

AUDIENCIA NACIONAL
SALA DE LO PENAL
-SECCIÓN SEGUNDA-

SUMARIO Nº 18/2007
ROLLO DE SALA 38/2007
JDO CTRAL INST. Nº5

La Sección segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional constituida por los Magistrados D. Fernando García Nicolás como presidente, D. José Ricardo de Prada Solaesa, como ponente, y D. Enrique López López, previa la oportuna deliberación, ha dictado la siguiente

SENTENCIA Nº 31/2009

En Madrid a treinta de Abril de dos mil nueve.

Se ha visto en juicio oral y público la presente causa seguida por delitos de pertenencia a organización terrorista, colaboración con organización terrorista, falsificación de documentos y contra la salud pública, contra:

1.-KAMAL AHBAR, nacido en Tizi Ozou (Argelia), el 31.3.1978, hijo de Abdelah y Fatima, con NIE X 02428303-D. También se le atribuye la identidad de **RABAH ACHAHBOUN**, nacido en Bni Bouyache (Marruecos) el 31.03.1978. En situación de prisión provisional decretada por Auto del Juzgado de fecha 19.6.2005. De estado de solvencia no acreditado.

2.-SAMIR TAHTAH, nacido en Douar Aknia (Marruecos), el 14.2.1977, hijo de Abdesamade y Yamina, con NIE X-02692718-Q. En situación de prisión provisional acordada por Auto del Juzgado de fecha 19.6.05. De estado de solvencia no acreditado.

3.- KHALED ABIDI, nacido en Hussein Dey (Argelia) el 6.06.1983, hijo de Othmane y Fatma, con NIE X-0360141-Q. Su situación de prisión provisional fue decretada por Auto del Juzgado de fecha de 7.6.2007. Actualmente en situación de libertad provisional acordada por Auto de esta Sala el 23.3.2009. De estado de solvencia no acreditado.

4.-YAGOUB GUEMEREG, nacido en Tissemsilt (Argelia) el 26.09.1967, hijo de Ben Zegraba y Touil Fatma, con NIE X-03486921-Y. Su situación de prisión provisional fue decretada por Auto del Juzgado de fecha 19.6.2005. Actualmente en situación de libertad provisional por Auto de esta Sala el 23.3.2009. De estado de solvencia no acreditado.

5.-SAID EL MAZMOUZI, nacido en Old Boumaiza (Marruecos) el 15.06.1978, hijo de Abdelkader y Fatma con NIE X-04588011-V. Su prisión provisional fue acordada por Auto del Juzgado de fecha 22.6.2005. Fue decretada su libertad provisional por Auto de esta Sala el 23.3.2009. De estado de solvencia no acreditado.

6.- RIDOANE EL OUARMA, nacido en Agadir (Marruecos), el 16.12. 1976, hijo de Chtioui y Oemhani, con NIE X3277615-T. Su prisión provisional fue acordada por Auto del Juzgado de fecha 19.6.2005. Fue decretada su libertad provisional por Auto de esta Sala el 23.3.2009. De estado de solvencia no acreditado.

7.-MOHAMED EL IDRISI, nacido en Beni Amarte (Marruecos), el 1.09.1976, hijo de Hamadi y Rahma, con NIE X-01938404-X . Su prisión provisional fue acordada por Auto del Juzgado de fecha 21.6.2005, que se mantiene hasta la actualidad. De estado de solvencia no acreditado.

8.- DRISS BELHADI, nacido en Beni Boufrah (Marruecos), el 02.10.1978, hijo de Mohammed y Aicha. Su prisión provisional fue acordada por Auto del Juzgado de fecha 19.6.2005. Fue decretada su libertad provisional por Auto de esta Sala el 23.3.2009. De estado de solvencia no acreditado.

9.-ABSDELHARIE DAHANE, nacido en Tanger (Marruecos), el 20.01.1972, hijo de Allal y Fatima, con NIE X-03858273-T. Su prisión provisional fue acordada por Auto del Juzgado de fecha 20.6.2005. Fue decretada su libertad provisional durante la instrucción del procedimiento. De estado de solvencia no acreditado.

10.-TAREK HAMED HAMU, nacido en Ceuta el día 24.12.1978, hijo de Abdelkader y Yamina, de nacionalidad española, con DNI nº 45.086.409-S. Su prisión provisional fue acordada por Auto del Juzgado de fecha 04.04.2005. Fue decretada su libertad provisional por Auto de esta Sala el 23.3.2009. De estado de solvencia no acreditado.

11.- BILAL EL SAITI, nacido en Fez (Marruecos) el 01.01.1983, hijo de Mohamed y Jadilla. Su prisión provisional fue acordada por Auto del Juzgado de fecha 04.04.2005. Fue decretada su libertad provisional por Auto de esta Sala el 23.3.2009. De estado de solvencia no acreditado.

12.-MUSTAFA MOHAMED ABSDESALAM, nacido en Ceuta el 30.01.1979, hijo de Mohamed y Sohora y DNI 45.081.927-H. En situación de prisión provisional por Auto del Juzgado de fecha 19.07.2005 y decretada su libertad provisional por Auto de esta Sala el 23.3.2009. De estado de solvencia no acreditado.

13.- AOMAR HAMED, nacido en Ceuta el 01.01.1981, hijo de Hamed y Rahama. En situación de prisión provisional por Auto del Juzgado de fecha 19.07.2005 y decretada su libertad provisional por Auto de esta Sala de fecha 03.03.2009. De estado de solvencia no acreditado.

14.- ABDELMALIK ABDESSESLAM AMAR, nacido en Ceuta, el 12.05.1971, hijo de Abdeslam y Fatma, con DNI- 45.095.844-C. En situación de prisión provisional por Auto del Juzgado de fecha 19.07.2005 y decretada su libertad provisional por Auto de esta Sala el 23.3.2009. De estado de solvencia no acreditado.

