

a) Que solo la autoridad judicial competente puede autorizar el sacrificio del derecho a la intimidad.

b) Que dicho sacrificio lo es con la finalidad exclusiva de proceder a la investigación de un delito concreto y a la detención de los responsables, rechazándose las intervenciones predelictuales o de prospección. Esta materia se rige por el principio de especialidad en la investigación.

c) Que por ello la intervención debe efectuarse en el marco de un proceso penal abierto, rechazándose la técnica de las Diligencias Indeterminadas, si bien el alcance del quebrantamiento de esta prevención no tiene alcance invalidante para la intervención al tratarse de una cuestión meramente procedimental.

d) Al ser medida de exclusiva concesión judicial, esta debe ser fundada, es decir, motivada y ello supone exponer sistemáticamente las razones que apoyan una decisión, en este caso la de permitir la injerencia en las conversaciones telefónicas, y ello en el doble sentido de adoptar la forma de auto y tener suficiente motivación o justificación de la medida, ello exige de la policía solicitante la expresión de la noticia racional del hecho delictivo a comprobar y la probabilidad de su existencia, así como de la implicación posible de la persona cuyo teléfono es el objeto de la intervención. Los datos que deben ser facilitados por la policía tienen que tener una objetividad suficiente que los diferencia de la mera intuición policial o conjetura. Tienen que ser objetivos en el doble sentido, en primer lugar de ser accesibles a terceros y, singularmente, al Juez que debe autorizarla o no, pues de lo contrario se estaría en una situación ajena a todo posible control judicial, y es obvio que el Juez, como Cargo003 de la encuesta judicial no puede adoptar el pasivo papel de vicario de la actividad policial que se limita a aceptar, sin control alguno, lo que le diga la policía en el oficio, y obviamente, el control carece de ámbito si sólo se comunican intuiciones, opiniones, corazonadas o juicios de

valor. Obviamente los datos a exponer por la policía se sitúan extramuros de esas valoraciones subjetivas, pero tampoco deben ser tan sólidos como los que se exigen para procesar ex art. 384 LECriminal, ya que se estará en el inicio de una investigación en los casos en los que se solicite la intervención telefónica. STC 253/2006 de 11 de septiembre. Como se recuerda en las SSTC 171/1999; 299/2000 y 14/2001 "...Los indicios son algo más que la simple sospecha, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para procesar....".

En segundo lugar, tales datos han de proporcionar una base real suficiente para poder estimar que se ha cometido o se va a cometer el delito que se investiga y de la posible implicación de la persona concernida.

Como recuerda la STC 184/2003: "...en el momento inicial del procedimiento en el que ordinariamente se acuerda la intervención telefónica, no resulta exigible una justificación fáctica exhaustiva, pues se trata de una medida, adoptada, precisamente, para profundizar en una investigación no acabada, por lo que únicamente pueden conocerse unos iniciales elementos indiciarios, pero sin duda deben ser superadas las meras hipótesis subjetivas o la simple plasmación de una suposición de la existencia de un delito o de la intervención en el de una determinada persona....".

En definitiva, en la terminología del TEDH se deben facilitar por la autoridad policial las "buenas razones" o "fuertes presunciones" a que dicho Tribunal se refiere en los casos Lüdi -5 de junio de 1997-, o Klass -6 de septiembre de 1998-. Se trata de términos semejantes a los que se emplean en el art. 579 LECriminal.

Solo de este modo será posible ejercer el control judicial efectivo mientras dure este medio de investigación, ello no quiere decir que el Juez de Instrucción deba tener acceso directo al contenido de las intervenciones mediante la audiencia de las cintas o lectura íntegra de sus transcripciones. Ya en el fundamental auto de esta Sala de 18 de junio de 1992 -caso Naseiro-, en el que está el origen de la actual doctrina jurisprudencial que se comenta, se dice, expresamente: "...Y no cabe argumentar que al Juez no le resultará posible oír horas y horas la conversación porque ello supondría abandonar el resto de sus importantes tareas judiciales, y no lo es porque se trata de que el Juez, asesorado, si lo estima oportuno, de expertos y en presencia del Secretario Judicial, en cuanto dador en exclusiva de la fe pública en el ámbito judicial, seleccione, en la forma que estime oportuna, lo que interesa a la investigación por él ordenada...." "...otra cosa distinta, que nadie pretende, es que el Juez haya de estar en observación continua y permanente, lo que, con toda obviedad, no sería posible....".

Por ello, el control efectivo judicial del contenido de la intervención, se puede efectuar, y así se hace de ordinario, bien a través de los propios informes policiales en los que se va dando cuenta de los datos relevantes de la investigación, complementados con las transcripciones más relevantes, con independencia de que, además se envíen las cintas íntegras para su introducción, si se solicitase en el Plenario, por lo que no es preciso la audición directa de las cintas por el Sr. Juez Instructor. En tal sentido, SSTC

82/2002, 184/2003, 205/2005, 26/2006, 239/2006, 197/2009 y en la reciente sentencia 26/2010 de 27 de abril.

e) La intervención telefónica es una medida temporal, el propio art. 579-3º fija el periodo de tres meses, sin perjuicio de prórroga, y en todo caso debe tenerse en cuenta que en relación al dies a quo o inicial del plazo a los efectos del cómputo, debe partirse de la fecha en que se dicta la resolución que le autoriza, independientemente de cuando comience la intervención efectivamente -SSTC 205/2005; 26/2006 y 68/2010, entre otras-.

f) El principio de fundamentación de la medida, abarca no solo al acto inicial de la intervención, sino también a las sucesivas prórrogas, ya que el control es un continuum que no admite rupturas, estando permitida en estos casos la fundamentación por remisión al oficio policial que solicita la prórroga.

En este sentido, la STC 167/2002 de 18 de septiembre y más recientemente la ya citada STC 26/2010 de 27 de abril, así como la 25/2011 de 14 de marzo, manifiesta que, aunque lo deseable es que la expresión de los indicios objetivos que justifiquen la intervención quede exteriorizada directamente en la resolución judicial, esta puede, también, considerarse suficientemente motivada si, integrados en la solicitud policial a la que pueden remitirse, contiene los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias constitucionales y legales, de tal suerte que se puede llevar a cabo, posteriormente la ponderación de la restricción de los derechos fundamentales que la proporcionalidad de la misma conlleva. Como se dice en la citada STC 68/2010 con cita de la anterior STC 26/2010, se satisface el deber de motivación de la resolución judicial cuando el auto judicial “....de una parte, expresa con claridad las personas objeto de las pesquisas policiales, cual es el delito investigado y cuáles son los números de teléfono cuya intervención se solicita, de igual modo, se fija el plazo de intervención.... De otra parte.... el Juzgado ha dispuesto de elementos fácticos suficientes para efectuar el pertinente juicio de proporcionalidad....”.

g) Consecuencia de la exclusividad judicial, es la exigencia de control judicial en el desarrollo, prórroga y cese de la medida, lo que se traduce en la remisión de las cintas íntegras al Juzgado, sin perjuicio de la transcripción mecanográfica efectuada ya por la policía., ya por el Secretario Judicial, ya sea esta íntegra o de los pasajes más relevantes, y ya esta selección se efectúe directamente por el Juez o por la Policía por delegación de aquél, pues en todo caso, esta transcripción es una medida facilitadora del manejo de las cintas, y su validez descansa en la existencia de la totalidad de las cintas en la sede judicial y a disposición de las partes en el Plenario, pero ya desde ahora se declara que las transcripciones escritas no constituyen un requisito legal.

De la nota de excepcionalidad se deriva que la intervención telefónica no supone un medio normal de investigación, sino excepcional en la medida que supone el sacrificio de un derecho fundamental de la persona, por lo que su uso debe efectuarse con carácter limitado, ello supone que ni es tolerable la petición sistemática en sede judicial de tal autorización, ni menos se debe conceder de forma rutinaria. Ciertamente en la

mayoría de los supuestos de petición se estará en los umbrales de la investigación judicial -normalmente tal petición será la cabeza de las correspondientes diligencias previas-, pero en todo caso debe acreditarse una previa y suficiente investigación policial que para avanzar necesita, por las dificultades del caso, de la intervención telefónica, por ello la nota de la excepcionalidad, se completa con las de idoneidad y necesidad y subsidiariedad formando un todo inseparable, que actúa como valladar ante el riesgo de expansión que suele tener todo lo excepcional, riesgo sobre el que esta Sala ha llamado la atención varias veces. SSTS 998/2002; 498/2003; 182/2004 y 1130/2009.

De la nota de proporcionalidad se deriva como consecuencia que este medio excepcional de investigación requiere, también, una gravedad acorde y proporcionada a los delitos a investigar. Ciertamente que el interés del Estado y de la Sociedad en la persecución y descubrimiento de los hechos delictivos es directamente proporcional a la gravedad de estos, por ello, solo en relación a la investigación de delitos graves, que son los que mayor interés despiertan su persecución y castigo, será adecuado el sacrificio de la vulneración de derechos fundamentales para facilitar su descubrimiento, pues en otro caso, el juicio de ponderación de los intereses en conflicto desaparecería si por delitos menores, incluso faltas se generalizase este medio excepcional de investigación, que desembocaría en el generalizado quebranto de derechos fundamentales de la persona sin justificación posible.

Frente a otras legislaciones que establecen un catálogo de delitos para cuya investigación está previsto este medio excepcional, la legislación española guarda un silencio que ha sido interpretado por la jurisprudencia en el sentido de exigir la investigación de hechos delictivos graves, y desde luego, entre ellos aquellos que revisten la forma de delincuencia organizada; de alguna manera, puede decirse que en un riguroso juicio de ponderación concretado a cada caso, el sacrificio del principio de intangibilidad de los derechos fundamentales, debe ser proporcionado a la legítima finalidad perseguida. Complemento de la excepcionalidad es el de especialidad en relación al concreto delito objeto de investigación.

En el anteproyecto de Ley para un nuevo proceso penal elaborado por el Ministerio de Justicia en el año 2011 está previsto subsanar esta importante laguna al preverse en el art. 275 un doble sistema de concreción de delitos en los que podrá adoptarse este medio excepcional de investigación, en primer lugar, por razón de la gravedad del delito doloso -los que lleven aparejada pena igual o superior a cinco años de prisión- y en segundo lugar con la adopción de un catálogo cerrado de delito.

Estos requisitos expuestos hasta aquí, integran el estándar de legalidad en clave constitucional, de suerte que la no superación de este control de legalidad convierte en ilegítima por vulneración del art. 18 de la Constitución con una nulidad insubsanable, que arrastrará a todas aquellas otras pruebas directamente relacionadas y derivadas de las intervenciones telefónicas en las que se aprecie esa "conexión de antijuridicidad" a que hace referencia, entre otras muchas, la STC 49/99, de 2 de abril, que supone una modulación de la extensión de los efectos de prueba indirecta o refleja en relación a la

prueba nula -teoría de los frutos del árbol envenenado- en virtud de la cual, cualquier prueba que directa o indirectamente y por cualquier nexo se le pudiera relacionar con la prueba nula, debía ser igualmente, estimada nula. La cita del art. 11-1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial es obligada.

Una vez superados estos controles de legalidad constitucional, y sólo entonces, deben concurrir otros de estricta legalidad ordinaria, solo exigibles cuando las intervenciones telefónicas deban ser valoradas por sí mismas, y en consecuencia poder ser estimadas como medio de prueba, lo que supone su introducción en el Plenario y el sometimiento a los principios que lo definen.

Tales requisitos, son los propios que permiten la valoración directa por el Tribunal sentenciador de todo el caudal probatorio, y que por ello se refieren al protocolo de incorporación al proceso, siendo tales requisitos la aportación de las cintas íntegras al proceso y la efectiva disponibilidad de este material para las partes junto con la audición o lectura, en lo necesario, de las mismas en el juicio oral, lo que le dota de los principios de oralidad o contradicción, salvo que, dado lo complejo o extenso que pueda ser su audición se renuncie a la misma, bien entendido que dicha renuncia no puede ser instrumentalizada por las defensas para tras interesarla, alegar posteriormente vulneración por no estar correctamente introducidas en el Plenario. Tal estrategia, es evidente que podría constituir un supuesto de fraude contemplado en el artículo 11-2 de la LOPJ, de vigencia también, como el párrafo primero, a todas las partes del proceso, incluidas la defensa, y al respecto hay que recordar con las SSTC 72/2010, ya citada, así como con la 26/2010, que en caso de renuncia a la audición de las cintas o a la lectura de las transcripciones, o caso de oposición a dicha diligencia es obvio que no se vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías porque la parte concernida tuvo oportunidad de someter a contradicción tales cintas o transcripciones.

No existe ningún precepto que exija la transcripción ni completa ni de los pasajes más relevantes, ahora bien, si se utilizan las transcripciones, su autenticidad, solo vendrá si están debidamente cotejadas bajo la fe del Secretario Judicial. -en igual sentido, entre otras muchas, STS 538/2001 de 21 de marzo y STS 650/2000 de 14 de septiembre-.

De lo expuesto, se deriva, que el quebrantamiento de estos requisitos de legalidad ordinaria, solo tiene como alcance el efecto impeditivo de alcanzar las cintas la condición de prueba de cargo, pero por ello mismo, nada obsta que sigan manteniendo el valor de medio de investigación y por tanto de fuente de prueba, que puede completarse con otros medios como la obtención de efectos y útiles relacionados con el delito investigado, pruebas testificales o de otra índole.

Sin ningún ánimo exhaustivo, en acreditación de la doctrina jurisprudencial expuesta se pueden citar las SSTC 22/84 de 17 de febrero, 114/84 de 29 de noviembre, 199/87 de 16 de diciembre, 128/88 de 27 de junio, 111/90 de 18 de junio, 199/92 de 16 de noviembre, y entre las últimas, 49/99 de 9 de abril y 234/99 de 20 de diciembre. De esta Sala se pueden citar SSTS de 12 de septiembre de 1994, 1 de junio, 28 de marzo,

6 de octubre de 1995, 22 de julio de 1996, 10 de octubre de 1996, 11 de abril de 1997, 3 de abril de 1998, 23 de noviembre de 1998, y entre las más recientes, SS núm. 623/99 de 27 de abril, 1830/99 de 16 de febrero de 2000, 1184/2000 de 26 de junio de 2000, núm. 123/2002 de 6 de febrero, 998/2002 de 3 de junio, 27/2004 de 13 de enero, 182/2004 de 23 de abril y 297/2006 de 6 de marzo, 1260/2006 de 1 de diciembre, 296/2007 de 15 de febrero, 610/2007 de 28 de mayo y 296/07 de 15 de marzo, 777/2008 de 18 de noviembre, 737/2009 de 6 de julio, 933/2009 de 1 de octubre, 395/2010; 895/2010; 1057/2010 y 956/2011.

Desde la doctrina expuesta pasamos a enumerar el catálogo de denuncias dando la respuesta correspondiente.

1- El núcleo inicial de la denuncia estriba en que en el oficio policial inicial de 15 de octubre de 2003 obrante a los folios 2 y 3 del Tomo I de la instrucción no se ofrecen datos concretos y suficientes de estar cometiéndose el delito que se dice ni de la implicación de las personas afectadas.

Consecuentemente con ello, en el auto judicial de 24 de octubre de 2003 obrante a los folios 22 y 23 no existe una motivación capaz de justificar la medida de intervención que, como se sabe conlleva el sacrificio del derecho fundamental de la privacidad de las comunicaciones. Esta situación es también predicable de las prórrogas en las que no hubo control judicial.