Han intervenido, el Ministerio Fiscal representado por D^a. Dolores Delgado García y los acusados antes referidos defendidos, respectivamente, por los letrados: KAMAL AHBAR por D. Rafael Rivero Ortiz; SAMIR TAHTAH, por D^a. M^a Almudena Solana López; KHALED ABIDI, por D^a Ester Pascual Rodríguez; YAGOUB GUEMEREG, SAID EL MAZMOUZI, RIDOANE EL OUARMA y DRISS BELHAD, por D. Benet Salellas Vilar; MOHAMED EL IDRISSE, por D^a Begoña Castro Jover; ABSDELHARIE DAHANE por D. Emilio Márquez Bertolín; TAREK HAMED HAMU, por D. Jesús Sánchez Buenaposada; BILAL EL SAITI por D^a M^a Dolores Fernández Campillo; MUSTAFA MOHAMED ABSDESALAM y ABDELMALIK ABDESSESLAM, por D. Tomás Torre Dusmet; y AOMAR HAMED D. Enrique Carrasca Garabato. Fueron representados procesalmente por los procuradores de los Tribunales: Doña Cristina Deza García; Doña Mónica Ana Liceras Vallina; Doña

Inmaculada Plaza Villa; Don Adolfo Morales Hernández-San Juan; Don Adolfo Morales Hernández San Juan; Don Adolfo Morales Hernández San Juan; Don Javier Del Amo Artes; Don Adolfo Morales Hernández San Juan; Doña Maria Del Carmes Olmos Gilsanz; Doña Paloma Gutiérrez Paris; Doña Dolores Tejero García; Don Fernando Rodríguez Jurado- Saro; Doña Montserrat Gómez Hernández; Don Fernando Rodríguez Jurado - Saro, respectivamente para cada uno de los acusados.

Han estado presentes en todas las sesiones del juicio indistintamente los intérpretes de árabe y francés: D. Ridouan El Khlie, de nacionalidad marroquí y D^a Kahina Rabahi de nacionalidad argelina.

I.- ANTECEDENTES.

Primero. A.) Por el Juzgado Central de Instrucción nº 5 se venía instruyendo el Sumario 9/03, referido al atentado terrorista con resultado de muerte acaecido en Casablanca (Marruecos).

En el marco de dicho Sumario, con fecha 11. 03. 2004, por la Unidad Central de Información Exterior (UCIE) se solicitó al Juzgado la observación telefónica de varios números telefónicos por la posible relación de sus usuarios con la organización terrorista Ansar al Islam, dedicada a la comisión de acciones terroristas contra los intereses de las fuerzas de la coalición fuera de Irak, y sobre la que existirían indicios de estar planeando la comisión de atentados terroristas en España, dictándose por el Juzgado instructor Auto de fecha 12. 03. 2004, accediendo a la intervención telefónica solicitada.

Después de diversas diligencias de investigación, con Fecha 28.04. 2004, por la misma UCIE se solicitó al Juzgado la separación de la investigación relativa a la organización terrorista Ansar al Islam de la que se llevaba en el Sumario 9/2003 por considerar que no tenían relación los hechos investigados, y la apertura de nuevas diligencias previas para la investigación de la referida organización terrorista, dictándose por el Juzgado, Auto de fecha 11.05.2004 de incoación de Diligencias Previas nº 152/2004, que no fueron remitidas al reparto, manteniendo la competencia sobre las mismas el Juzgado Central de Instrucción nº 5.

B) Tras practicarse numerosas diligencias de investigación, se llevó a cabo la detención policial de los encausados en diversas fechas, decretándose el secreto de las actuaciones por Auto de fecha 11.05.2004, no siendo levantado dicho secreto sino por Auto de 18. 05. 2007.

C) Por auto de 16. 05. 2007 se acordó la incoación de Sumario Ordinario, dándosele el número 18/2007.

D) Seguidamente se dictó auto de procesamiento contra, entre otros, los referidos encausados por auto de 07. 06.2007 (folios del 11560 a 11579).

E) Se dictó auto de conclusión de sumario con fecha 10. 06. 2008.

F) Con fecha 11. 09. 2008 se acuerda la revocación parcial de la conclusión y la reapertura del Sumario como consecuencia de la detención de KHALED ABIDI, siendo concluido nuevamente en relación con el referido con fecha 28. 10. 2008.

G) Recibidas las actuaciones por la Sala se unieron al Rollo de Sala abierto en su día con el número 38/2007, dictándose tras el correspondiente trámite, auto de conclusión del Sumario y de apertura del juicio oral contra los referidos, en fecha 19.12.2008.

H) Por el Juzgado Central de Instrucción nº 6, a solicitud del Ministerio Fiscal, se acordó por auto de fecha 02. 12. 2008 expedir testimonio de todas aquellas diligencias obrantes en las Diligencias Previas 309/05 (operación "Sello") que seguía, que afectarán a SHAMIR TAHTAH y a KAMAL AHBAR y, posteriormente, a TAREK HAMED HAMU y su remisión al Juzgado Central de Instrucción nº 5, para su unión al Sumario 18/2007.

I) Por el Ministerio Fiscal se presentó escrito de conclusiones provisionales con fecha 30.12.2008, solicitándose prueba de confesión de los acusados, testifical, documental y pericial, e igualmente la acumulación de las referidas Diligencias Previas 309/05 del JCI nº 6.

J) Por las respectivas defensas los acusados, excepto por la de KAMAL AHBAR, se presentó el correspondiente escrito de conclusiones provisionales, solicitándose igualmente prueba de confesión de los acusados, testifical, documental y pericial a tenor de los escritos presentados.

K) Por el Tribunal se dictó Auto con fecha 28.01.2009 de admisión de pruebas, requiriendo a las partes para la subsanación de los defectos de proposición de prueba observados, sin que el Tribunal en aquel momento se pronunciara expresamente sobre la acumulación de las Diligencias Previas 309/05 del JCI nº 6 solicitadas, señalando para el inicio de las sesiones del juicio el día 23. 02. 2009.

L) Con fecha 6.2.2009 por el Ministerio Fiscal se solicitó la unión del referido testimonio de las diligencias previas 309/05 del JCI nº 6, con designación expresa de ciertos folios, haciendo mención a que era sin perjuicio de lo establecido en el artículo 726 de la LECrim., a lo que se accedió por la Sala, rechazándose la acumulación inicialmente solicitada, por auto de fecha 02.03.2009. Dicho testimonio consta adjunto al procedimiento, dividido en varios Tomos y Piezas separadas, en folios numerados para facilitar su consulta.

M) Con igual fecha de 6.2.2009, por el Ministerio Fiscal se presentó escrito dando cumplimiento al requerimiento del Tribunal de fecha 23.01.2009 para que designara el domicilio de los testigos propuestos, indicando en relación con el testigo Farid Chebira, únicamente la mención: " Prisión en Argelia".

N) Por la Sala se dictó providencia de 12. 02. 2009 (folio 1399 del Rollo de Sala) por la que se acordaba librar de oficio Comisión Rogatoria a Argelia, si bien se hacía en la misma resolución indicación expresa al Ministerio Fiscal de que si bien el Tribunal acordaba la citación del indicado testigo (Farid Chebira), también dejaba constancia de la existencia de grandes dificultades técnicas y de tiempo para el éxito de dicha convocatoria, habida cuenta el tiempo, escasos días antes del juicio, en que el Ministerio Público había comunicado a la Sala las circunstancias concurrentes en el testigo. En la misma fecha el Tribunal libra materialmente la Comisión rogatoria dirigida a las autoridades de Argelia.

O) Con fecha 19.02.2009 se recibe procedente del Juzgado de Instrucción nº 6, a instancias del Ministerio Fiscal, ampliación del testimonio de las Diligencias Previas número 309/2005, cuya unión a las actuaciones acuerda la Sala por proveído de 19.02.2009.

P) Las sesiones de juicio oral se iniciaron el día 23. 02. 2008 y concluyeron en fecha 13. 03. 2009, tras la celebración 12 sesiones de juicio, declarándose concluso para sentencia en la indicada fecha.

SEGUNDO.- En el curso de las sesiones de la vista se llevó a cabo las pruebas de confesión judicial, testifical, pericial y documental propuestas y admitidas por la Sala que no fueron expresamente renunciadas, con el resultado que obra en las actas del juicio, que se documentó mediante su completa grabación en soporte DVD, levantándose acta sucinta por la Señora Secretaria, quedando ambas unidas al Rollo de Sala. También quedó constancia de los incidentes probatorios surgidos, tanto los referidos a la inadmisión de pruebas presentadas durante el acto de la vista, como también el referido a la testifical del testigo Farid Chebira, dada la contestación por parte de las autoridades argelinas a la Comisión Rogatoria remitida, en el sentido de la imposibilidad de llevar a cabo el testimonio de dicha persona y ello debido al escaso tiempo con el que se había solicitado la cooperación judicial internacional.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal en trámite de conclusiones definitivas consideró que los hechos eran constitutivos de un delito de pertenencia o integración en banda armada, organización o grupo terrorista de los artículos 515 nº 2 y 516 nº 1º del Código Penal, del que serían autores responsables los acusados: KHALED ABIDI; SAMIR TAHTAH; KAMAL AHBAR. Del 516 nº 2º del Código Penal: YAGOUB GUEMEREG; MOHAMED EL IDRISSE; DRISS BELHADI; TAREK HAMED HAMU; BILAL EL SAITI; MUSTAFA MOHAMED ABDESELAM; ABDELMALIK ABSELAM AMAK. Un delito de colaboración con organización terrorista del artículo 576 del Código Penal, del que serían autores responsables: SAID EL MAZMOUZZI; RIDOUANE EL OUARMA y, alternativamente, en relación con la acusación principal de pertenecía o integración en organización terrorista: BILAL EL

SAITI; MUSTAFA MOHAMED ABDESELAM; ABDELMALIK ABSELAM AMAK. Un delito de falsedad de documento oficial del artículo 392 en relación al artículo 390 y 574 todos del Código Penal, del que sería autor responsable TAREK HAMED HAMU. Un delito contra la salud pública en su modalidad de sustancia que no causa grave daño del artículo 368 del Código Penal del que sería autor responsable ABDELBARIE DAHANE, retirando la acusación por delito de colaboración terrorista en relación con este acusado.

En todos los casos sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, por lo que habría de imponerse a los acusados a KHALED ABIDI y SAMIR TAHTAH, la pena de 14 AÑOS DE PRISIÓN e inhabilitación especial para empleo o cargo público por 14 años. A KAMAL AHBAR, la pena de 10 AÑOS DE PRISIÓN e inhabilitación especial para empleo o cargo público por 14 años, por el delito de pertenencia a organización terrorista. A YAGOUB GUEMEREG, MOHAMED EL IDRISSE, DRISS BELHADI y TAREK HAMED HAMU la pena de 9 AÑOS DE PRISIÓN e inhabilitación especial para empleo o cargo público por 9 años por el delito por el delito de pertenencia a organización terrorista. A BILAL EL SAITI, MUSTAFA MOHAMED ABDESELAM y ABDELMALIK ABSELAM AMAK, la pena de 8 AÑOS DE PRISIÓN e inhabilitación especial para empleo o cargo público por 8 años por el delito de pertenencia a organización terrorista y, alternativamente, la pena de 6 años de prisión y multa de 20 meses a razón de 10 € por día por delito de colaboración con organización terrorista. A SAID EL MAZMOUZZI y a RIDOUANE EL OUARMA la pena de 7 AÑOS DE PRISIÓN y multa de 20 meses a razón de 10 € por día por el delito de colaboración con organización terrorista. También a TAREK HAMED HAMU, por el delito de falsedad, la pena de 2 años y 6 meses de prisión y multa de 10 meses a razón de 10 euros día. ABDELBARIE DAHANE la pena de 2 AÑOS DE PRISIÓN y multa de 6.000 euros por el delito contra la salud pública,

retirando la acusación que también mantenía contra este acusado por delito de colaboración con organización terrorista.

El Ministerio Fiscal retiró igualmente la acusación que mantenía respecto de AOMAR HAMED.