2- Como segunda denuncia se alega la falta de competencia territorial del Juzgado de Instrucción de Móstoles -el núm. 4- quien fue el que inició las diligencias, ya que las fotos aportadas fueron encontradas en un registro llevado a cabo en el domicilio del estimado en ese momento como Jefe de la asociación ilícita y que tenía su domicilio en Alcorcón.

3- Como tercera denuncia se alega que se trató de una medida desproporcionada tanto porque el delito investigado no es delito grave al a vista de la pena asignada al mismo, como porque fue una medida extralimitada en el tiempo -se prolongó durante cuatro meses- y no fue la más idónea porque existieron otras que hubieron sido menos invasivas, como los seguimientos.

4- En cuarto lugar se denuncia que se ignora los medios con que contó la policía para llegar a conocer el número telefónico que fue intervenido.

5- En quinto lugar existió cosa juzgada ya que en un principio la inicial investigación acordada fue archivada.

La conclusión de todo este inventario de denuncias le lleva a los recurrentes a estimar nulo tal medio de investigación así como las pruebas de ellas derivadas.

Todas estas cuestiones ya fueron alegadas en la instancia y recibieron la oportuna respuesta del Tribunal sentenciador, respuesta que fue totalmente adversa a la

pretendida nulidad que se solicitaba. A tal respecto basta la lectura de los extensos fundamentos jurídicos primero y segundo -folios 21 a 41 de la sentencia-.

En este control casacional debemos verificar la corrección -o no- de los argumentos de la sentencia para rechazar la nulidad de las intervenciones que nuevamente se suscita por los recurrentes.

Un examen directo de las actuaciones pone de manifiesto los siguientes datos:

1) Por oficio de 15 de octubre de 2003 dirigido al Juzgado de Instrucción núm. 4 se comunica que en el curso de otras Diligencias núm. 2284/2003 del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Móstoles en relación a hechos por los que fue detenido José Manuel, se efectuó un registro en el domicilio del insinuado en Alcorcón, ocupándose 143 fotografías (de las que se adjuntan 12 en el oficio policial).

Se comunica que a la vista de las mismas pudiera sospecharse que las personas allí fotografiadas pudieran integrar un delito de asociación ilícita.

Se comunica asimismo la identidad de varios de los que aparecen en las fotos, dando los datos correspondientes. Asimismo se participan los antecedentes policiales obrantes de cada uno de ellos y se concluye que los identificados "...pudieran constituir un grupo de ideología xenófoba y racista que pudiera ser considerado como asociación ilícita....".

Se concluye el oficio facilitando al Juzgado dos números telefónicos convencionales, identificando a los titulares de las mismas y a los usuarios, solicitando la intervención de la misma.

El anexo fotográfico acompañado se integra por doce folios en los que aparecen varias personas, algunas identificadas por la policía que lo hace constar con los dígitos correspondientes en los textos explicativos que acompañan a las fotos. Es de destacar que tanto la indumentaria de los fotografiados, símbolos, bandera y banderines se corresponden con la simbología nazi, habiendo sido tomadas algunas fotos en exteriores y otras en interiores en posiciones, algunas, de desfiles y homenajes, singularmente la foto núm. 1 en donde aparecen seis personas con indumentaria neonazi tras un cartel que reza "Rudolf Hess, siempre presente".

En base a estos datos, y en el marco de las Diligencias Previas -declaradas secretas- aperturadas al efecto -D.P. 5414- por el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Móstoles (de las que dimana las presentes actuaciones), por auto de 24 de octubre de 2003 se accedió a lo solicitado.

Verificamos en este control casacional que se facilitaron datos concretos y claramente sugerentes de la posible comisión de un delito de asociación ilícita en el que las personas inicialmente identificadas pudieron estar inmersas, así como la necesidad de identificar al resto de los intervinientes.

Las fotos son tan evidentes dada las vestimentas, bandera y textos que obran en las mismas que hablan por sí mismas, no es preciso mayores argumentaciones. Debe tenerse en cuenta que se trata de fotos incautadas por la policía, por lo tanto efectuadas por los propios investigados.

El auto, por otra parte responde al canon de motivación exigible lo que supone que el Sr. Juez de Instrucción, a la vista de la contemplación de las fotos acompañadas pudo efectuar el indispensable juicio de ponderación para justificarse la necesidad de utilizar este medio excepcional de investigación.

A partir del auto de 24 de octubre se van sucediendo, según los términos acordados en la parte dispositiva del auto, los informes o partes de adelanto de las conversaciones intervenidas, la remisión de las cintas y de las transcripciones, la petición de nuevas prórrogas o, en su caso, de nuevas interceptaciones de otros teléfonos a la vista del contenido y avance de la investigación, y su concesión por resolución judicial motivada.

En tal sentido, y sin ánimo exhaustivo citamos el oficio policial de 4 de noviembre en el que se comunica el número del teléfono móvil de José Manuel para el que se solicita la intervención (con anterioridad se había intervenido el teléfono convencional), y el auto judicial que lo autoriza -folios 26 y 29, respectivamente-, y lo mismo observamos con los siguientes oficios policiales que van comunicando el avance de la investigación, acompañados de las transcripciones -folio 32, 38, 45 y siguientes, 59 y siguientes, 166, 170 y siguientes, 219, 233 y siguientes, 244, 254 y siguientes y 382 y siguientes.

Correlativamente, se han examinado las resoluciones judiciales en las que con el soporte de las informaciones y transcripciones de la policía se van resolviendo fundadamente y accediendo ya a nuevas intervenciones o a prórrogas de las ya concedidas. En tal sentido, folios 35, 56, 211, 241, 368 y 440.

Como resultado del control casacional efectuado, estamos en condiciones de declarar que la primera de las denuncias efectuadas relativa a la falta de datos que puedan justificar la petición de intervención telefónica, así como la falta de motivación y de control judicial durante la vigencia de la medida debe ser rechazada.

2) La segunda denuncia relativa a la falta de competencia territorial del Juzgado de Móstoles núm. 4 porque el domicilio de José Manuel está situado en Alcorcón, debe ser tajantemente rechazada. Basta recordar que las diligencias iniciales en las que se acordó el registro del domicilio de José Manuel, en el que se ocuparon las 148 fotos, de las que se acompañaron 12 en la petición de intervención telefónica, lo fue también por el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Móstoles que era el territorialmente competente por los hechos acaecidos en Villaviciosa de Odón, siendo irrelevante que la vivienda registrada estuviese en otro partido judicial -el de Alcorcón-.

3) En relación a la tercera denuncia no existió desproporción en la adopción de la medida, y en cuanto a que se pudieron adoptar otras medidas de investigación menos

invasivas, es claro que no es ese el debate, sino si la presente medida era idónea para el fin apetecido, y si era la adecuada. En relación a la gravedad del delito investigado, basta recordar que el delito de asociación ilícita del art. 515 párrafo 5º Cpenal lleva aparejadas penas de dos a cuatro años de prisión, multa e inhabilitación especial de seis a doce años -art. 517 párrafo 1º-. Pues bien, en el art. 33 Cpenal se califican de penas graves las inhabilitaciones especiales por tiempo superior a cinco años, y hay que recordar que la sentencia impuso al recurrente estimado como Cargo001 de HSE - José Eduardo- la pena de ocho años de inhabilitación especial.

4) En relación a los medios por los que la policía obtuvo los números telefónicos cuya intervención se solicita, se trata de cuestión sobre la que la Sala tiene ya una doctrina clara y concreta, citamos las SSTS 509/2009; 304/2010; 85/2011; 1078/2011, 1224/2011, así como la STC 25/2011. No basta la mera alegación de ilegitimidad en la obtención de un número telefónico por la policía, sino que se exige a la parte que sostenga la ilegitimidad de una actuación policial que junto con la alegación presente o justifique suficientemente lo que afirma, para que surja la obligación de acreditar la legitimidad de la puesta en entredicho de la diligencia policial concernida. En el presente caso, la alegación se queda en la mera pregunta retórica sin aportar algún principio de prueba o indicio de ilegitimidad de la actuación policial.

Retenemos de la STC 25/2011 ya citada: “.... De igual modo, debemos descartar la queja referida a la vulneración del derecho a la intimidad (art. 18-3 C.E.) en que había incurrido la policía al obtener la titularidad y el número del teléfono móvil de la recurrente con anterioridad a la solicitud policial de interceptación de las comunicaciones..... lo cierto es que la queja está sostenida en una mera sospecha, al no constar por el que dicha información ha sido obtenida ni efectuar la demanda ninguna concreción a ese respecto....”.

5) Finalmente en relación a la excepción de cosa juzgada, basta decir que en las Diligencias Previas iniciales del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Móstoles en el curso de las cuales se acordó el registro del domicilio de José Manuel, aquellas diligencias lo fueron por otro delito: concretamente de homicidio en grado de tentativa que terminaron por auto de sobreseimiento provisional, delito distinto del de asociación ilícita. No hay, pues, cosa juzgada, se trata de delito distinto, y, más aún, el sobreseimiento fue provisional que nunca produce los efectos de cosa juzgada.

En conclusión las intervenciones telefónicas son válidas.

Procede el rechazo del primer motivo.

El segundo motivo, por igual cauce que el anterior denuncia la violación del art. 18-2 C.E. en relación a la inviolabilidad del domicilio, en relación a los registros llevados a cabo en la instrucción.

Tal nulidad la justifica en dos argumentos:

a) Como consecuencia de la teoría de los frutos del árbol envenenado, ya que la fuente de conocimiento estaría en las intervenciones telefónicas nulas en la tesis de los recurrentes.

b) Por falta de motivación de los autos de registro por falta de elementos incriminatorios que pudieran justificarlos, tratándose de autos seriados.

En relación a la primera causa de nulidad, declarada la validez de las intervenciones telefónicas, decae la nulidad que pretenden los recurrentes basada en ella.

En relación a la segunda causa, un examen directo de las actuaciones nos lleva a examinar los oficios policiales de 24 de febrero de 2004 obrantes a los folios 607 y siguientes del Tomo III de la instrucción pone de manifiesto lo siguiente:

Se trata de un total de catorce oficios policiales dirigidos al Juzgado de Instrucción núm. 4 de Móstoles en solicitud de otros tantos registros domiciliarios de las catorce personas allí indicadas en los respectivos oficios, entre ellos los de los cinco recurrentes cuyo recurso es el estudiado en estos momentos -folios 607 y siguientes; 611 y siguientes; 615 y siguientes; 619 y siguientes y 648 y siguientes- en dicho oficio se habla de la asociación HSE que tiene una estructura jerárquica, cuenta con financiación propia, se dice que tienen una ideología neo-nazi, que han recibido información al respecto de un testigo protegido al que se identifica con el núm. 0304 y que promueven ataques y palizas a emigrantes, camorristas judíos, negros. Que disponen de dos publicaciones -Extremo y el Martillo- y que en definitiva incitan al uso de la violencia.

Hay que tener en cuenta que la información que se transmite en dichos oficios es posterior a las intervenciones telefónicas que tuvieron lugar en la instrucción -recuérdese que tales intervenciones se iniciaron por auto de 24 de octubre de 2003, en tanto que la petición de registro domiciliario lo fue por fecha de 24 de febrero de 2004-, por lo que el Sr. Juez Instructor ya estaba al corriente del contenido de las comunicaciones telefónicas intervenidas.

Se quejan los recurrentes de que se trata de oficios idénticos todos ellos. Al respecto no puede efectuarse censura alguna si se tiene en cuenta que los catorce registros solicitados, lo son de otras tantas personas, todas ellas, en ese momento de la investigación, tenidas por integrantes de dicha asociación, por lo que los datos fácticos que apoyan la petición y la argumentación jurídica son, como no podía ser de otra manera, los mismos para todos.

Por ello ninguna objeción o tacha puede efectuarse a esa identidad de datos, como tampoco puede efectuarse censura a los autos judiciales autorizantes. Es relevante hacer constar que en los propios autos se hace referencia a las declaraciones del testigo protegido el cual, ya había declarado en sede policial el 11 de febrero de 2011 (antes de la petición del registro domiciliario) declaración que ya constaba en autos -

folio 474 Tomo II-. Igualmente se tenían ya informaciones sobre las cuentas bancarias de la Asociación -folios 373 y siguientes y 446 y siguientes del Tomo II-.

Es obvio que se está en presencia de datos objetivos y concretos que justifican cumplidamente la idoneidad y necesidad de tal registro con el fin de poder ocupar - como así fue- elementos, objetos e instrumentos relativos al delito investigado.

La denuncia debe ser rechazada.

Procede la desestimación del motivo.

El motivo tercero, por igual cauce que los anteriores denuncia la quiebra a un juicio con todas las garantías que enlaza con el hecho exclusivamente de que en el registro del domicilio de Ángel, no estuvo presente, a pesar de encontrarse detenido y de poder haber sido trasladado al mismo, ya que su detención lo fue a escasos kilómetros del lugar del registro, alegando asimismo que fue el único registro en el que no estuvo presente el interesado.

Este hecho está reconocido en la sentencia, -véase último párrafo del f.jdco. tercero-, y no solo ello, sino que, de acuerdo con la jurisprudencia aplicable al respecto, se declaró nula la prueba por tal razón. Retenemos este párrafo que nos exime de más argumentaciones: "...No puede admitirse como prueba válida de lo hallado en su domicilio el acta de dicha diligencia extendida por el Secretario Judicial, al haberse privado al imputado de ejercer el derecho a la contradicción....".

No obstante, se dice también en la sentencia que lo hallado en dicho registro puede ser introducido en el Plenario por dos vías:

- a) Por los agentes intervinientes en la diligencia y
- b) Por reconocimiento de tal tenencia efectuada por el propio interesado en el Plenario.

Al respecto hay que decir que la declaración de los agentes policiales intervinientes no pueden sanar en raíz la nulidad de la diligencia, de igual suerte que tampoco a través de su declaración se puede introducir en el plenario lo que el imputado les haya declarado en sede policial -STS 1168/2010 de 28 de febrero y las allí citadas, así como STC 68/2010-, por lo que en este aspecto, no podemos compartir la decisión del Tribunal.

En cambio, ninguna objeción puede hacerse a que el reconocimiento en el Plenario del imputado, de los objetos que se le ocuparon, reconocimiento efectuado, se insiste, en el Plenario constituye prueba totalmente válida porque el testigo ya está advertido de sus derechos, tiene asistencia letrada, y si no obstante, declara, su manifestación autoincriminatoria puede ser valorada por provenir de una fuente de prueba independiente de la nulidad del registro -SSTS de 14 abril 2005; 273/2007; 1130/2009,

así como SSTC 91/98; 239/99 y 299/2000- como es su voluntad de reconocer tal hecho.

Esto es cabalmente lo que ocurrió en el caso de autos en el que el recurrente Ángel declaró en el Plenario ser cierta la pistola que se le ocupó en su casa durante el registro "...se la encontró y pensó que era fogueo....".

En esta situación, la nulidad declarada del registro domiciliario, no impidió que se introdujera en el Plenario el hallazgo de la pistola y que se valorase por el Tribunal y ello por el reconocimiento de la persona concernida de tal hallazgo. Más adelante y en otro motivo analizaremos la corrección de la valoración dada a tal declaración.

Procede el rechazo del motivo porque ya el propio Tribunal sentenciador estimó nulo el registro, que es lo solicitado por el recurrente.

El motivo cuarto, también por el mismo cauce de vulneración de derechos constitucionales, y también en relación exclusiva al recurrente Ángel se alega quiebra de la cadena de custodia en relación a la ocupación de la pistola hallada en su domicilio.

Se dice que desde la incautación de la pistola hasta su remisión al Gabinete de Balística, se ignora donde estuvo custodiada, quien veló por su custodia y que ello le causó indefensión porque no puede asegurarse que la pistola que fue objeto del informe pericial de balística fuese la misma que la incautada en el domicilio del recurrente.

Se trata, también de denuncia efectuada en la instancia, rechazada en el f.jdco. 15 de la sentencia, pág. 157.

En dicho folio puede leerse: "...Al folio 2104 de las actuaciones (Tomo VII) aparece una diligencia de la Guardia Civil en la que se hace constar que la pistola intervenida a Ángel se remite al laboratorio de balística de la Dirección General de la Guardia Civil, en el que se realizó la pericia a la que antes se ha hecho referencia, lo que coincide con las manifestaciones del perito al respecto, por lo que en modo alguno se ha roto la cadena de custodia de dicho arma como ha alegado alguna de las defensas en el acto del juicio oral....".

Un examen de las actuaciones permite verificar que en el acta de entrada y registro del domicilio del recurrente llevado a cabo el 24 de febrero de 2004 -folios 914 y siguientes- se hace constar que "...aparece una pistola 8 mm. marca BBM mod. 315 auto sin número de serie con cargador y cuatro cartuchos....". Dicha pistola apareció debajo del sofá del cuarto.

Obra en autos al folio 2104 del Tomo VII, la diligencia de la Guardia Civil en la que se hace constar que la pistola intervenida se envía al laboratorio de balística de la Dirección General de la Guardia Civil.

En el informe de balística obrante al folio 2935 y siguientes, ratificado en el Plenario, se describe la pistola recibida como pistola de 6,35 mm., 4 cartuchos de 6,35 mm. en el interior del cargador de la pistola citada anteriormente, cinco cartuchos calibre 22, 150 cartuchos de 9 mm. parabellum. Con más detalle se describe en el informe pericial la pistola que iba en la bolsa precintada en los siguientes términos: “....Una pistola, Mod. 315 auto, marca BBM, Kal 8 mm. made in Italy sin número....”.

Se dice en el motivo que no está acreditada la identidad del arma porque no se recoge en el acta de ocupación que en la pistola aparece troquelada la leyenda “BBM - 315 auto ka 18 mm. made in Italy”.

Carece de razón el recurrente, basta comparar la leyenda citada con la descripción del Acta del registro, los datos identificatorios son idénticos, a falta de consignarse que la pistola hecha en Italia. Coinciden ambas descripciones, el número de cartuchos que tenía y que carece de número de serie. Desde un mínimo rigor intelectual no puede cuestionarse la identidad de la pistola.

Procede la desestimación del motivo.

El motivo quinto, también por idéntico cauce denuncia la vulneración del principio acusatorio por haber introducido la sentencia en el relato fáctico hechos nuevos relevantes para la acusación penal.

En síntesis, se dice en la argumentación que por las acusaciones, pública y popular en el relato de hechos de sus conclusiones que fueron elevadas a definitivas, no se hicieron constar la letra de las canciones del grupo Odal, que, sin embargo se contiene en el relato fáctico de la sentencia, y, asimismo nada dijeron sobre la venta en los conciertos de publicaciones como Leibstandarte, Thor's Hammer o Sknoubá, lo que se estima relevante por los recurrentes porque en la sentencia se dice que precisamente, a través de las letras de las canciones de Odal se difundía la ideología de la asociación.

El principio acusatorio en el proceso penal, aunque no está expresamente reconocido con tal denominación en el art. 24 C.E., es un presupuesto básico de todo enjuiciamiento y, en esencia consiste en el derecho a ser informado de la acusación formulada, y de dicha información se deriva un deber de congruencia entre la acusación formulada y el fallo de la sentencia. Ello implica tres proyecciones de dicho principio:

a) En primer lugar el Tribunal queda vinculado a los hechos vertebradores de la acusación sin introducir otros distintos, pues caso contrario, se produciría una indefensión para el imputado que podría ser condenado por hechos distintos de los que fue acusado, y, obviamente, de los que no pudo defenderse.

b) En segundo lugar existe una vinculación del Tribunal a la calificación jurídica que efectúa la acusación, vinculación que con limitaciones puede modularse en virtud de la teoría de la pena justificada, siempre que exista una homogeneidad de bien jurídico atacado y

c) Finalmente existe una tercera vinculación del Tribunal en el campo punitivo, constituida por la imposibilidad de imponer pena superior a la mayor de las calificaciones acusatorias existentes. En este sentido resulta relevante citar el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 20 de diciembre de 2006 que acordó que: "...El Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento en el que se sustancie la causa....".

Dicho Acuerdo puso fin a la anterior doctrina del Tribunal Supremo que permitía superar la pena máxima en concreto pedida, siempre que estuviese dentro de la previsión legal doctrina que quedó reflejada en el Pleno de 14 de julio de 1993.

La doctrina del Tribunal Constitucional es clara en el sentido de que "nadie puede ser condenado en un proceso penal si no se ha formulado precisamente contra él una acusación suficientemente determinada por quien puede iniciar el proceso y mantener la pretensión acusatoria" -STC 302/2000-. Igualmente prohíbe los escritos de calificación imprecisos, vagos o insuficientes, debiéndose rechazar las acusaciones tácitas o implícitas.

Retenemos de la STC 249/2006 de 23 de octubre con la cita de otras sentencias anteriores que: "No es conforme con la Constitución, ni la acusación implícita ni la tácita, sino que la acusación debe ser formulada de forma expresa y en términos claros que no sean absolutamente vagos e imprecisos....".

De esta Sala, se pueden citar, entre otras muchas, SSTS 1954/2002; 368/2007; 513/2007; 435/2010 y 474/2011, entre otras muchas.

Ahora bien, de lo expuesto no puede deducirse que el Tribunal debe efectuar una redacción de los hechos en los mismos términos de las acusaciones.

El Tribunal no es un amanuense que escriba al dictado de la acusación, y por tanto, con respeto a los hechos, puede efectuar la redacción del juicio de certeza fáctico al que haya llegado con su propio estilo y redacción respetando los hechos vertebradores de la acusación, y por tanto añadiendo detalles periféricos.

Como se recoge en las SSTS 1328/2009 de 30 de diciembre, 523/2010 de 1 de junio y 572/2011 de 7 de junio "...no se produce tal vulneración (del principio acusatorio) cuando el Tribunal sentenciador se limita a concretar o detallar algunos hechos que se integran en un relato más amplio que el de las acusaciones sin que ello suponga la introducción de hechos nuevos, sino su concreción con más detalle, y ello porque tal

posibilidad puede encontrar su origen, precisamente, en los debates del Plenario, porque caso contrario quedaría amputada en gran medida su virtualidad....”.

Desde estas reflexiones procede efectuar un estudio comparativo entre los escritos de conclusiones de las acusaciones y el relato fáctico de la sentencia.

A los folios 4404 y siguientes del Tomo XI se encuentra el escrito de acusación del Ministerio Fiscal. Se trata de un escrito extenso en el que el relato de hechos se desarrolla a lo largo de cinco folios. En el se narra con detenimiento el resultado de los diversos registros domiciliarios, se hace referencia a las intervenciones telefónicas y al folio 4409 se describe la organización de la que formaban parte los acusados, así como la actividad e ideología que tenían en los siguientes términos: “Desde el año 2000 esta organización ha organizado conciertos en la Comunidad de Madrid con grupos de música tales como Odal, Reconquista, Batallón de Castigo y Reyerta que realizan un tipo de música denominada Oi! Y RAC (Rock contra el Comunismo) y Hatecore (Rock del odio) con letras en las que se defiende la supremacía de la raza blanca y promueven la discriminación, el odio y la violencia contra determinados colectivos; siendo varios de estos conciertos celebrados en conmemoración del 20N.

Así mismo esta organización tiene unos órganos de expresión siendo los mismos varias revistas que han adoptado los nombres “El Martillo” y “Extremo”, apareciendo en la contraportada de estas revistas las siglas HSE-Hammerskin España como colaboradora o redactora.

La organización se encuentra debidamente estructurada y jerarquizada asignando misiones concretas a cada uno de sus miembros, siendo la misma la siguiente:

- El acusado José Eduardo H. es el Cargo001 o dirigente a nivel nacional.

-Pedro Santiago es el Cargo001 de seguridad.

-Javier es el Cargo002.

-Los demás miembros desempeñan actividades distintas y designadas específicamente, así en concreto en relación con el concierto realizado el 22 de noviembre de 2003 en un local del centro comercial Burgocentro sito en Las Rozas le correspondió al acusado Mario (además cantante del grupo Odal que participó en el mencionado concierto) la organización de dicho evento; o diversas labores de seguridad como Fabián que hizo de portero en el concierto anteriormente referido.

Dentro de la organización asimismo están los miembros de pleno derecho y los aspirantes denominados “Propects” quienes deben pasar un periodo de prueba para poder formar parte del grupo siendo aspirantes José Manuel y Fabián.

Una vez que se pasa a formar parte como miembro con el voto favorable de todos los componentes se celebra una ceremonia de imposición de martillos, ceremonia que con

respecto a Luis Manuel se celebró el día 21 de noviembre de 2003 en el local "La Bodega" sito en la calle Mínimos s/n de la localidad de Alcalá de Henares, evento al que acudieron los acusados Francisco Javier, José Eduardo, José Manuel, Sergio, Mario, Fernando L., Pedro Santiago y el propio Luis Manuel.

Los lugares de reunión de los miembros de esta organización son el local "La Bodega" anteriormente mencionado, local que detrás del cierre tiene la inscripción "White only" (Sólo blancos) y que desde el 1 de noviembre de 2003 está arrendada por David y el local Drakkar sito en un local comercial en la calle Marceliano Santamaría entre los números 9 y 11 de la localidad de Madrid.

Tiene la organización una serie de fuentes de financiación tales como la organización de conciertos, venta de Cd's u otros productos, llegando incluso a financiar la grabación de algunos cd's de grupos afines tales como el del grupo Tercios.

Consta además de una organización económica con una cuenta a nombre de José Eduardo, Javier y Sergio E., denominada entre ellos "Caja", en la entidad La Caixa que fue abierta por los dos primeros en fecha 29-1-2002 siendo el número ...209.

La organización posee dos apartados de correos siendo los mismos el núm. ...444 dado de alta el 8 de febrero de 2000 a nombre del acusado Daniel siendo la última renovación el 4 de febrero de 2002 donde se recibe y puede adquirir la publicación "Extremo" y el ap. Nº ...464 siendo la fecha de alta el 14-2-2000 y la última renovación el 11-2-2004 a nombre del acusado Fernando L. en relación con la publicación "El Martillo".

La organización tiene como finalidad la de incitar a la violencia, a la xenofobia, homofobia y antisemitismo entre otros, buscando la primacía de la raza blanca sin mestizaje, exaltando el odio y la discriminación racial, derivándose de las canciones que escuchan, de la simbología nacionalsocialista y del III Reich que utilizan, de las pintadas racistas que realizan, de los predicamentos que siguen contenidos en el Manual de Resistencia sin Líder (Manual en el que se pone de ejemplo a la organización Hammerskin) y de los demás panfletos intervenidos en las entradas y registros tales como "88 preguntas a un nacionalsocialista", "Europa despierta", "Tiempo de lucha", "Guardia Blanca" "Manifiesto Socialracista" así como todos los efectos de simbología nazi también incautados, siendo todos los acusados conscientes de estas finalidades y participando voluntariamente en las mismas".

Por su parte, la Acción Popular ejercida por la Asociación "Movimiento contra la Intolerancia" a los folios 4431 y siguientes del mismo Tomo XI, describe la asociación HSE y sus fines en los siguientes términos: "En el curso del año 2003 eran miembros de la organización ilegal de ideología nazi denominada, "Hammerskin (traducido como "skin del martillo") España", siendo esta la sección española de la agrupación internacional Hammerskin Nation, cuyo origen data de la década de los años 80 del siglo pasado en Estados Unidos, implantándose en nuestro país en la siguiente década de los años 90, y que engloba las secciones de la organización existentes en varios

países como Francia, Italia, Alemania y Suiza, manteniendo además relación con otras organizaciones de ideología nacional socialista tanto a nivel nacional como internacional.

El objeto de la organización es la difusión de la ideología y doctrina nacional socialista que todos sus miembros comparten con especial exaltación de la supremacía de la raza blanca y la unidad racial y la difusión de doctrinas que justifican el genocidio étnico, la rehabilitación del régimen de Hitler y la defensa de teorías que niegan la existencia del holocausto del pueblo judío en la Segunda Guerra Mundial, promoviendo e incitando la violencia por razones ideológicas, racistas, xenófobas, antisemitas, de orientación sexual o minusvalía física o social, distinguiéndose sus miembros por su especial violencia y radicalidad y por exhibir una estética de signo paramilitar y nazi siendo el símbolo distintivo de la organización dos martillos cruzados con las iniciales HSE, así como por estar sometidos a la férrea disciplina de la organización que les exige e impone seguir unas pautas de conducta acordes con su ideología debiendo incluso supeditar a la organización las decisiones del ámbito privado y particular.

La organización está dotada de una estructura jerárquica siendo el acusado José Eduardo H. el Cargo000 de la organización de la sección española a nivel nacional, Pedro Santiago el Cargo001 de seguridad y Javier el Cargo002, clasificándose además los integrantes de la organización en los llamados miembros de pleno derecho, que son aquellos que tras superar un periodo de prueba participando activamente en las actividades de la organización entran a formar parte de la cúpula directiva con derecho a voz y voto en la toma de decisiones, y los aspirantes a ese escalafón denominados "Prospect" que son aquellos que participando de dichas actividades aun no ostentan la categoría de miembro de pleno derecho de la organización y a quienes tras superar el periodo de prueba y la celebración de una ceremonia se les imponen los martillos que identifican a la organización, ceremonia que en el caso de Luis Miguel se celebró el día 21 de noviembre de 2003 en el local "La Bodega" y a la que acudieron los acusados Francisco Javier, José Eduardo, José Manuel, Sergio, Mario, Fernando L. y Pedro Santiago.

Los miembros de la organización se reúnen habitualmente en el local denominado "La Bodega" sito en la calle Mínimos s/n de Alcalá de Henares en el que únicamente está permitido el acceso a personas de raza blanca, local en el que en el registro practicado en esta causa se intervinieron 10 palos de gran tamaño, 1 escudo de las S.S., un petardo, una bengala, una bandera Hammerskin con dos martillos cruzados, seis banderas con simbología nazi, 17 pósters con motivos nazis y nueve C.D.'S de música de contenido nazi, así como en los estadios de fútbol, principalmente los estadios Santiago Bernabéu en Madrid y Montjuic en Barcelona, donde a su vez se integran en los grupos y peñas ultras denominados Ultra Sur y Brigadas Blanquiazules donde aprovechan para captar nuevos miembros y desplegar conductas violentas, difundiendo su ideología y haciendo permanente exhibición de todo tipo de símbolos y manifestaciones de ideología nazi, skin head y emblemas preconstitucionales.

Asimismo, para la consecución de sus fines, la organización edita su propia página web en internet de la que el acusado Fernando L. es el Cargo003 webmaster y además edita publicaciones denominadas “El Martillo” y “Extremo”, aprovechando esos órganos de expresión para la difusión de su ideología y para su propia financiación a través de la venta de las referida publicaciones y todo tipo de material de simbología, contenido y carácter nazi (camisetas, C.D.'S, pegatinas, banderas...), realizando tal actividad a través de los apartados de correos Nª ...444 y Nª ...464, habiendo sido el primero contratado por el acusado Daniel el día 8 de enero de 2000 y renovado por última vez el 4 de febrero de 2002 y el segundo contratado por el acusado Fernando L. el día 4 de febrero de 2000 y renovado por última vez el 11 de febrero de 2004.