Las defensas de todos los acusados solicitaron la libre absolución de sus defendidos. Únicamente la defensa de SAID EL MAZMOUZZI solicitó que, alternativamente, para el caso de su condena, debía tenerse en cuenta la circunstancia atenuante analógica de colaboración con el proceso del artículo 21.6 del Código Penal en relación con el párrafo 4º del art. 21 de dicho Código por su entrega voluntaria a la Policía, por lo que debía imponérsele en todo caso la pena de 2 años y 6 meses de prisión.

CUARTO.- En el curso de la deliberación de la Sentencia que concluyó el día 01.04.2009, por la Sala se acordó la puesta en libertad de KHALED ABIDI, YAGOUB GUEMEREG, SAID EL MAZMOUZI, RIDOANE EL OUARMA, DRISS BELHADI, TAREK HAMED HAMU, BILAL EL SAITI, MUSTAFA MOHAMED ABSDESALAM y ABDELMALIK ABDESSESLAM, por auto de fecha 23.03.2008.

QUINTO.- Terminada la redacción de la Sentencia por el magistrado ponente, la mayoría de la Sala manifestó su disconformidad parcial con la redacción del Razonamiento Jurídico Primero, reelaborándose el mismo, y pasando parte del inicialmente redactado a formar parte de la Sentencia, pero como voto particular concurrente.

II.- HECHOS PROBADOS.

Se declaran expresamente probados los siguientes hechos:

PRIMERO.- Desde finales del año 2003 y hasta mediados del año 2005, se llevaron a cabo por la Policía española, en colaboración con otras y servicios de información de varios países, investigaciones y vigilancias en torno a la posible existencia en España de miembros integrantes en una presunta trama o red internacional de contactos ("Red Tigris"), entre personas pertenecientes a la religión musulmana en su vertiente más radical, cuyas acciones irían directamente encaminadas a, desde el adoctrinamiento, la recluta, como también la posterior ayuda material y logística (proveyendo de dinero, pasaportes falsos, diseño de itinerarios, contactos, etc..) de otras personas dispuestas a unirse como soldados combatientes por el Islam o "*muyahidines*" , a un grupo internacionalmente considerado como terrorista, denominado "*Ansar Al Islam*", con la finalidad de cometer atentados terroristas en Irak. A esta actuación policial le fue dada las denominaciones: Operación contra la "Red Tigris", "Operación Tigris", etc...

SEGUNDO.- Consta que el grupo u organización a que se refiere la acusación "*Ansar Al Islam*" (Partidarios del Islam) (incluida el 24.02.2003 en la lista de organizaciones terroristas creada por Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 1267/99), fue uno de los integrantes de la llamada insurgencia iraquí. Desde sus iniciales orígenes como grupo islamita sunita, con una visión ultra-ortodoxa del Islam, con actividades circunscritas únicamente al Kurdistán iraquí, pasó, tras el inicio de la guerra en aquel país (20 de marzo de 2003), a ser uno de los más activos de la "insurgencia", nacida en oposición violenta al ejército de la coalición multinacional como también al nuevo régimen instaurado, tras la ocupación del país y desmantelamiento de todo el entramado político e institucional del anterior. Ha sido acusado de la comisión de múltiples ataques contra objetivos militares y civiles. También de haber mantenido, al menos

en algunos momentos, vínculos con la organización "Al Qaeda". Entre sus tácticas, dentro de un contexto de "guerra asimétrica", estarían llevar a cabo ataques contra las fuerzas militares de la coalición multinacional y la policía, sin, en ocasiones, discriminación de la población civil a la hora de elegir sus objetivos, e incluso realizando acciones suicidas con explosivos, como medio de actuación. "*Ansar al-Sunna*", o ejército de los protectores de la Sunna, surge como una facción de "*Ansar al Islam*" con mayores vínculos con la red de Abu Musab al-Zarqawi. También se le imputan numerosas acciones con explosivos y ataques suicidas causantes de, en algunas ocasiones, decenas de muertos y centenares de heridos entre la población civil.

TERCERO.- La insurgencia iraquí, desde sus orígenes en marzo de 2003 hasta la actualidad, ha sido un fenómeno dinámico y cambiante, con diferentes manifestaciones, objetivos, protagonistas e intensidad a lo largo de este tiempo. Dentro de ella han operado una multitud, más de una cuarentena, de grupos armados de carácter irregular, de diferentes ideologías, diversas convicciones religiosas, y objetivos y tácticas desiguales, sin mucha conexión, en la mayoría de los casos, entre sí, de cara a una estrategia común.

Dentro de los objetivos, el común sería el de la expulsión de las fuerzas armadas invasoras. Dependiendo de los grupos, en algunos casos pretenderían combatir también a las fuerzas de seguridad y al gobierno iraquí instaurado después de la guerra para su derrocamiento, en otros, a sus adversarios religiosos, o incluso a facciones del propio. La finalidad en algunos casos es la constitución de un Estado islámico regido por la "*Sharia*", en su vertiente más radical, según la propia concepción del Islam, con exclusión de otras. Los medios tácticos en algunos casos son únicamente el ataque a objetivos militares y, en otros, también ataques a objetivos civiles o con previsión de causar víctimas entre la población civil, no

excluyendo el secuestro, la decapitación y los ataques suicidas con explosivos.

Dentro de los grupos islámicos extremistas actúan lo mismo chiítas que suníes, aunque con objetivos e intensidad diferentes. Entre los chiítas se encuentran "*Jaysh al-Mahdi*" , "*As'ib Ahl-Haq*" y "*Kata'ib Hizballah*", grupo chiíta de carácter minoritario, pero con armamento avanzado proveniente de la ayuda de Estados vecinos. Estos grupos llevan acciones contra las fuerzas militares de la coalición con la finalidad de que abandonen el territorio iraquí, así como contra objetivos suníes e incluso han atacado a otras fracciones chiítas.

Entre los grupos suníes, internacionalmente considerados como terroristas, el más activo sería "*Al Qaeda en Irak*", también denominado en ocasiones "*Al Qaeda en Mesopotamia*", liderado por Abu Musab al-Zarqawi hasta su muerte el 7.06.2006. Sus objetivos serían tanto la coalición militar como fuerzas de seguridad iraquíes y chiítas, incluso la comisión de ataques terroristas en otros países vecinos, en concreto Jordania. Entre sus tácticas están ataques directos contra objetivos militares, como por medio de tácticas de guerrilla, ataques suicidas con bombas e incluso el secuestro y decapitación de extranjeros. "*Ansar al-Sunna*" y "*Ansar al Islam*" serían grupos relacionados con objetivos y formas de actuación semejantes.

Junto con ellos se encuentran otros grupos (Brigadas revolucionarias 1920, etc.) de resistencia anti-ocupación, en algunos casos integrados por miembros del antiguo ejército iraquí que se mantuvieron leales a Saddam Hussein, algunos de carácter islamista, como también otros carácter puramente nacionalista (Partido árabe

socialista de la resurrección [*Ba'ath*])¹. Entre ellos destaca "*Al Jaysh Al Islam*" (Ejército Islámico de Irak [IAI]), grupo yihadista suní, también de carácter nacionalista, al que se le atribuyen múltiples ataques contra las fuerzas de la coalición y en abierto enfrentamiento con "*Al Qaeda*".

Algunos de esos grupos han sido total o parcialmente neutralizados, se han transformado o participan en diálogos con representantes del actual Gobierno iraquí para unirse al vigente proceso político y de reconciliación nacional, lo mismo que también en estos años han aparecido otros nuevos grupos insurgentes.

En las fechas a las que se contrae el presente procedimiento (enero 2005²), la insurgencia la compondría un núcleo de aproximadamente 40.000 combatientes activos, además de un total de más de 200.000 colaboradores, entre combatientes ocasionales o aquellos que aportarían información, logística, alojamientos, etc.. A estos grupos de la insurgencia, en constante flujo, se habrían unido, aproximadamente unos 1000 jihadistas³ extranjeros, pero que contribuyeron a dar una percepción sumamente dramática e impactante de estos actores de la insurgencia, por el significado en sí mismo del fenómeno y por las características extremas, en muchos casos, de sus acciones, convirtiéndose por ello en un objeto de atención prioritario desde el punto de vista de la lucha contra la insurgencia.

CUARTO.- En el curso de dichas investigaciones la Policía detectó la existencia de una casa ubicada en la Calle San Francesc nº 20, de la localidad de Santa Coloma de Gramanet (Barcelona),

¹ Se ha utilizado como fuente la pag. web oficial de las fuerzas de la coalición multinacional.

<http://www.mnf-iraq.com>

² Declaraciones a la Agence France Presse del General Mohamed Abdullah Shahwani, entonces y todavía Director del Servicio de Inteligencia Iraquí. Varias fuentes.

³ The International Institute for Strategic Studies de Londres, citado por www.globalsecurity.org/

perteneciente a la Asociación Cultural Islámica TAJDID, y cuya finalidad era dar alojamiento temporal a musulmanes que no dispusieran de otro lugar de residencia, y que en aquel momento estaría habitada por personas sospechosas de estar vinculadas con la referida red. Por ello, esta casa fue objeto de continuas vigilancias policiales llevadas a cabo por varios grupos, tanto personal como electrónicamente, durante gran parte del año 2004 y hasta junio de 2005.

Se trataba de un inmueble de dos plantas, en un gran estado de deterioro y con unas muy deficientes condiciones de habitabilidad, sin electricidad ni agua corriente, como tampoco dotada de ninguna clase de comodidad ni mobiliario, donde, no obstante, habitualmente pernoctaban e incluso hacían su vida cotidiana un número de habitantes no inferior a la decena, no siempre las mismas, aunque durante el periodo señalado se mantuvo un núcleo o grupo más o menos fijo de personas, fuertemente ideologizadas, impregnadas en las concepciones más radicales del Islam, que aparte de enaltecer y glorificar estas ideas, trataban de propagarlas, imbuyéndolas en otros y convencerles de la necesidad de practicar un "yihad" violento allí donde su concepción de la fe musulmana o los quienes la practicasen fueran atacados. Estos planteamientos les llevaron a dar alojamiento y apoyo, a varios de los huidos de los atentados ocurridos en Madrid el 11 de Marzo de 2004 y de la posterior explosión del Piso de la Calle Martin Gaité de Leganés.

El apoyo no solo fue meramente ideológico o moral, ni de forma episódica, sino que fue funcional y abarcó a dar alojamiento y asistencia económica continuada, actuando a modo de estructura de apoyo en los planes de huida, para evitar la captura de los intervinientes en los atentados de Madrid y permitirles llegar a Irak,

para allí poner fin a sus vidas en una acción probablemente de carácter suicida.

Esta vivienda era conocida con el nombre de "AL KALAA" (fortaleza).

QUINTO.- Entre las personas alojadas en "AL KALAA" y que formaban la descrita estructura se encontraban el ya condenado por Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 17.07.2008 por dichos hechos Mohamed LARBI BEN SELLAM, como también los acusados SAMIR TAHTAH, KAMAL AHBAR. Entre los huidos, miembros del grupo terrorista al que pertenecían los autores materiales de los atentados ocurridos en Madrid que recibieron el referido apoyo, están Mohamed Afalah, Daoud Ounane, Said Berraj, Othman el Mouhib, y Abdelilah Hriz (éste ha sido condenado por el Tribunal de Rabat [Marruecos] en Sentencia de fecha 18-12-2008, a la pena de 20 años de prisión por su participación en los atentados del 11 de marzo en Madrid). Todos ellos pasaron en diversas fechas por la casa "AL KALAA" y permanecieron allí por un tiempo indeterminado, ocultos a la policía; como también siguieron recibiendo apoyo económico por parte del grupo a través de SAMIR TAHTAH, una vez estos se encontraban fuera de España, como ocurrió en el caso de Mohamed BELHADJ cuando estuvo en Bélgica y le fue remitido dinero a través de Hammad LAHSINI, lo mismo que con MOHAMED AFALAH, a través de SAADUM RAMADAM, durante la estancia de aquel en Turquía, detenido en un Centro de detención como consecuencia de estar indocumentado tras ser detenido con un pasaporte falsificado.