Asimismo la organización difunde y vende el denominado “Manual del resistente sin líder” que es una publicación que orienta e instruye a personas con ideología nacional-socialista para el desarrollo de sus acciones violentas incitando al uso de la violencia y el odio.

La organización cuenta además con depósitos bancarios que sus miembros denominan “caja”, constando abierta con fecha de 29 de enero de 2002 en la entidad “La Caixa” la cuenta corriente núm. ...209 por los acusados José Eduardo y Javier, siendo el también acusado Sergio E. junto con ellos los titulares del depósito.

Asimismo para la difusión de su ideología y la financiación de la organización promueven y financian la grabación de C.D.'S y organizan conciertos de música denominada OI1, RAC (rock contra el comunismo) y Hatecore (Rock del odio), música y letras de contenido y carácter nazi, participando sus miembros en la organización de los eventos, la seguridad, la venta en ellos de todo tipo de material de contenido, carácter y simbología nazi y como componentes de los grupos musicales que participan como entre otros los denominados Odal, Reconquista, Batallón de Castigo y Reyerta”.

La simple comparación entre estas descripciones y la que se contiene en los hechos probados de la sentencia que consta en los antecedentes de esta resolución, y más resumidamente en el primero de los fundamentos jurídicos, patentiza la identidad sustancial de los hechos de que fueron acusados y han sido condenados. Existe una total congruencia al respecto, y la sola inclusión de los títulos de las canciones del grupo Odal así como referencia al tema de que trata o la difusión en los conciertos de la revista Leibstandarte o Thor's Hammer resulta cuestión de detalle y sin ninguna relevancia desde las exigencias derivadas del respeto al principio acusatorio.

Procede la desestimación del motivo.

El sexto motivo, también por igual cauce que los anteriores denuncia la violación del derecho a la presunción de inocencia por estimar que la prueba de cargo tenida en cuenta por el Tribunal no puede provocar su decaimiento al ser manifiestamente insuficiente para ello.

Como es sabido cuando en esta sede casacional se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, esta Sala debe efectuar un triple control.

a) En primer lugar, debe analizar el “juicio sobre la prueba”, es decir, si existió prueba de cargo, estimando por tal aquella que haya sido obtenida con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que, además, haya sido introducida en el Plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometido al cedazo de la contradicción, intermediación e igualdad que definen la actividad del Plenario.

b) En segundo lugar, se ha de verificar “el juicio sobre la suficiencia”, es decir si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene la virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia y

c) En tercer lugar, debemos verificar “el juicio sobre la motivación y su razonabilidad”, es decir si el Tribunal cumplió por el deber de motivación, es decir si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia, ya que la actividad de enjuiciamiento es por un lado una actuación individualizadora, no seriada, y por otra parte es una actividad razonable, por lo tanto la exigencia de que sean conocidos los procesos intelectuales del Tribunal sentenciador que le han llevado a un juicio de certeza de naturaleza incriminatoria para el condenado es no sólo un presupuesto de la razonabilidad de la decisión, sino asimismo una necesidad para verificar la misma cuando la decisión sea objeto de recurso, e incluso, extra processum, la motivación fáctica actúa como mecanismo de aceptación social de la actividad judicial.

En definitiva, el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, en consecuencia, la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador, en sí misma considerada, es lógico, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan existir otras conclusiones porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente, si la decisión escogida por el Tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena, - SSTC 68/98, 85/99, 117/2000, 4 de junio de 2001 ó 28 de enero de 1002, ó de esta Sala 1171/2001, 6/2003, 220/2004, 711/2005, 866/2005, 476/2006, 548/2007, 1065/2009, 1333/2009, 104/2010, 259/2010 de 18 de marzo, 557/2010 de 8 de junio, 854/2010 de 29 de septiembre, 1071/2010 de 3 de noviembre, 365/2011 de 20 de abril y 1105/2011 de 27 de octubre, entre otras-.

No es misión ni cometido de la casación ni decidir ni elegir, sino controlar el razonamiento con el que otro Tribunal justifica su decisión. Por ello, queda fuera, extramuros del ámbito casacional verificado el canon de cumplimiento de la motivación fáctica y la razonabilidad de sus conclusiones alcanzadas en la instancia, la posibilidad de que esta Sala pueda sustituir la valoración que hizo el Tribunal de instancia, ya que esa misión le corresponde a ese Tribunal en virtud del art. 741 LECriminal y de la intermediación de que dispuso, intermediación que no puede servir de coartada para eximirse de la obligación de motivar.

Para concluir, y en palabras del Tribunal Constitucional -últimamente en la STC 68/2010-: "...no le corresponde revisar (al T.C.) la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Juzgados y Tribunal ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117-3 de la C.E., sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta....".

Así acotado el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia, bien puede decirse que los Tribunales de apelación, esta Sala de Casación o incluso el Tribunal Constitucional en cuanto controlan la motivación fáctica de la sentencia sometida a su respectivo control, actúan verdaderamente como Tribunales de legitimación de la decisión adoptada en la instancia, en cuanto verificar la solidez y razonabilidad de las conclusiones alcanzadas, confirmándolas o rechazándolas -SSTS de 10 de junio de 2002, 3 de julio de 2002, 1 de diciembre de 2006, 685/2009 de 3 de junio, entre otras-, y por tanto controlando la efectividad de la interdicción de toda decisión inmotivada o con motivación arbitraria.

Desde la doctrina expuesta, pasamos a dar respuesta individualizada en relación a cada uno de los cinco recurrentes que suscriben el motivo.

El recurso aborda esta cuestión en un motivo extenso que abarca desde el folio 295 al 360, a lo largo de tales páginas se efectúa un ataque indiscriminado a la valoración de todas las pruebas de cargo tenidas por tales en la sentencia y que le permitieron fundar su conclusión condenatoria, estimando que la misma carece de toda consistencia para justificar la condena.

La sentencia sometida al presente control casacional con una sistemática claramente mejorable estudia y valora cinco fuentes de prueba, analizando los elementos incriminatorios que en ellos encontró. Estas cinco fuentes de prueba son las siguientes:

- a) La declaración en el Plenario del recurrente concernido.
- b) El resultado del registro domiciliario.
- c) El contenido de las intervenciones telefónicas.
- d) La declaración en el Plenario del testigo protegido.
- e) Las declaraciones de los agentes policiales que intervinieron en las investigaciones y seguimientos.

Pasamos al estudio en relación a cada uno de los recurrentes.

1- En relación a Sergio (Chapi), la sentencia en los folios 74 y 75 va enumerando los elementos probatorios incriminatorios con que contó.

a) Declaración del recurrente en el Plenario, negó pertenecer a HSE, que vive con sus padres, que no tenía conocimiento y no forma parte de un grupo con ideología nazi, que conoce el bar “La Bodega” de Alcalá de Henares y que es un bar de copas, abierto al público. Que es posible que acudiera a un concierto el 21 de noviembre de 2003 - Burgocentro de Las Rozas-, pero que no sabe quien lo organizaba, que no vio en ello propaganda nazi ni nada. Que es amigo de varios de los recurrentes pero que ignora que ellos pertenezcan a HSE.

b) En el factum, se recoge el resultado del registro domiciliario, y debemos recordar que se le ocuparon diversos efectos de los que retenemos en este momento:

-Llaveros neonazis, una camiseta negra de HSE, bates de béisbol, grilletes, numerosos CD's y pasquines neonazis.

-Varios documentos como “Qué es el Nacionalsocialismo”, “Tiempo de Lucha”.

-En su ordenador, en el volcado del disco duro se guardaba un correo electrónico a su dirección en “Hammerskins España HSE” y que él reenvió a “hsemadrid@hotmail.com” así como una foto en la que aparece gente armada con banderas con la esvástica y cruz celta.

c) También tuvo en cuenta el contenido de las intervenciones telefónicas analizadas en la sentencia con detalle en el f.jdco. undécimo, folios 124 a 137. De ellas arriba esta Sala casacional a la misma conclusión que el Tribunal sentenciador en el doble sentido de la naturaleza, ideología y difusión a que se dedicaba HSE y de la integración en la misma del recurrente. Basta al respecto recordar que el recurrente (Chopi) aparece en diversas conversaciones con otros recurrentes como integrante del grupo, siendo citado como “hermano” junto con otros recurrentes, o en relación a la venta de CD's y otros objetos en La Bodega.

d) En relación al testigo protegido -al que la sentencia le dedica el f.jdco. duodécimo, folios 137 a 152-, no recuerda haber coincidido con el mismo. Precisamente de la declaración de este testigo en el Plenario, declaración extensa y obrante a los folios 565 a 576 se deriva claramente que para dicha persona y en virtud de la estrategia desarrollada de cámara oculta y de haberse infiltrado en el grupo para efectuar un reportaje televisivo para la cadena televisiva Tele 5, se estaba en presencia de un colectivo de personas organizadas que participaban y difundían una ideología xenófoba y racista, manifestando que estuvo tres veces en La Bodega y que desde que se emitió el programa está recibiendo amenazas e insultos. También es relevante la manifestación de este testigo protegido que reconoció en el Plenario haber hablado varias veces con el recurrente, apodado Chapi, apodo con el que reconoció era identificado, y así se recoge en la sentencia. Que tales encuentros fueron en La Bodega y en otros sitios con gente que reconocían ser “hammer”, manifestando haber estado presente en una conversación con el indicado recurrente al haber organizado una agresión por parte de jóvenes skin.

Retenemos de dicho fjdco. duodécimo de la sentencia, estos dos párrafos obrantes, respectivamente, a los folios 144 y 152.

Al folio 144: "...Como consecuencia de todo lo expuesto, este Tribunal entiende que la declaración del testigo protegido es una prueba más de la existencia de HSE, del contenido ideológico de la misma, de su finalidad de propagación de la ideología que profesan sus miembros y aporta indicios de la pertenencia a la misma de algunos acusados, que si no podían considerarse como prueba suficiente en el supuesto de que fuera la única prueba al respecto, sí corroboran los otros medios de prueba que existen respecto de dicha pertenencia....".

Al folio 152: "...El testigo explica también que no le hace falta ningún tipo de prueba científica para decir cuáles son los acusados que se ven en las fotografías intervenidas porque los conoce perfectamente, dando los apodos de cada uno de ellos y demostrando con su testimonio que había seguido muy de cerca la investigación de los hechos, por lo que dicho testimonio, al entender del Tribunal se entiende absolutamente fiable.

e) Igualmente también se tuvieron en cuenta las testificales de los miembros de la Guardia Civil que declararon en el Plenario y cuyas manifestaciones fueron analizadas y valoradas en el f.jdco. decimocuarto, folios 152 a 156.

En este control casacional, verificamos y comprobamos la corrección de las valoraciones efectuadas por el Tribunal que en base a los elementos incriminatorios citados arribó a la conclusión de que el recurrente Sergio (Chopi) formaba parte de HSA. Se está en una certeza más allá de cualquier duda razonable, ya que, en efecto, a la vista de los efectos ocupados en su domicilio, su presencia en los lugares y actos organizados por HSE, su presencia en las conversaciones telefónicas, su intervención como cantante del grupo Odal, sobre cuyas letras de canciones no albergan duda sobre su ideología racista y xenófoba, independientemente de que las letras sean o no del recurrente, en fin, las declaraciones del testigo protegido y de los agentes de la Guardia, todo, en una valoración detallada y conjunta, conforman un escenario donde la integración del recurrente en HSE es la conclusión cerrada y obvia que se impone.

2- En relación a Mario.

Se estudia su motivación a los folios 76 a 78.

Se está en el mismo caso, en relación a este recurrente y los elementos incriminatorios son prácticamente los mismos. La sentencia aborda el inventario probatorio en los folios 76 a 79.

a) Declaración del recurrente.

Reconoce ser uno de los cantantes del grupo Odal, que en ocasiones ha sido el autor de las letras pero no de las que fueron exhibidas y que están a los folios 523 y 524, 2135 a 2162. Reconoce pertenecer a HSE. Igualmente reconoce haber firmado el contrato de arrendamiento del local para el concierto del día 21 de noviembre en Burgocentro pero niega toda integración en HSE, alega que ha ido a La Bodega.

b) Hay que recordar que en el registro domiciliario se le ocuparon entre otros efectos, según el factum, 44 camisetas y una camisa, todo ello de simbología nazi, CD's, posters, pancartas, 50 llaveros y tacos de pegatinas, todo ello de propaganda nazi así como una bandera nazi, varios documentos fotocopiados, algunos tan significativos como una persona de raza negra con la señal de prohibido y la leyenda "....Inmigrante, ayúdanos a luchar contra el racismo, vuelve a tu país....".

c) En relación a las intervenciones telefónicas, se citan en la sentencia (págs. 124 a 137) un amplio resumen de las mismas y respecto de las cuales, se reconoció que las transcripciones se correspondían con las conversaciones mantenidas por ellas. Pues bien, desde esta situación se recogen muchas conversaciones del recurrente que se mantienen con otros recurrentes, siendo de destacar una de 8 de enero de 2004 en la que José Manuel habla con C. y le dice que Mario había reservado billetes para ir a Suiza al encuentro europeo de oficiales Hammerskin y otra del 14 de diciembre de 2004 en la que Mario habla con uno no identificado y le dice en referencia a otro que lo ha echado de "La Bodega" y otra del 18 de diciembre de 2003 en la que Mario le dice a su interlocutor que está grabando el disco Tercios, registrándose también varias llamadas sobre encargos como de sudaderas.

d) La declaración del testigo protegido en el Plenario fue también clara en el sentido de que conoció a Mario y que incluso apareció en el reportaje que hizo para la televisión, que estuvo varias veces con él, tres veces en La Bodega (de la calle Mínimos de Alcalá de Henares) y que estaba al otro lado de la barra. Añade que se trata de un local sin ventanas y que en la puerta existía un letrero que decía "solo blancos" (en inglés) que toda la simbología del local era fascista.

e) De las testificales de la Guardia Civil, retenemos la del agente L-...-X que declaró haber visto en el local de "La Bodega" la inscripción en la entrada de "white only" y que recuerda haber visto en las inmediaciones de la calle Mínimos, cerca de la Bodega a Mario. Que dentro del establecimiento no ha entrado nunca.

Ante este inventario probatorio de cargo verificamos en este control casacional la corrección de las valoraciones que efectuó el Tribunal de instancia.

3- Ángel (Angelillo).

La sentencia se refiere a este recurrente a los folios 109 y 110.

a) En su declaración en sede judicial negó pertenecer a HSE, ser amigo de Mario y que iba a los conciertos que se organizaban. Que en ocasiones tocaba la batería. Que ha

estado en “La Bodega” y que ignora si la letra de las canciones que tocaba eran o no racistas. Que estuvo en el concierto de Burgocentro y que es cierto que tenía una pistola y que dos días antes de la había encontrado en un vertedero, que la guardó sin más e igualmente conoce a varios de los recurrentes.

b) En el registro domiciliario se le incautaron, entre otros objetos, además de la pistola, 41 camisetas con motivos nazis, 60 CD's de grupos nazis, una cazadora con tres parches, uno de la SS (respecto de lo que manifestó no saber lo que significaban esas siglas), un palo con una bola unida por cadena, 10 parches con simbología nazi, carteles y pasquines nazis y chapas de ropa con los mismos motivos.

c) En las transcripciones de las intervenciones telefónicas no aparece ninguna referencia al recurrente.

d) El testigo protegido, en su declaración a la que ya se ha hecho referencia no recoge referencia criminal del recurrente. Hay que recordar su declaración sobre el local “La Bodega”.

e) Tampoco hay referencia alguna en las declaraciones de los agentes de la Guardia Civil. Hay que recordar sus declaraciones sobre el letrero que había en La Bodega en la entrada “whites only”.