SEXTO.- En la madrugada del día 15 de junio de 2005 se llevó a cabo un dispositivo policial para la detención de los integrantes del referido grupo en torno a AL KALAA, huyendo Mohamed LARBI BEN SELLAM por una de las ventanas. Fue detenido posteriormente por la

policía en las inmediaciones del lugar. También fueron detenidos SAMIR TAHTAH, KAMAL AHBAR y DRISS BELHADJ, que habitaban la casa.

SEPTIMO.- En el registro policial realizado en la casa "AL KALAA" de la Calle San Francesc nº 20 de la localidad de Santa Coloma de Gramanet (Barcelona), como objetos más significativos encontrados, pueden destacarse:

- CD con diversas carpetas contenidos archivos sonoros de carácter bélico-jihadista, cuyo texto aparece transcrito en el escrito de acusación del Ministerio Fiscal.
- Permiso de residencia E04717406 (N.I.E.: X-2920691-J) a nombre de Abdelillah HRIZ, nacido el 07 de mayo de 1977 en Kenitra (MARRUECOS) con domicilio en la calle Chucuri número 8, planta baja, letra c, de Madrid.
- Contrato de trabajo de la empresa JPH Pirámide, S.L., a nombre de Abdelillah HRIZ, de fecha 14 de febrero de 2005.

También, en el registro de la casa de la calle Cid Campeador nº 23 de Badalona, realizado el 15.00.2005, donde vivía Hafira Ichtouen, con la que SAMIR TAHTAH mantenía una relación y donde éste ocasionalmente pernoctaba, fue encontrada una cinta de video en cuyo contenido se aprecia a SAMIR TAHTAH vestido de guerrero, con el rostro cubierto y portando un arma en actitud de combatiente.

OCTAVO.- El procesado **MOHAMED EL IDRISI**, discípulo de Mohamed LARBI BEN SELLAN, colaboró con éste en dar apoyo a los huidos que participaron en los atentados de los trenes de Madrid.

En concreto, en marzo de 2005, LARBI BEN SELLAM, conocedor de que Mohamed Afalah se había ido a Iraq y pretendía suicidarse en

una acción terrorista, encargó a Mohamed EL IDRISI –al que había propuesto que se marchara también a Iraq- que comprase un teléfono móvil para hacérselo llegar al padre de Afalah con el fin de éste pudiera despedirse de él. En cumplimiento del encargo, EL IDRISI compró el 14 de marzo de 2005, en el Corte Inglés de la calle Preciados de Madrid, el teléfono móvil con número 650 06 78 67 y se lo entregó en la calle Virgen del Rocío número 17, bajo, de Parla (Madrid) a la cuñada de Mohamed Afalah, con el encargo de que se lo diera a su suegro. También le transmitió el mensaje de que “Mohamed” estaba bien y se encontraba en Barcelona.

Los días 17 de marzo y 30 de abril de 2005 Mohamed Afalah, llamó dos veces al teléfono móvil reseñado desde el número 8821636636461, correspondiente a una Cía de telefonía que opera en Irak.

En la madrugada del 1 de mayo de 2005, a las 02,35 horas, Mohamed EL IDRISI llamó al 650067867, desde el suyo con número 650292452, en las proximidades del lugar donde había utilizado el teléfono. El día 10 de mayo de 2005, a las 19,47 horas, Mohamed EL IDRISI, contactó con el nº 903900417041 (correspondiente a una centralita de telefonía a través de líneas ADSL, que no permite determinar el número del interlocutor) y habló con otra persona durante varios minutos, quien le pidió que se desplazase a Parla, “al mismo lugar que la otra vez, en la calle del Rocío, o algo similar”, para ver “al mismo tío” y entregarle unas instrucciones que le enviaría por Internet. El día 11 de mayo de 2005, a las 22,02 horas, MOHAMED EL IDRISI, comunicó de nuevo, a través del mismo teléfono con la misma persona del día anterior, quien le preguntó si había leído las instrucciones, pidiéndole que se pusiera le diera un mensaje “al cuñado”: “Tú dale el recado, para que le diga a sus padres y hermanos lo que te he puesto ahí”. Después, MOHAMED EL

IDRISSI preguntó a esta persona si "iba a subir donde está el", contestando su interlocutor que sí, que se viniera y trajera su ordenador. El mismo día 11 de mayo de 2005, a las 22, 25 horas, MOHAMED EL IDRISI, fue detectado por los policías que vigilaban el lugar ante el portal de la calle Virgen del Rocío de Parla, con un sobre en la mano. Llamó insistentemente al telefonillo del portero automático, pero el cuñado de Mohamed Afalah, no abrió, marchándose del lugar sin entregar las instrucciones para la familia de Mohamed Afalah.

Finalmente, ante la imposibilidad de comunicar con su familia a través del teléfono que EL IDRISI les había entregado, Mohamed Afalah optó, el día 12 de mayo de 2005, por llamar al teléfono de su padre, que estaba intervenido judicialmente, y le dijo: "soy Mohamed, estoy en Iraq, perdóname".

La intención de Mohamed LARBI BEN SELLAN, dentro de los planes de procurar apoyo a los huidos de los atentados de Madrid, era establecer una vía de contacto entre el huido Mohamed Afalah, y su padre, para poder despedirse de él, previamente a emprender alguna clase de acción suicida en Irak, donde se encontraba, contando con ello con la ayuda de su discípulo EL IDRISI, que residía en Madrid.

El 14 de mayo de 2005, a las 19,47 horas, cuando LARBI BEN SELLAN llamó al móvil de Mohamed EL IDRISI desde el nº 678649016, le preguntó si había comprado ya el ticket para el viaje, le dijo que le esperaba, y le comentó que "no había problemas" cuando EL IDRISI le dijo que había estado en Parla, pero que no había podido entregar la carta al cuñado de Mohamed AFALAH.

Más tarde ese mismo día, Mohamed EL IDRISI tomó un autobús para Barcelona, a donde llegó a las 07,44 horas del domingo

15 de mayo del 2005, a la Estación Norte de dicha ciudad, donde fue recogido por el también procesado DRISS BELHADJ, al que se lo había pedido Mohamed LARBI BEN SELLAM, con el que viajó en metro hasta Santa Coloma de Gramanet.