También en este caso, y no obstante la ausencia de referencias a él por parte del testigo protegido, transcripciones telefónicas y declaraciones de los agentes policiales, estimamos correcta y fundada la conclusión condenatoria del Tribunal, toda vez que está acreditada su integración en la asociación, tocaba la batería, tenía una pistola y material propagandístico.

4- Francisco Javier (El Fichaje).

Su estudio se encuentra a los folios 81 a 84 de la sentencia.

a) En su declaración negó pertenecer a HSE, cree que es un logotipo de ropa. Conoce a varios de los recurrentes, ha asistido a los conciertos, reconoció que es posible que algunas canciones incitan a la violencia. Que acudía a “La Bodega” y nunca ha visto el cartel de “whites only”.

En el Plenario se le exhibieron unas fotos -las de los folios 7 a 19- no reconociéndose en ninguna. Destacamos la siguiente apreciación directa del Tribunal, que en virtud de la inmediación afirmó al tener presente al recurrente y en concreto la foto núm. 2 del folio 2149 en donde se ven detrás de una pancarta que pone “Rudolf siempre presente”, identificó al recurrente que llevaba toda la indumentaria nazi.

b) En el registro domiciliario se le ocuparon, entre otras, 48 camisetas con emblemas neonazis, 38 fotos de símbolos neonazis y seis cintas de video. “Las SS sangre y

fuego”, escudos para colgar en la pared con martillos cruzados dos de ellos, parches, pegatinas, llaveros de idéntica simbología, cuatro navajas.

c) En las transcripciones de las conversaciones intervenidas, aparecen varias, destacamos dos, una relativa a que el recurrente (Fichaje) tuvo una reunión sobre el asenso de algunos prospect a miembros de hammer, y de otro en la que iba a ir con Mario a la reunión de Suiza antes citada.

d) La declaración del testigo protegido en referencia al recurrente (apodado Fichaje) dice que oyó hablar de él a otros recurrentes, pero él personalmente no habló nunca.

e) La declaración del agente de la Guardia Civil recuerda que vio llegar a “La Bodega”, entre otros al recurrente. A recordar el letrero “whites only”.

En este control casacional, al igual que en los casos anteriores, verificamos la correcta y fundada valoración del Tribunal en relación a la autoría del recurrente, dada la identificación directa por parte del Tribunal en una de las fotos ocupadas, el resultado de los efectos ocupados en el registro y las conversaciones telefónicas.

5- Luis Manuel (alias Manza).

a) En relación a su declaración, el Tribunal la estudió en las págs. 85 y 86 de la sentencia. Se declara amigo de Francisco Javier, y también a un tal Fabián, a Javi y a Sergio E., pero a nadie más. No tenía noticia de HSE, que iba a algunos conciertos de música, que desconoce la ideología de HSE aunque admite haber estado en “La Bodega”, del que dice es un local abierto.

b) En el registro domiciliario se le incautaron, entre otros efectos, 40 CD's, de Odal, “Batallón de Castigo” y otros títulos de ideología neonazis, fotografías de reuniones nazis y 16 camisetas con ideología nazi.

c) En las transcripciones de las conversaciones telefónicas intervenidas aparecen varias conversaciones que se refieren a él en relación a los actos del 20 noviembre en el que le dan “los martillos” a Manza (hay que recordar que esta imposición de martillos convertía al prospect en hammer, así como otra en la que el recurrente iba a Suiza junto con Mario y Fichaje (Francisco Javier) “para presentarse”.

d) El testigo protegido en referencia a este recurrente no efectuó ninguna referencia.

e) Nada en relación al recurrente se encuentra en la declaración de los agentes de la Guardia Civil.

También en este caso verificamos la corrección de las valoraciones del Tribunal sentenciador, teniendo en cuenta el material que se le ocupó, su presencia en el local “La Bodega” y el contenido de las conversaciones citadas.

En este control casacional llegamos a la conclusión de que los cinco recurrentes fueron condenados en virtud de pruebas de cargo obtenidas con respecto a las exigencias de derecho constitucional, que fueron introducidas en el Plenario y sometidas a los principios que lo conforman, que fueron suficientes desde las exigencias derivadas del derecho a la presunción de inocencia, y pruebas que, en fin, fueron razonadas y razonablemente motivadas.

No existió el vacío probatorio que se denuncia.

Procede la desestimación del motivo.

Motivo séptimo, por la vía del error iuris denuncia como indebidamente aplicado el art. 515-5 en relación con el art. 517-2 del Cpenal. Los recurrentes niegan que HSE sea una asociación ilícita de las tipificadas en el núm. 5 del art. 515 Cpenal y en todo caso afirman que no son autores de dicho delito al no haber tenido una participación relevante por lo que no se procedería tampoco la aplicación del art. 28 Cpenal.

Hay que recordar que el núm. 5 del art. 515 Cpenal se refiere como asociaciones ilícitas a "...las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos, asociaciones, por razón de su ideología, religión, creencias....".

A justificar la tesis de la inexistencia de la asociación ilícita, dedican los recurrentes los folios 378 a 434 de su recurso. Se trata de una extensa argumentación, tan extensa como inútil en la medida que se realiza un estudio de cada uno de los recurrentes condenados -no solo los firmantes de este recurso- para en una valoración de los elementos probatorios que analiza concluir que ninguno formaba parte de HSE, con lo que por esta vía se viene a introducir, de nuevo, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia lo que ya ha sido resuelto en el motivo anterior, y quedó extramuros del presente.

Se olvidan los recurrentes que el marco del debate que permite el cauce casacional utilizado -el error iuris del art. 849-1 es el de cuestionar la calificación jurídica de unos hechos probados que se aceptan expresamente. Dicho de otro modo, desde el respeto a los hechos probados declarados como tales en la sentencia, lo que se cuestiona es su subsunción jurídica, por ello queda extramuros del ámbito del motivo, todo aquello que cuestiona los hechos probados, cuyo respeto es el presupuesto de admisibilidad de este cauce.

Algunas sentencias de esta Sala, se refieren a este respecto a los hechos probados con términos incluso litúrgicos. Así, las SSTs de 17 de diciembre de 1996, 30 de noviembre de 1998, recordadas en las más recientes 956/2009 ó 914/2010, se refieren al "respeto reverencial y absoluto al hecho probado".

Basta recordar que en el factum se recogen, de forma clara expresiones tales como:

a) Que todos los recurrentes forman parte “....de una asociación denominada Hammerskin España -HSE- la cual no está legalmente constituida, y cuyos componentes participan de la ideología nacional socialista creyendo en la supremacía de la raza blanca y en la discriminación, en consecuencia, de otras personas por razón de raza, orientación sexual, y nacionalidad y por lo que su finalidad es extender el odio y la violencia como consecuencia de la homofobia, xenofobia y antisemitismo, que sienten propagando dichos sentimientos entre otras personas a través de la realización de conciertos....”.

b) Se dice quienes ocupan puestos relevantes en dicha asociación, y que todos los condenados recurrentes son miembros de pleno derecho a excepción de José Manuel y Fabián que son “miembros en perspectiva”, pero todos tienen una efectiva participación en la actividad de la organización para la consecución de sus fines.

c) Que propagan la supremacía de la raza blanca impulsando el odio y la violencia utilizando como medios de difusión los conciertos de música, citando al grupo Odal del que dos recurrentes forman parte.

d) Se citan las revistas El Martillo y Extremo a través de las cuales se expanden sus ideas racistas aunque tales revistas tengan una apariencia de publicaciones de contenido musical.

e) Para la venta y difusión de las publicaciones y discos HSE utiliza dos apartados de correos cuyos titulares que se citan también son recurrentes.

Habrà de convenirse desde un mínimo rigor intelectual que ante esta descripción que en resumen se ha hecho de lo que con más detalle consta en el factum, no puede cuestionarse que se está ante una de las asociaciones a las que se refiere el art. 515-5 Cpenal, y que los recurrentes forman parte de la misma, con independencia de que dos de ellos sean “prospects” ya que todos coadyuvan a los fines de la asociación, y con independencia de que algunos tengan específicos cometidos a causa de concreta actuación y responsabilidad, unos confeccionando la página web, otros encargados de las ventas por Internet, otros de tesorería, seguridad, etc. etc.

La sentencia de instancia analiza la naturaleza de HSE en el f.jdco. decimoquinto - folios 154 y siguientes-, donde se estudian con detenimiento el contenido documental de los anexos que se citan en referencia a los efectos que les fueron ocupados a los recurrentes en los respectivos registros e igualmente, la Sala ha observado toda la documentación que conforma los anexos uno a veintisiete que se encuentran en el Tomo VII de la instrucción, folios 2120 a 2285. Tanto los textos y documentos ocupados como las banderas y demás efectos ocupados son tan explícitos en cuanto que ensalzan la doctrina nacionalsocialista, promoviendo el odio y el racismo y xenofobia que sobra cualquier argumentación adicional, y lo mismo puede decirse de las fotos obrantes en las actuaciones en las que aparecen algunos de los recurrentes con toda la liturgia nazi, debiéndose rechazar algunas objeciones en relación a la letra de las canciones de Odal -folios 2155 a 2162- se dice que se desconoce el autor de las

transcripciones, tal alegación carece de toda virtualidad si se tiene en cuenta que obra en las mismas el sello del Servicio de Información de la Guardia Civil, siendo funcionarios de dicho servicio quienes la han efectuado, careciendo de relevancia la identidad de las mismas, como ocurre también en las transcripciones de las intervenciones telefónicas, en las que no suele aparecer la identidad de los agentes. Lo relevante son los discos ocupados siendo las letras de los folios indicados mero medio de facilitación.

En definitiva, se está ante una asociación del todo semejante a la que fue objeto de la STS 372/2011 de 10 de mayo denominada "Skin Heads Blood and Honour España" que promueve el odio o la violencia, o inciten a ello. Es tan patente el "discurso del odio" que predica HSE que incluso el término "odio" aparece proclamado escrito en los nudillos de la mano de uno de los recurrentes -Javier Ba.-, en la foto obrante al folio 2143. En relación al "discurso del odio", STS 224/2010 de 3 de marzo, en relación al terrorismo, pero doctrina plenamente aplicable a este supuesto.

En este control casacional se coincide con los razonamientos que le llevaron a dicha calificación que, por lo razonado, no puede ser cuestionado en esta sede casacional en el ámbito del motivo séptimo formalizado por la vía del error iuris.

Se incurre en causa de inadmisión, que en este momento opera como causa de desestimación.

Procede la desestimación del motivo.

El motivo octavo, por la misma vía que el anterior estima como indebidamente aplicado el delito de tenencia ilícita de armas en relación al arma de fuego encontrada en el domicilio de Ángel.

Se alega que, según su declaración, la había encontrado dos días antes en un vertedero y la había cogido sin más, por lo que se estaba en una detención fugaz.

Ya se ha dicho que fue por la propia declaración del recurrente Ángel efectuada en el Plenario, que el Tribunal de instancia pudo valorar la incautación del arma, dada la nulidad del registro domiciliario de la casa de Ángel como ya se ha razonado.

En este control casacional verificamos la corrección del Tribunal sentenciador que estimó que concurría el dolo imprescindible en relación a la tenencia ilegítima de esta arma cuya operatividad ha acreditado la pericial de balística.

Retenemos del f.jdco. decimocuarto de la sentencia que aborda esta cuestión el siguiente párrafo: "...Que además de camisetas del citado acusado y otros efectos que le constan intervenidos, se le ocupó una pistola que estaba en la parte interna de la parte de abajo de un sofá de dos plazas, que estaba en la habitación del acusado, encontrándose el arma en el interior del mismo pegada con un adhesivo al asiento...".

Estas inusuales precauciones adoptadas por el recurrente solo son comprensibles si se tiene en cuenta la ilegitimidad de tal posesión y por tanto en la efectiva capacidad de disponer, que por ello no es, no puede ser calificada de episódica.

Procede la desestimación del motivo.

El motivo noveno, por la vía del error facti denuncia error en la valoración de las pruebas que parten del Tribunal sentenciador, y cita como documentos que acreditarían tal error en relación a:

a) La naturaleza delictiva de HSE,

b) A la quiebra de la cadena de custodia en relación a la pistola intervenida a Ángel, citando al efecto las transcripciones telefónicas, las letras de varias canciones y las publicaciones El Martillo y Extremo, así como la publicación Leibstandarte y unas diligencias policiales.

Hay que recordar que la invocación del motivo expresado, queda supeditado a la concurrencia de ciertos requisitos -entre las últimas STS 762/2004 de 14 de junio, 67/2005 de 26 de enero y 1491/2005 de 1 de diciembre, 192/2006 de 1 de febrero, 225/2006 de 2 de marzo y 313/2006 de 17 de marzo, 835/2006 de 17 de julio, 530/2008 de 15 de julio, 342/2009 de 2 de abril y 914/2010 de 26 de octubre, entre otras-.

1.- Que se hayan incluido en el relato histórico hechos no acontecidos o inexactos.

2.- Que la acreditación de tal inexactitud tiene que estar evidenciada en documentos en el preciso sentido que tal término tiene en sede casacional. En tal sentido podemos recordar la STS de 10 de noviembre de 1995 en la que se precisa por tal "...aquellas representaciones gráficas del pensamiento, generalmente por escrito, creadas con fines de preconstitución probatoria y destinadas a surtir efectos en el tráfico jurídico, originados o producidos fuera de la causa e incorporados a la misma....", quedan fuera de este concepto las pruebas de naturaleza personas aunque estén documentadas por escrito generalmente, tales como declaraciones de imputados o testigos, el atestado policial y acta del Plenario, entre otras STS 220/2000 de 17 de febrero, 1553/2000 de 10 de octubre, y las en ella citadas. De manera excepcional se ha admitido como tal el informe pericial según la doctrina de esta Sala -SSTS núm. 1643/98 de 23 de diciembre, núm. 372/99 de 23 de febrero, sentencia de 30 de enero de 2004 y núm. 1046/2004 de 5 de octubre-. La justificación de alterar el factum en virtud de prueba documental -y sólo esa- estriba en que respecto de dicha prueba el Tribunal de Casación se encuentra en iguales posibilidades de valoración que el de instancia, en la medida que el documento o en su caso, la pericial permite un examen directo e inmediato como lo tuvo el Tribunal sentenciador, al margen de los principios de intermediación y contradicción.

3.- Que el documento por sí mismo sea demostrativo del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas, error que debe aparecer

de forma clara y patente del examen del documento en cuestión, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis. Es lo que la doctrina de esta Sala define como literosuficiencia.

4.- Que el supuesto error patentizado por el documento, no esté a su vez, desvirtuado por otras pruebas de igual consistencia y fiabilidad. Al respecto debe recordarse que la Ley no concede ninguna preferencia a la prueba documental sobre cualquier otra, antes bien, todas ellas quedan sometidas al cedazo de la crítica y de la valoración -razonada- en conciencia de conformidad con el art. 741 LECriminal. Tratándose de varios informes de la misma naturaleza, se exige que todos sean coincidentes o que siendo uno sólo el Tribunal sentenciador, de forma inmotivada o arbitraria se haya separado de las conclusiones de aquellos no estando fundada su decisión en otros medios de prueba o haya alterado de forma relevante su sentido originario o llegando a conclusiones divergentes con las de los citados informes sin explicación alguna. -SSTS 158/2000 y 1860/2002 de 11 de noviembre-.

5.- Que los documentos en cuestión han de obrar en la causa, ya en el Sumario o en el Rollo de la Audiencia, sin que puedan cumplir esa función impugnativa los incorporados con posterioridad a la sentencia.

6.- Finalmente, el error denunciado ha de ser trascendente y con valor causal en relación al resultado o fallo del tema, por lo que no cabe la estimación del motivo si éste sólo tiene incidencia en aspectos accesorios o irrelevantes. Hay que recordar que el recurso se da contra el fallo, no contra los argumentos que de hecho o derecho no tengan capacidad de modificar el fallo, SSTS 496/99, 765/04 de 11 de junio.

A los anteriores, debemos añadir desde una perspectiva estrictamente procesal la obligación, que le compete al recurrente de citar expresamente el documento de manera clara, cita que si bien debe efectuarse en el escrito de anuncio del motivo -art. 855 LECriminal- esta Sala ha flexibilizado el formalismo permitiendo que tal designación se efectúe en el escrito de formalización del recurso (STS 3-4-02), pero en todo caso, y como ya recuerda, entre otras la reciente sentencia de esta Sala 332/04 de 11 de marzo, es obligación del recurrente además de individualizar el documento acreditativo del error, precisar los concretos extremos del documento que acrediten claramente el error en el que se dice cayó el Tribunal, no siendo competencia de esta Sala de Casación "adivinar" o buscar tales extremos, como un zahorí -SSTS 465/2004 de 6 de abril, 1345/2005 de 14 de octubre, 733/2006 de 30 de junio, 685/2009 de 3 de junio, 1121/2009, 1236/2009 de 2 de diciembre, 92/2010 de 11 de febrero, 259/2010 de 18 de marzo, 86/2011 de 8 de febrero, 149/2011, 769/2011 de 24 de junio ó 1175/2011 de 10 de noviembre-.

De acuerdo con la doctrina expuesta hay que convenir que las transcripciones de las conversaciones telefónicas carecen de la condición de documento a los efectos de este cauce casacional y en relación a la documental que se cita, que consiste en los anexos citados en el motivo anterior, precisamente su lectura no solo no acredita el error que se denuncia, sino que la lectura de las letras de las canciones, las 88 preguntas a un

nacionalsocialista, la organización Leibstandarte, el documento del folio 2189 que contiene el texto titulado: Solución, acabar con Sion, los documentos del anexo 15, el texto "anexo a la raza, preguntas y respuestas", en fin, toda la documentación obrante en el repetido Tomo VII de la Instrucción confirma la verdadera naturaleza de HSE. Las imágenes y los textos hablan por sí solos: es un canto a la supremacía blanca acosada por razas inferiores a las que hay que exterminar, mensaje que en el texto de la Constitución Hammerskin nation -folio 2232- también aparece en el discurso/soflama entre marcial y altisonante y en donde puede leerse con toda claridad frases tan inequívocas como:

"...Nos respetamos como hombres blancos y mujeres deberían....".

"...La estructura requerirá que cada Hammerskin participe en la total victoria de la hermandad blanca y racial....".

Procede la desestimación del motivo.

TERCERO.- Recurso de José Eduardo.

Se trata de la persona que es considerada en la sentencia como el Cargo001 de HSE.

Su recurso está formalizado a través de dos motivos que en realidad abarcan varias cuestiones a modo de sub-motivos que serán estudiados seguidamente.

El motivo primero, por la vía de la vulneración de derechos constitucionales presenta tres denuncias:

- a) Nulidad de las intervenciones telefónicas practicadas en la instrucción.
- b) Falta de competencia territorial del Juez de Instrucción de Móstoles núm. 4 en favor del de Alcorcón que -según su tesis- era el competente.
- c) Vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

En relación a la primera denuncia, se reitera las mismas cuestiones que ya fueron alegadas -y rechazadas- en el recurso anterior. Se dice que la intervención telefónica no estaba justificada, que no hubo control judicial de la medida, que el delito investigado no era grave y que no se practicó prueba de voces. Nos remitimos a lo ya dicho en todas estas cuestiones en el motivo primero del anterior recurso.

En relación a la segunda denuncia nos remitimos, igualmente, a lo dicho en el motivo primero del anterior recurso.

En relación a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, y desde el respeto a la doctrina jurisprudencial también expuesta, debemos decir, de entrada, que el recurrente, es para la sentencia el responsable máximo de la organización HSE al

estimarse probado que impartía instrucciones a los demás miembros, tomaba decisiones y controlaba la financiación, así como mantenía las relaciones con otras asociaciones semejantes. Por ello es condenado en la sentencia como Cargo001, aplicándole el párrafo 1º del art. 515 Cpenal -fundador, Cargo003 o Cargo004-, en tanto que a todos los demás se les aplicó el párrafo 2º -miembros activos-

La sentencia en los folios 87 y siguientes, con mucha extensión va enumerando los elementos incriminatorios que tuvo en cuenta para estimar, no ya la pertenencia del recurrente a HSE, sino su condición de Cargo001 o responsable máximo.

1- En primer lugar tuvo en cuenta su extensa declaración en sede judicial obrante a los folios 1488 al 1491 del Tomo VI, donde reconoció ser miembro de HSE, afirma conocer a los demás recurrentes, pero niega decir si son hammerskin “....dado que puede involucrarlos en alguna cosa y no sabe el alcance que tendría esa declaración....”.

De su declaración en el Plenario -folios 540 y siguientes del acta del juicio, Tomo II del Rollo de la Audiencia-, destacamos los siguientes fragmentos:

“....Que no pertenece a hammer skin España. Que no es el Cargo001 en absoluto de hammer skin España. Que cuando declaró en el Juzgado, por motivo de los nervios, y porque tenía cosas de hammer skin, y dentro de la tensión del momento....”.

“....Hammer skin nación no es una organización, es un grupo de amigos a nivel internacional....”.

“....Que en hammer skin no existen Cargo001s, es un grupo de amigos y los amigos no tienen Cargo001s....”.

“....Que el declarante no participa de la ideología skinhead, su ideología es cristiana....”.

“....Que tenía una cuenta en La Caixa de la calle Pontones de Madrid. Que no recuerda cuando abrió la cuenta corriente. Esa cuenta la abrió con intención para facilitar el pago a Javito, el pago por los discos.... que luego añadió a Javier y más tarde a Sergio E..... la cuenta tenía asociada una tarjeta Visa electron....el declarante era el titular de esa tarjeta....”.

“....Que no conoce la revista “el martillo” y “el extremo”....”.

2- En el registro del domicilio y de unos locales de su propiedad se incautaron gran cantidad de objetos y documentación de ideología nacional-socialista reflejados en el factum, y destacamos camisetas y chándales 35 CD's del grupo Tercios, otros CD's de grupos de música nazi, algunos con carátulas alusivas al genocidio y exterminación de judíos por el III Reich.

3- Asimismo, HSE es titular de una calle c en La Caixa cuya apertura la efectuó el recurrente, y además, es titular de una tarjeta de crédito Visa asociada a dicha cuenta.

A retener el detalle de que Javier, cuyo recurso estudiaremos con posterioridad, manifestó que para disponer de fondos de dicha cuenta, en la que Javier estaba autorizado, debía consultar con José Eduardo, lo que confirma su liderazgo en HSE.

4- En relación a las intervenciones telefónicas -folios 124 a 137- son muchas las citas a José Eduardo o llamadas efectuadas a éste o por este a otros recurrentes. Es significativa la de José Manuel -folio 126 de la sentencia- en la que entre otros extremos se reconoce que José Eduardo es Cargo001 nacional por su antigüedad e igualmente la conversación habida entre José Eduardo y Fabián que aludiremos en su recurso, en ambas aparece claramente el recurrente como Cargo001 máximo de HSE.

5- En relación al testigo protegido y a las declaraciones de los agentes de la Guardia Civil no se recoge cita expresa del recurrente.

Desde el reconocimiento en sede judicial por parte del recurrente de su condición de miembro de HSE su condición de Cargo001 se confirma y corrobora tanto con las conversaciones telefónicas recogidas en la sentencia como con el hecho, realmente significativo de ser quien abrió la calle c de HSE y ser el único que dispone de una Visa asociada a tal cuenta, y al que los otros titulares le debían consultar para disponer de dicha cuenta.

En este control casacional, estimamos que tanto la integración del recurrente en HSE como su condición de Cargo001 máximo es una certeza más allá de cualquier duda razonable a la vista de los elementos incriminatorios analizados, canon de certeza que como se sabe es el exigido tanto por el Tribunal Constitucional como por el TEDH para justificar el decaimiento de la presunción de inocencia.

Procede la desestimación del motivo.

El motivo segundo por la vía del error iuris del art. 849-1 LECriminal denuncia dos cuestiones.

a) La indebida aplicación del art. 515-5 y 517-1 Cpenal en relación a la naturaleza ilícita de la asociación HSE y a su condición de Cargo001.

b) Solicita la aplicación de la eximente incompleta analógica de dilaciones indebidas.

En relación a la primera cuestión nos remitimos a lo dicho en el anterior motivo en cuanto a la condición de asociación ilícita de HSE.

Por lo que se refiere a la condición de Cargo001 de la misma, basta remitirse al factum en el que se lee con toda claridad:

“...Todo ello implica dentro de HSE de una jerarquía, resultando acreditado que José Eduardo es el responsable máximo de la organización, el cual mantiene frecuentes contactos con miembros de otras asociaciones Hammerskin de fuera de nuestro país.

José Eduardo, además da instrucciones a los demás miembros de la organización, toma decisiones y controla la financiación....”.

Desde el respeto a los hechos probados no puede sostenerse tal denuncia.

Por lo que se refiere a la atenuante de dilaciones, hay que decir que la sentencia la estimó en su f.jdco. decimonoveno como atenuante ordinaria y lo justificó en los siguientes términos:

“....Aunque ciertamente no se motiva en qué momento del procedimiento se entiende por dicha parte que se produce la paralización de las actuaciones de las que quepa entender que se han producido dilaciones indebidas, lo cierto es que del examen de la causa, y partiendo de la complejidad de la instrucción de la misma, dada la naturaleza de los hechos y el elevado número de imputados, lo que justifica tanto el tiempo tardado por ejemplo en la tramitación de la fase intermedia como el transcurrido desde que se remitió la causa a este Tribunal hasta que se pudo realizar el señalamiento de la misma, si existe un período de más de un año en el que se produce una paralización del procedimiento sin justificación alguna. Así desde que en fecha 2 de marzo de 2004 el Juzgado de Instrucción de Liria remite las diligencias practicadas por la detención de José Manuel C., hasta que el día 20 de abril de 2005 se dicta el auto de incoación de procedimiento abreviado no se practica ningún tipo de actuación de impulso del procedimiento, constando tan sólo una diligencia de enero de 2005 por la que se una a la causa las diligencias remitidas por el Juzgado de Instrucción de Liria.

Como consecuencia de lo anterior se entiende que sí se han producido unas dilaciones, que dado además el tiempo transcurrido desde que comenzó la investigación de los hechos deben de entenderse como indebidas y que perjudican a los acusados, procediendo apreciar, a todos ellos, la concurrencia, por este motivo, de la circunstancia atenuante analógica prevista en el art. 21.6 del C.P, y tanto en relación con el delito de asociación ilícita cometido por todos los acusados como en lo relativo al delito de tenencia ilícita de armas del que es penalmente responsable, un sólo Ángel....”.

El recurrente solicita que la atenuante sea muy cualificada. No se puede atender esa petición porque como se dice en la sentencia se está en presencia de una causa compleja, con muchos imputados y si bien es cuestión que la tramitación se inició en el año 2003 y el juicio tuvo lugar en varias sesiones que se iniciaron en junio de 2009, es lo cierto que la única paralización observada es la que se cita en la sentencia y esa paralización está suficientemente compensada con el efecto atenuatorio del art. 21-6 Cpenal, siendo igualmente respetuosa con la actual atenuante específica del art. 21-6 introducido por la L.O. 5/2010, que se refiere a “dilación extraordinaria”.

Procede la desestimación del motivo.

CUARTO.- Recurso de Sergio E.

Se trata de la persona que, según el factum, se encargaba de la tesorería de la asociación junto con Javier.

Su recurso está desarrollado a través de tres motivos, si bien el primero de los motivos por la vía de la vulneración de principios constitucionales se integra, en realidad por seis submotivos que abordan otras tantas cuestiones.

Se trata de un recurso muy extenso, en el que se abordan, ya lo anunciamos una serie de cuestiones idénticas a las que fueron alegadas en el primero de los recursos estudiados.

Motivo primero, reconducido por la vía del art. 852 LECriminal y 5.4 LOPJ se refieren a lo largo de seis submotivos las mismas infracciones invocadas en el primero de los recursos examinados formalizado por los acusados Sergio, Mario, Ángel, Francisco Javier y Luis Manuel, alegándose:

a) Vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, del art. 18.3 C.E., así como del derecho a un Juez predeterminado por la Ley del art. 24.2 C.E.

b) Vulneración del derecho relativo a la inviolabilidad del domicilio del art. 18.2 C.E.

c) Vulneración del derecho a un proceso público con todas las garantías del art. 24.1 C.E. al no haber estado presente el acusado Ángel cuando se efectuó la diligencia de entrada y registro de su domicilio.

d) Vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías de los arts. 24.1 y 2 C.E. en relación con los arts. 334 y 338 LECriminal aduciéndose la existencia de irregularidades en la custodia de la pistola intervenida en el domicilio anteriormente citado, que han vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del acusado Ángel.

e) Vulneración del principio acusatorio, con quebrantamiento del art. 24.1.2 C.E., al haberse introducido por la Sala de instancia en la sentencia hechos nuevos relevantes para la subsunción penal, y

f) Vulneración del derecho a la presunción de inocencia del acusado Sergio E., reconocido en el art. 24.2 C.E., alegándose la inexistencia de prueba de cargo en el acto del juicio oral para su condena.

Al respecto, y como ya hemos anticipado en los submotivos A), B), D) y F), se refieren a cuestiones ya resueltas -y rechazadas- en el primero de los recursos estudiados por lo que nos remitimos a lo allí dicho en evitación de reiteraciones innecesarias.

En lo referente a los submotivos C) y D), se reitera también cuestiones ya abordadas y resultas en el primero de los recursos, pero, además existe una patente falta de legitimación del recurrente para efectuar la denuncia en la medida que se refiere a la nulidad del registro domiciliario de Ángel, en el que se encontró una pistola así como

quiebra de la cadena de custodia. Es claro que el recurrente no puede alegar vulneración alguna pues se trata de cuestiones que afectan exclusivamente a la persona de Ángel (que ya lo impugnó) sin proyección ni consecuencia alguna en relación al actual recurrente.

Procede la desestimación de los motivos A), B), D), C) y D), concurriendo en estos dos últimos, además, la falta de legitimación expresada.

Pasamos al estudio del submotivo F) que alega violación del derecho a la presunción de inocencia.

Desde el respeto a la doctrina, ya expuesta en relación al ámbito del control casacional respecto de tal violación.

La sentencia, aborda esta cuestión a los folios 116 y siguientes.

El recurrente, sobre la base de que no se le han ocupado efectos relacionados con HSE al no habersele practicado registro domiciliario, entiende que no hay prueba de su participación asociativa.