La razón del viaje tenía que ver con el hecho de que MOHAMED EL IDRISSE había sido imbuido por Mohamed LARBI BEN SELLAM en la idea de marcharse a Irak "para hacer la jihad", es decir, como combatiente jihadista. Días antes, el 8 de mayo de 2005, (conversación de 24 minutos de duración mantenida a partir de las 00,42 horas, entre EL IDRISSE y "Abdou" [Abdenneri ESSEBBAR], a través de los nº 650292452 y 669723765, respectivamente), MOHAMED EL IDRISSE había manifestado a su amigo "Abdou" su deseo de "marchar a Francia y tomar el taxi", para lo cual debía librarse de ataduras familiares y laborales. "Abdou" le anima en todo momento, admitiendo que para él era difícil dar ese paso por las cargas personales que tenía.

Durante su estancia el fin de semana en Santa Coloma de Gramanet, MOHAMED EL IDRISSE pernoctó en la casa "Al Kalaa" de San Francesc nº 20, ya que el viaje tenía como finalidad que Mohamed LARBI BEN SELLAM y el resto de los responsables de la "Célula Al Kalaa", es decir, SAMIR TAHTAH y KAMAL AHBAR, reafirmaran sus convicciones. MOHAMED EL IDRISSE regresó a Madrid, dejó su trabajo, y continuó con su debate interior, pero no consta que diera ningún otro paso encaminado a llevar a cabo lo que se quedó finalmente en un mero proyecto.

NOVENO.- Si bien el acusado **Driss BELHADJ** tenía una relación próxima a Mohamed Larbi BEN SELLAM, incluso cumplía algunos encargos que éste le hacía, además de vivir varios meses en 2005 en la casa de AL KAALA, no consta que dicha relación fuera más

allá de lo puramente personal ni que formara parte de la estructura de apoyo terrorista antes descrita, ni que los recados tuvieran ninguna relación ni constituyeran apoyo a ninguna clase de actividad terrorista.

DECIMO.- Niyaz Valiohhmehoz MINIKAHAYEROVICH, conocido con el nombre de "Yassin", de origen ruso, se instaló en España a finales de 2001, donde según parece se convirtió al Islam. Estuvo alojado o al menos frecuentó la casa de AL KAALA de la Calle San Francesc nº 20, de Santa Coloma de Gramanet, donde mantuvo relación con los acusados Kamal Ahbar y Samir Tahtah. También de esta localidad conoció a **SAIZ EL MAZMOUZI** y **RIDOUANE EL OUARMA**, con lo que terminó manteniendo una relación de amistad y respeto, probablemente por los superiores conocimientos religiosos de éstos, alojándose en el domicilio de la Calle Dalmau nº 6-Atico 2º de Santa Coloma de Gramanet donde vivía SAIZ EL MAZMOUZI (Ridouane EL OUARMA vivía en una finca aislada del territorio pirenaico francés -Tour de Carol-).

A partir de un momento determinado Niyaz MINIKAHAYEROVICH decide dejar España y emprender un viaje por países de religión islámica del oriente próximo, sin que sea determinable cual era su voluntad real, ni el fin último del viaje, aunque entre sus planes estaba el entrar en Irak. Niyaz partió el día 18.08.2004 hacia Paris utilizando el pasaporte de la Federación de Rusia con nº 1477939, y llegó a Turquía el 20 de agosto. Después de desplazarse por varios países, Georgia, Irán, desde donde informa a MAZMOUZI que va a entrar en Irak. El día 21.10.2004, finalmente se encuentra en Kerbala (Irak), desde donde le solicita que el envíen dinero, ya que su situación es desesperada, durmiendo en la calle y comiendo de la basura. Para el éxito de la transferencia y evitar ser detenido les pide que la transferencia sea a otro nombre, de Alaa

Kamil Mahidi. Said y Ridauane hacen la transferencia del dinero que les es pedido (179,73 €) y ponen como remitente el nombre de Hanane Mahmoud.

La policía tuvo en todo momento intervenido el teléfono de SAIZ EL MAZMOUZI, nº 660025653, e interceptó conversaciones entre SAIZ EL MAZMOUZI y RIDOUANE EL OUARMA con Niyaz MINIKAHAYEROVICH, desde diversos lugares, desde donde éste les hacía comentarios sobre el viaje y sus próximos planes, constando varias conversaciones donde los acusados le piden insistentemente a Niyaz que regrese a España porque la vida es mejor aquí, a lo que éste reiteradamente se niega.

Conocedora de la presencia de Niyaz MINIKAHAYEROVICH en Kerbala, la Policía española lo transmite a las autoridades de Irak y, probablemente, debido a esta información es detenido por militares de la coalición multinacional.

Después de su entrega a las autoridades locales, Niyaz MINIKAHAYEROVICH, según parece, fue juzgado en Irak y condenado por el paso clandestino de la frontera y su estancia ilegal en dicho país, sin que conste que lo fuera por ningún cargo relacionado con el terrorismo.

Saiz EL MAZMOUZI, conocedor de que la policía estaba realizando pesquisas para su localización, se trasladó a España desde Marruecos, donde se encontraba preparando su matrimonio, y se presentó voluntariamente a la Policía.

No consta que los referidos SAIZ EL MAZMOUZI y RIDOUANE EL OUARMA formaran parte de alguna organización, trama o red terrorista, ni tampoco prestaran apoyo a ninguna.

UNDECIMO.- YAGOUB GUEMEREG, residente en la Calle Carders, nº 5 de Barcelona, conocía, por coincidir en el mismo “Bar Mediterráneo” de Barcelona, a KAMAL AHBAR, Ouali Filali, sin que conste que tuviera con ellos otra relación diferente de ésta.

También tenía una relación igualmente puramente personal con Mohamed Tahraoui (condenado por STS de 25.11.07 a la pena de 10 años de prisión por integración en organización terrorista), con el que también mantuvo una relación económica de préstamo que le devolvió en varias veces en cuantía de 100 € por transferencias de dinero al Centro Penitenciario Madrid 4, donde se encontraba internado Tahraoui.