El Tribunal sentenciador pone especial énfasis en que de la cotitularidad en la calle c que a nombre de HSE abrió en la Caixa José Eduardo, (cuenta en la que se ingresaban las cuotas de los socios) se deriva que el recurrente no solo pertenecía a HSE sino que el estimado como Cargo001 de HSE -José Eduardo- tenía plena confianza en él, rechazando por inverosímiles las explicaciones exculpatorias tendentes a justificar tal cotitularidad, todo ello corroborado por otras evidencias.

En definitiva, sistematizando las pruebas tenidas en cuenta por el Tribunal, verificamos en este control casacional lo siguiente:

1- En relación a sus declaraciones, en sede judicial declaró desconocer a HSE, lo que reiteró en el Plenario, que, conoce La Bodega que era un bar de copas y asimismo conoce a varios de los recurrentes. En relación a la cotitularidad de la calle c declaró que el dinero era para ir de vacaciones y a conciertos.

2- En relación a las intervenciones telefónicas existen varias en las que José Eduardo habla con Sergio de los problemas del dinero de caja, diciéndole que cada uno debe pagar el dinero de los CD's que se lleva para vender y otra en la que José Eduardo comenta con su novia que la cuenta de la Caixa "es la cuenta de todos", y otra entre José Eduardo y Javier (Javito) sobre el tema de que los CD's hay que pagarlos y que Sergio tiene dinero de caja.

3- En relación a las declaraciones de los agentes de la Guardia Civil, retenemos la del agente L-...-X que en el Plenario afirmó conocer al recurrente, que lo identificó en varios conciertos, y que también estuvo en Barcelona.

En este control casacional estimamos que la conclusión a la que llegó el Tribunal sentenciador, en base fundamentalmente a la cotitularidad de la calle c de HSE que ostentaba el recurrente, corroborado por las conversaciones intervenidas en el sentido de que no solo pertenecía a HSE sino que era una persona con cierta responsabilidad en la misma, constituye un juicio de certeza cerrado y consistente que alcanza el axiomático juicio de certeza más allá de cualquier duda razonable.

Procede la desestimación del motivo.

El motivo segundo, por la vía del error iuris denuncia como indebidamente aplicado el art. 515-5 en relación con el art. 517-2 y 28 todos del Cpenal.

Se niega que HSE sea una asociación ilícita de las previstas en el art. 515-5, y que el recurrente sea autor por pertenecer a la misma.

Asimismo se reitera la violación del derecho a la presunción de inocencia. El motivo es doblemente reiterativo y aborda cuestiones ya resueltas.

Dentro del ámbito del motivo formalizado no puede cuestionarse la naturaleza ilícita de HSE dado el factum al que nos hemos referido con anterioridad. Se incurre en causa de inadmisión que en este momento opera como causa de desestimación.

En relación a la violación del derecho a la presunción de inocencia, nos remitimos a lo acabado de argumentar en el motivo anterior, submotivo F).

Procede la desestimación del motivo.

El tercer motivo, por la vía del error facti del art. 849-2 LECriminal, se denuncia error en el que había caído el Tribunal en relación a la condena del recurrente. Cita como "documentos" las transcripciones de diversas conversaciones telefónicas, que, en su tesis abonarían por la absolución de Sergio, y asimismo, se refiere a las letras de canciones y a las revistas El Martillo y Extremo.

También se está en un claro supuesto de inadmisibilidad del motivo en la medida que ninguno de los documentos citados tienen tal valor a los efectos del motivo, y por otra parte existen otras pruebas contundentes sobre las que se apoya la sentencia.

Procede la desestimación del motivo.

QUINTO.- Recurso de Fernando y Francisco Javier B.

Se trata de dos recurrentes respecto de los que en el factum se nos dice que son miembros de pleno derecho de HSE.

El recurso conjunto está desarrollado en dos motivos.

El primer motivo, por la vía de la vulneración de derechos constitucionales denuncia la violación de los arts. 24, 1 y 2 en relación al derecho a la presunción de inocencia, tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías.

Anuda esta panoplia defensiva a que no se ha demostrado que HSE tenga por finalidad extender el odio como consecuencia de su ideología homófoba, xenófoba y antisemitista y que tampoco se ha acreditado que los recurrentes fuesen miembros de la misma y participasen de dicha ideología.

La sentencia concreta las fuentes de prueba y los elementos incriminatorios que le llevaron a la conclusión de que ambos recurrentes pertenecían a HSE, en el f.jdco. décimo, folios 103 y 111 a 115, respectivamente.

En relación a Fernando -Freddy-, se destaca en la sentencia que en su declaración en sede policial ratificada a presencia judicial dentro de la fase de instrucción -folios 1475 y 1476-, reconoció haber pertenecido al movimiento skinheads de ideología neonazi, que comulgaba con sus ideas y reconoció haber asistido a diversos encuentros de sus miembros.

Sin embargo, en su declaración en el Plenario, se desdijo de sus anteriores manifestaciones aunque reconoció haber ido a la Bodega pero era un local normal, de copas.

En relación a Javier Ba. se está en una situación muy semejante, en su declaración en la policía, ratificada en sede judicial reconoció pertenecer a HSE, si bien dijo que se trataba de un grupo de amigos y que no pagaban cuota alguna, que tenían que superar diversas pruebas para ser aceptados, destacamos su manifestación de que pertenecía a HSE desde hacía dos años y que José Eduardo fue la persona que le habla de la organización.

También en el Plenario se desdijo de sus anteriores declaraciones pero reconoció haber ido al local "La Bodega".

Ambos afirmaron conocer a varios de los recurrentes.

Como otros elementos incriminatorios tenidos en cuenta en la sentencia en relación a ambos se cuenta con los siguientes:

a) El resultado de los registros domiciliarios de Fernando. En el factum se reseña que en el domicilio de Fernando se incautaron, entre otros efectos, de un "Manifiesto Socialracista", que hace una apología de la superioridad de la raza blanca sobre las demás, gran cantidad de revistas, documentos y discos de naturaleza antisemita, racista y nazi, así como -textualmente del factum-, "ingente material relativo al nazismo, fascismo, propaganda de Hitler, y películas sobre estos temas".

No consta que se hubiese efectuado registro domiciliario de Francisco Javier B.

Como otros datos incriminatorios, también se refiere la sentencia a:

b) Conversaciones intervenidas. En varias de ellas se hace referencia por los interlocutores a ambos recurrentes, o bien hablan ellos mismos. En tal sentido el día 21 de octubre en una conversación de José Manuel en referencia a una reserva de habitaciones su interlocutor, C., le dice que al menos tiene que haber para cuatro, entre ellos para Freddy -Fernando-, y el Javi (Javier Ba.), y el Fabián (el otro recurrente). En otra conversación del 6 de diciembre, entre Mario y Francisco Javier, mencionan a Javi, y el 18 del mismo mes hay una conversación entre Mario y Fernando (Freddy) en la que en relación a un incidente en un partido, Freddy le dice "...ya ves, bien, ya tocaba, no? un poco de acción....".

c) En relación a Javier Ba. también verificó el Tribunal que aparece en las fotos de los folios 2143 y 2146, siendo muy significativo que en la foto del folio 2143 el recurrente muestra los nudillos de la mano derecha a la cámara y en ella está escrita la palabra "odio". Se trata de una foto, de un primer plano del recurrente y de Fabio, que el Tribunal en virtud de la inmediación que tuvo sin dificultad vio que se correspondían con ambos recurrentes.

Al igual que en el caso de José Eduardo -cuyo recurso ya ha sido estudiado- se encuentra el Tribunal sentenciador con unas declaraciones autoincriminatorias en sede judicial, durante la instrucción realizada con todas las garantías, que, posteriormente, fueron rechazadas en el Plenario. En tal situación y ante la patente contradicción, el Tribunal concedió superior credibilidad a las declaraciones en sede judicial frente a las exculpatorias del Plenario, y lo hizo de forma razonada, explicando los porqués y estos fueron porque la explicación que dieron del cambio de declaración era que estaban nerviosos y presionados y se estimó por el Tribunal la superior credibilidad de lo declarado en fase de instrucción por otros datos incriminatorios, tales como el resultado del registro del domicilio de Fernando como por el resultado de las conversaciones telefónicas a las que ya se ha hecho referencia.

Esta doctrina de valorar las declaraciones autoincriminatorias efectuadas en sede judicial, debidamente introducidas en el Plenario con ocasión del interrogatorio de la persona concernida, frente a su posterior retracción, siempre que se explique y razone el porqué de tal superior credibilidad, está reconocida por el Tribunal Constitucional - SSTC 219/2009 y 220/2009, así como por esta Sala, entre las últimas STS 1354/2009 de 30 de diciembre y entre las más antiguas, STS de 24 de noviembre 1995, y las allí citadas.

En este control casacional verificamos la corrección de la doctrina aplicada por el Tribunal sobre la superior validez de las declaraciones en sede judicial en este caso, y que asimismo la certeza en la conclusión incriminatoria a la que llegó alcanza el canon de certeza más allá de cualquier duda razonable.

Procede la desestimación del motivo.

El motivo segundo, por la vía del error iuris del art. 849-1 LECriminal, denuncia como indebidamente aplicados los artículos relativos a la asociación ilícita, no pudiendo estimarse que lo sea HSE, ni que los recurrentes sean autores de tal delito.

Como se observa de la sola enumeración del motivo, se está en idéntica cuestión alegada en el motivo segundo en el recurso de Sergio E. y de José Eduardo, y en el motivo séptimo del primer recurso.

Nos remitimos a lo dicho en el primero de los recursos en evitación de reiteraciones innecesarias.

Procede la desestimación del motivo.

SEXTO.- Recurso de Fabián.

Se trata de uno de los miembros de HSE que estaba considerado como “miembro en perspectiva” o prospect, compartiendo esta cualidad con José Manuel. No obstante, se dice en el factum que también tenían ambos una efectiva participación en la actividad de la organización.

Su recurso está desarrollado a través de cinco motivos, de ellos, los motivos primero, segundo, tercero y quinto abordan temas ya resueltos.

El primer motivo, por la vía del art. 852 LECriminal y 5.4 LOPJ, se invoca vulneración del art. 18.3 y 24.2 C.E., en relación con el derecho al secreto de las comunicaciones y al Juez predeterminado por la Ley.

El motivo segundo, por la vía del art. 852 LECriminal y 5.4 LOPJ, se invoca vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio del art. 18.2.

El motivo tercero, por la vía del art. 852 LECriminal y 5.4 LOPJ, se invoca vulneración del art. 24.1 y 2 C.E., en relación con el derecho de defensa, a la tutela judicial efectiva, así como al principio acusatorio, alegándose que la Sala ha introducido hechos nuevos relevantes para la subsunción penal.

El motivo quinto, por Infracción de Ley, por el cauce del art. 849.1 LECriminal se invoca indebida aplicación del art. 515.5 en relación con el art. 517.2 y 28 Cpenal, así como del derecho a la presunción de inocencia que se alega como principal en el motivo cuarto, particularmente objeto de atención aparte dada su naturaleza individualizada y personal.

Procede la desestimación, conjunta, de los cuatro motivos. Los cuatro motivos coinciden en esencia con los alegados por otros recurrentes y en particular por el primero de todos en representación de los acusados Sergio, Mario, Ángel, Francisco Javier y Luis Manuel, en concreto, con los motivos primero, segundo, quinto y séptimo

de dicho recurso, por lo que nos remitimos a lo expuesto en contra de los mismos, pasando a examinar directamente el motivo cuarto, por las razones anteriormente aludidas.

El motivo cuarto, por el cauce de la vulneración de derechos constitucionales denuncia violación del derecho a la presunción de inocencia.

Desde el respeto a la doctrina ya expuesta anteriormente, pasamos a dar respuesta a esta denuncia.

La sentencia de instancia en el f.jdco. décimo aborda esta cuestión a los folios 118 y siguientes.

En su declaración en sede judicial reconoce ser “prospect” o aspirante a HSE, que tenía que estar a prueba un año, reconoce asimismo haber participado en varios actos de la misma, asistir al local La Bodega y conocer a varios de los recurrentes, todos como consecuencia de pertenecer a HSE en la calidad antedicha, y al igual que los otros recurrentes ya estudiados, en el Plenario se desdice de todo lo anteriormente declarado, alegando simplemente que pertenecía al movimiento skin, y que de oídas sabía de la organización HSE, negando haberse reunido con miembros de HSE.

La sentencia alzaprimó las declaraciones en sede judicial por estimarlas de superior credibilidad en base a datos concretos y como tales cita:

a) El resultado del registro domiciliario del recurrente en el que, según el factum, se le ocuparon folletos sobre Hitler, diversas camisetas, fotos, CD's y pegatinas, todos ellos de ideología nazi.

b) En relación a las conversaciones telefónicas intervenidas la sentencia se refiere a las transcripciones obrantes a los folios 491 y siguientes en donde se recoge una llamada de José Eduardo al recurrente en la que éste le advierte de que tal vez le llamen a declarar y que no debe incriminar a nadie, Fabián le responde que no pensaba que tuviese importancia decir quiénes eran los miembros de Hammerskin-España, contabilizándose una segunda declaración, también entre ambos con el mismo objeto, y en la que José Eduardo le tranquiliza y le dice que luego puede cambiar la declaración. Como hemos ya anticipado en el recurso de José Eduardo, esta conversación le confirma como Cargo001 de HSE.

c) También valoró la Sala diversas fotos en las que aparece el recurrente, concretamente a los folios 2142 y siguientes. En dicha foto aparece el recurrente. El propio recurrente dice no reconocerse. En la sentencia se recoge la opinión del Tribunal, que vio al recurrente en persona en el Plenario y observó las fotos, confirmando que son la misma persona, y lo mismo en las fotos de los folios 2146.

Se está en el mismo caso que en los ya estudiados con anterioridad.

Procede la desestimación del motivo.

SÉPTIMO.- Recurso de Pedro Santiago.

Según el factum era el encargado de la seguridad en las reuniones y conciertos organizados por HSE.

Formaliza su recurso a través de cinco motivos (realmente son seis, porque el cuarto está repetido).

El motivo primero, por la vía de los arts. 852 LECriminal y 5.4 LOPJ, se invoca vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 C.E., interviniéndose la nulidad del auto de fecha 24 de octubre de 2003, sus sucesivas prórrogas y posteriores intervenciones de otros números de teléfono.

El motivo segundo, canalizado a través de los mismos preceptos se aduce quebrantamiento de lo dispuesto en el art. 18.2 C.E., en relación con el derecho a la inviolabilidad del domicilio de Pedro Santiago, así como del resto de los acusados.

El motivo tercero, por el mismo cauce del art. 852 LECriminal y 5.4 LOPJ, se invoca vulneración del derecho fundamental al Juez predeterminado por la Ley por cuanto la tramitación de la instrucción fue llevada a cabo por el Juzgado de Instrucción de Móstoles en lugar del de Alcorcón.

El motivo cuarto, denuncia violación del derecho a la presunción de inocencia.

El motivo cuarto bis, por la vía del art. 849.1 LECriminal, se invoca la indebida aplicación de lo dispuesto en los arts. 515.5, 517.2 y 28 Cpenal, así como de la presunción de inocencia del art. 24.2 C.E., que a su vez se invoca de manera autónoma en el motivo anterior.

El motivo quinto, por la vía del art. 849.1 LECriminal, se invoca vulneración de los arts. 14, 15, 16, 17 y 18 LECriminal, en relación con el art. 24.2 C.E., respecto al derecho al Juez predeterminado por la Ley, ya aducido en el motivo tercero.

Procede la desestimación, conjunta, de los cinco motivos, anteriormente al coincidir sustancialmente con los desarrollados por otros recurrentes, por lo que nos remitimos a lo aducido en contra de aquéllos y particularmente respecto al recurso de los primeros recurrentes en aras de evitar reincidir sobre lo ya expuesto, incurriendo en consecuencia los motivos reseñados en las causas de inadmisión de los números 1 y 2 del art. 885 LECriminal.

Pasamos al estudio del motivo cuarto, en el que se denuncia la violación del derecho a la presunción de inocencia.

El Tribunal sentenciador aborda esta cuestión en el folio 79 -f.jdco. noveno-. En sus declaraciones tanto en sede policial, judicial, como en el Plenario negó pertenecer a HSE. Conoce a varios de los recurrentes pero ninguno tiene que ver con grupos neonazis, igualmente reconoce haber estado en “La Bodega” y en alguno de los conciertos. También tuvo en cuenta el Tribunal los restantes elementos probatorios.

a) El resultado del registro domiciliario, en el que, según el factum, se le ocuparon numerosas prendas, pegatinas y CD's, todos de temática neonazi, así como un documento obrante al los folios 2200 a 2225, denominado “anexo a la raza y respuestas” que es un alegado a la primacía de la raza blanca.

b) También tuvo en cuenta diversas fotos en concreto a los folios 2147 y siguientes en las que aparece el recurrente con atuendo militar nazi, y detrás una de las fotos, detrás de una pancarta con el nombre de Rudolf Hess en unión de otros recurrentes, de quienes sorprendentemente dijo no conocer.

c) En las transcripciones de las conversaciones telefónicas intervenidas, aparece varias veces citado o participando en conversaciones con otros recurrentes. En tal sentido hay una conversación del día 15 de noviembre de 2003 en la que José Manuel y C. hablan de quedar con Francisco Javier y con Pedro para ir a Valencia, y otra del 7 del mismo mes en relación a una reunión con los prospect y una más, muy relevante, en la que C. le explica a José Manuel que Pedro se queda como Cargo001 de seguridad dentro de la organización. También hay otra conversación -muy relevante- de José Eduardo con el propio Pedro Santiago sobre problemas con los Hammer de otros países, refiriéndose a Pedro como Cargo001 de seguridad. Todavía se contabilizan otras conversaciones el día 21 de noviembre sobre unas habitaciones que había que alquilar, una para Pedro, y otra del día 29 entre José Manuel y C. en la que se refiere a que estuvo entre otros recurrentes, con Pedro calificándolos a todos como “hermanos”.

d) También en relación a las declaraciones de la Guardia Civil se cuenta con lo manifestado por el agente L-...-X que manifestó haber visto a Pedro junto con otros recurrentes (Mario, Francisco Javier, José Eduardo, José Manuel) en las proximidades de La Bodega, en Alcalá, y que entraron. Que todos llevaban la vestimenta militar neonazi.

Ante este bagaje probatorio de cargo valorado en la instancia, verificamos en este control casacional que no existió el vacío probatorio que se denuncia. Se está ante una certeza más allá de toda duda razonable.

Procede la desestimación del motivo.

OCTAVO.- Recurso de José Manuel.

Se trata de otro de los prospect, según el factum, que también es considerado como miembro de HSE con efectiva participación en los fines de la asociación.

Su recurso está formalizado a través de cinco motivos.

Al igual que en los recursos que anteceden, también aquí se suscitan idénticas cuestiones que ya están resueltas en los otros recursos formalizados.

Por ello, y en evitación de reiteraciones, estudiaremos con detenimiento los motivos primero y tercero y nos remitiremos a lo ya declarado en relación a los motivos segundo, cuarto y quinto.

El motivo primero, por el Quebrantamiento de forma, se canaliza por la vía del art. 851.1 LECriminal, aludiéndose la consignación en el factum de conceptos jurídicos predeterminantes del fallo.

Se hace mención en el recurso de las diversas frases aparecidas en el factum en las que se alude a la propagación de las ideas de supremacía de la raza blanca, discriminación por razón de raza, orientación sexual y nacionalidad, relativas al impulso del odio y la violencia como consecuencia de la homofobia, xenofobia y antisemitismo inherentes a aquellas, actitudes manifestadas en el grupo en el que se integran los acusados.

El motivo no puede prosperar por más que exista alguna coincidencia de dichas expresiones en el art. 515.5 en el que se recoge el tipo aplicado. Se trata de formas o modos de expresión ajenos al orden jurídico, asumidos por la generalidad como modos de definir una conducta contraria a los principios y deberes contenidos en nuestra carta fundamental y otros textos tanto de orden jurídico como sociales, de lo que se hacen en los más-media cotidianamente cuando se trata de publicar comportamientos repudiables como los descritos plásticamente en los hechos probados.

En cualquier caso, la descripción de los hechos llevados a cabo por los acusados, suprimido incluso la ideología que los aglutina, son suficientes para derivar subjetivamente la finalidad de los mismos, interesando en consecuencia la inadmisión del motivo en razón de lo dispuesto en el art. 851.1 LECriminal.

Procede la desestimación del motivo.

El motivo segundo, por la vía del art. 852 LECriminal, se invoca vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 C.E.

El motivo cuarto, por la vía del art. 849.2 C.E. se invoca error de hecho en la apreciación de la prueba, alegándose que de la documentación intervenida a los acusados no se desprende la intencionalidad xenófoba adjudicada a la organización.

El motivo quinto, por la vía del art. 849.1 LECriminal, se invoca infracción por indebida aplicación de lo dispuesto en los arts. 515.5 y 517.2 del Cpenal y subsidiariamente del art. 66.

Procede la desestimación, conjunta, de los motivos segundo, cuarto y quinto, todas las cuestiones referidas en los tres motivos han sido objeto de análisis y refutación respecto a los mismos pedimentos propuestos por otros recurrentes por lo que por razones prácticas nos remitimos a lo dicho en contra de los mismos con anterioridad.

El motivo cuarto, denuncia vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

La sentencia justifica su conclusión tras la valoración de las pruebas pertinentes, lo que aparece a los folios 66 y siguientes del f.jdco. décimo.

En ninguna de sus declaraciones, el recurrente reconoció pertenecer a HSE, aunque reconoce haber estado tanto en La Bodega como en el Drakkar, en relación al primero dice desconocer si existía un cartel en el que diga solo admiten blancos. Que ha asistido a varios conciertos.

Igualmente, reconoce haber mantenido muchas conversaciones con C. (se refiere a José Manuel C., fallecido), que prospect es un saludo cariñoso y que ignora porque C. le decía que hacían vida de "hermanos". Otros datos que tuvo en cuenta en la sentencia fueron:

- a) El resultado del registro domiciliario en el que se le ocuparon, según el factum, varios documentos sobre el nacionalsocialismo. También se le ocupó documento Leibstandarte, organización que es un "supporter" de Hammerskin-Nation, especificándose que a través de ella se puede tener acceso a HSE, contiene también dicho documento, el esquema de HSE en España, que tiene cuatro secciones en España, una en Alcalá de Henares cuyo oficial es el recurrente "Manza", esto es Luis Manuel. También se le ocuparon bufandas, banderas, fotos, todo ello de simbología nazi.
- b) Se le exhibieron las fotos obrantes a los folios 2148 y siguientes, en las que aparece el recurrente con atuendo nazi, en una de ellas detrás de una pancarta con el nombre de Rudolf Hess, y por toda explicación dijo tratarse de una reunión de amigos.
- c) En las transcripciones de las conversaciones intervenidas, que se estudian en el f.jdco. undécimo de la sentencia -folio 124- se contiene una relevante cantidad de conversaciones entre José Manuel y varios de los recurrentes. Existen varias entre José Manuel y C. (el fallecido), otras entre el recurrente y José Eduardo, con Francisco Javier, con Javier. Todas están estudiadas con detenimiento en la sentencia y de su contenido se deriva sin género de dudas la integración del recurrente en HSE y su condición de prospect que iba a pasar al grado superior de miembro de pleno derecho, participando activamente en las actividades de HSE, comulgando con todo su ideario y colaborando en su difusión.

En este control casacional verificamos, igualmente, que no existió el vacío probatorio que se dice sino que se contó con prueba válidamente obtenida, introducida en el

Plenario, suficiente desde las exigencias derivadas del derecho a la presunción de inocencia, y prueba que, en fin, fue razonada y razonablemente valorada.

Procede la desestimación del motivo.

NOVENO.- Recurso de Javier (Javito) y Daniel.

Se trata de los que en la sentencia se estiman como Cargo002, en relación a Javier, y como encargado de facilitar la venta de objetos de HSE por correo y a tal fin era el titular de uno de los apartados de correo que se utilizaban para los envíos.

Su recurso está desarrollado a través de cinco motivos, que mantienen la misma sistemática y argumentación que los recursos precedentemente estudiados.

El motivo primero, denuncia por la vía del Quebrantamiento de forma predeterminación en los hechos probados.

El motivo segundo, denuncia la violación del art. 18.3 C.E. en relación a las intervenciones telefónicas autorizadas en la instrucción.

El motivo tercero, denuncia violación del derecho a la presunción de inocencia de ambos recurrentes y el principio in dubio pro reo.

El motivo cuarto, por la vía del error facti del art. 849-2 LECriminal, denuncia errores en los que ha incurrido el Tribunal sentenciador al condenar a los recurrentes citando como documento que lo acreditaría las letras de las canciones del grupo Odal, las revistas El Martillo y El Extremo y la publicación Leibstandarte.

El motivo quinto, por la vía del error iuris del art. 849-1 LECriminal, denuncia como indebida la aplicación de los arts. 515, 517 Cpenal y 24 C.E.

Los motivos primero, segundo, cuarto y quinto, son idénticos en sus denuncias, argumentaciones y finalidad a los ya estudiados en el primer recurso y por lo que se refiere al motivo primero (por Quebrantamiento de Forma) es idéntico al formalizado por José Manuel en el primer motivo de su recurso.

Nos remitimos a lo dicho en los anteriores recursos para rechazar los motivos indicados dada su esencial identidad.

Solo procederemos al estudio del motivo tercero, en el que se denuncia la violación del derecho a la presunción de inocencia.

La sentencia aborda esta cuestión en los folios 97 y siguientes en relación a Javier y en los folios 107 y siguientes.

En relación a Javier, conocido por "Javito" -hecho no cuestionado-, en ninguna de sus declaraciones reconoció pertenecer a HSE, ni por tanto ser Cargo002 de la misma. Negó haber acudido a conciertos o reuniones de ideología nazi pero reconoció conocer a varios de los recurrentes. Otros datos, ya claramente incriminatorios tenidos en cuenta por el Tribunal sentenciador fueron:

a) El resultado del registro domiciliario en el que, según el factum, se le ocuparon, entre otras cosas pasquines, CD's, pegatinas y publicaciones, todas de naturaleza neonazi, un sobre remitido por el recurrente Fernando, un boletín hammer, varios sobres con el apartado de correos n1 8411, cuyo titular resulta ser el otro recurrente Daniel, como luego se dirá.

b) En relación a la calle c de La Caixa a nombre de HSE aperturada por José Eduardo, aparece como cotitular siendo relevante constatar que declaró que para sacar dinero de dicha cuenta se lo consultaba a José Eduardo.

c) En relación a las conversaciones telefónicas intervenidas que se estudian en el f.jdco. undécimo de la sentencia, folios 124 y siguientes, aparece varias veces citado por otros recurrentes así en la conversación entre José Manuel y C. (fallecido), éste le comenta que estuvo con los "hermanos" en el Drakkar y cita entre otros a Javito en otra conversación entre ambos intervinientes el 8 de enero de 2004, se habla de Javito como el Cargo002 de HSE y que él debería haber cobrado la caja del concierto, el 14 de febrero de 2004 José Manuel habla con Javito sobre unos procedimientos judiciales y una posible información policial sobre la cuenta de HSE, existiendo otra conversación el 27 de enero de 2004 entre José Eduardo y el recurrente y éste le dice a aquél que nadie puede llevarse los CD's sin pagarlos, y que Mario se ha llevado 100.

d) El testigo protegido en su declaración en el Plenario reconoce al recurrente como uno de los que aparecen en el reportaje que hizo.

Fue en base a este acervo probatorio de cargo que el Tribunal sentenciador arribó al juicio de certeza al que Javier no solo estaba integrado en HSE, sino que desempeñaba un cargo de responsabilidad como encargado de la caja de HSE siendo cotitular de la calle c de HSE.

En este control casacional verificamos la solidez y contundencia del andamiaje construido por el Tribunal para justificar la condena del recurrente. Se está ante una certeza más allá de toda duda razonable.

En relación al otro recurrente, Daniel, la sentencia estudia el inventario de pruebas incriminatorias que le llevaron a justificar la condena en los folios 107 y siguientes.

Parte de las diversas declaraciones del recurrente, en ninguna de ellas reconoció pertenecer a HSE, de la que dice que solo había oído hablar de ella en televisión, afirma no haber ido a ningún concierto de los organizados por HSE, ni haber visitado

La Bodega, aunque conoce a varios recurrentes, niega que le llamen así. Aparte se contó con los siguientes datos:

a) El resultado del registro domiciliario fue muy sugerente, ya que, según el factum, se le ocuparon, entre otros efectos 120 camisetas de las que se solicita se le devuelvan, de estas 26 eran de Thor' Hammer.

b) Tiene un apartado de correos a su nombre, el núm. ...444, siendo significativo que en la revista Extremo, obrante al folio 2123, aparece como apartado para poder comunicarse y entrar en contacto, el apartado de correos del que, causalmente es titular el recurrente -lo que así se comprueba en este control casacional-, siendo muy significativa la respuesta dada en su declaración en el Plenario en relación a que en la revista Extremo aparezca su apartado de correos. Textualmente -folio 550 del Tomo II del Rollo de la Audiencia, Acta del Plenario- se dice:

“...Que no conocía la revista Extremo ni Martillo.

Que era titular de un apartado de correos con núm. ...444. Que desconoce porque aparecía su apartado de correos en la contraportada de la revista Extremo, es la primera noticia que tiene, si uno ha utilizado su apartado de correos para hacer algo ha sido sin su autorización....”.

c) En relación a las conversaciones telefónicas intervenidas que se recogen en el f.jdco. undécimo de la sentencia aparecen varias llamadas efectuadas por el recurrente o bien le llaman a él otros recurrentes. En tal motivo, al folio 925 del anexo de transcripciones hay una llamada de José Manuel a Daniel en relación a una movida con “cuatro tarugos”, así como otras en relación a la recaudación de un concierto o a las ventas de CD's efectuadas por el recurrente.

Ante este bagaje probatorio de cargo, el Tribunal sentenciador estimó suficientemente contundente como para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

En este control casacional verificamos la corrección de la decisión del Tribunal. No existió vacío probatorio de cargo, y, obviamente, la referencia al principio in dubio pro reo está fuera de lugar, toda vez que el Tribunal ni dudó e hizo bien en no dudar.

Procede la desestimación del motivo.

DÉCIMO.- De conformidad con el art. 901 LECriminal, procede la imposición a los recurrentes de las costas de sus respectivos recursos.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar a los recursos de casación formalizados por las representaciones de Sergio, Mario, Ángel, Francisco Javier, Luis Manuel, José Eduardo, Sergio E., Fernando, Francisco Javier B., Fabián, Pedro

Santiago, José Manuel, Javier y Daniel, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección VII, de fecha 16 de julio de 2009, con imposición a los recurrentes de las costas de sus respectivos recursos.

Notifíquese esta resolución a las partes, y póngase en conocimiento de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección VII, con devolución de la causa a esta última e interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Giménez García.- Andrés Martínez Arrieta.- José Manuel Maza Martín.- Manuel Marchena Gómez.- Diego Ramos Gancedo.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Joaquín Giménez García, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.