GUMEREG, en fecha indeterminada recibió una llamada telefónica de un tal Omar, que le dijo que le llamaba de parte de Kamal (Kamal Ahbar), accediendo a mantener una reunión. Dicha persona le preguntó, tal como le había pedido Kamal, sobre la existencia de nuevas vías para entrar a Irak, pero GUMEREG no quiso mantener ninguna conversación al respecto, ya que sobre otros temas no quería saber nada. Recibió otras llamadas insistentes de la misma persona, pero no quiso atenderle.

No consta que YAGOUB GUEMEREG tuviera relación con ninguna organización terrorista.

DUODECIMO.- Ouali FILALI, de origen marroquí y, aunque no residía en ese domicilio, era una de las personas relacionadas con el grupo de la casa de AL KAALA, con un papel muy relevante en las acciones de apoyo a los miembros huidos del grupo que cometió los atentados de Madrid. Su misión, entre otras, consistía en suministrar documentos falsificados los huidos que les permitiera permanecer

ocultos y pasar de un país a otro, como también a otras personas captadas para ir a Irak como combatientes jihadistas. Después de permanecer y desarrollar su actividad durante cierto tiempo en España, en abril de 2004 pasó al Reino Unido, donde, en julio de 2004, fue detenido, juzgado y condenado por falsificación de documento. Tras cumplir la pena en el Reino Unido fue expulsado a principios del año 2005 a su país de origen, al haberse rechazado su entrega a España, al ser informado por Unidad Central de Información Exterior de la Policía que *“La devolución debe efectuarse a su país de origen, del que según determina el artículo 53. 1. Apartado d, del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica de Extranjería 4/2000 de 11 enero, modificada por la Ley Orgánica 8/2000 de 22 diciembre, su autorización de residencia en España se ha extinguido automáticamente, al haber su portador, permanecido más de seis meses de forma continuada fuera de España”*. Esta persona, según parece permanece en la actualidad en Marruecos, desconociéndose su situación, aunque consta la denuncia transmitida por el Juzgado Central de Instrucción nº 5 para su persecución penal en aquel país.

Todas estas afirmaciones referidas a Ouali Filali se hacen a efectos de coherencia del relato fáctico, ante el elevadísimo cúmulo de elementos indiciarios existentes en tal sentido, sin que esta afirmación prejuzgue en absoluto su culpabilidad o inocencia, al menos en el plano formal.

DECIMOTERCERO.- En el curso de su actividad descrita, Ouali FILALI contactó con el acusado de **TAREK HAMED HAMU**, residente en Ceuta, para que le proporcionara un pasaporte auténtico apto para ser falsificado, para sus fines, sin que conste que pusiera en su conocimiento cuales iban a ser en concreto ni quien iba a ser el destinatario final de dicho documento.

Cumpliendo el encargo TAREK HAMED HAMU le entregó, en forma que no ha quedado determinada a Ouali FILALI, a cambio de una cantidad de dinero que tampoco ha quedado determinada, un pasaporte que era de su titularidad, con número P561037, cuya desaparición había denunciado ante la Policía tiempo antes, pero conservándolo en su poder, con la intención de su posterior venta como soporte acto para la confección de un pasaporte falso.

Persona no determinada cambió la fotografía auténtica de TAREK HAMED HAMU por la de MOHAMED AFALAH.

TAREK HAMED HAMU fue detenido por la Policía el día 02. 04. 2005, en la casa sita en el número 220 de la Agrupación Este (Barriada del Príncipe Alfonso) de Ceuta, donde se encontraba pernoctando en compañía del acusado BILAL EL SAITI.

En el registro policial practicado se encontró una pistola detonadora marca Giulio Tanfoglio, modelo G-25 modificada para poder disparar cartuchos de calibre 6,35 mm armados con balas y también para cobrar el aspecto de una pistola STAR calibre 6,35 mm, mediante el grabado de un troquel correspondiente a este arma. Esta arma se encontraba en estado de conservación deficiente, pero era apta para el disparo tiro a tiro, al no disponer de cargador.

También se encontraron 215 cartuchos de diferentes calibres, una carpeta con 114 láminas de armamento militar, características de armas cortas y de guerra e instrucciones de uso; unos grilletes de acero; y dos pasamontañas de color negro; 126 gr. de hachis; y un carnet de conducir falso a nombre de Tarek HAMED HAMU. También un libro en lengua y escritura árabe titulado "Provocación, Agitación e inducción a los Infieles de Dios a la Conquista de la Yihad", de contenido radical jihadista.

No consta que los referidos, TAREK HAMED HAMU y BILAL EL SAITI formaran parte de ninguna organización, trama o red terrorista.

DECIMOCUARTO.- MOHAMED AFALAH fue detenido por la Policía turca el 16 de junio de 2004, en el aeropuerto Kemal Ataturk de Estambul (Turquía), portando el pasaporte con número P561037 referido en el anterior, perteneciente a Tarek HAMED HAMU.

Como extranjero indocumentado, fue inmediatamente internado en un centro de detención, con vistas a su expulsión. Allí permaneció varios meses sin determinarse su autentica identidad pendiente de su expulsión, hasta que en fecha indeterminada en el mes de abril de 2005, consiguió evadirse. La Policía turca remitió a la Embajada española, tanto el pasaporte falsificado, como la reseña de huellas dactilares de la persona detenida, en agosto de 2004. No consta exactamente cuando la Policía española identificó a Mohamed Afalah mediante la comparación de las huellas recibidas y las que constaban de Afalah en los archivos policiales.

Durante este tiempo, en Noviembre y Diciembre de 2004, Mohamed Afalah a través de una persona interpuesta (Saadoum Ramadam), recibió varios envíos de dinero procedentes de SAMIR TAHTAH, por importe de 500 y 400 Euros, cantidad que utilizó para conseguir huir del centro detención en Turquía y tiempo después entrar en Irak, donde se unió a la insurgencia. Allí, de forma que no ha quedado suficientemente acreditada, falleció por el mes de mayo de 2005.

DECIMOQUINTO.- El día 17 de julio de 2005 la Policía detuvo en Ceuta a MUSTAFA MOHAMED ABDESELAM, AOMAR MOHAMED Y ABDELMALIK ABDESELAM AMAR, quienes habían sido acusados de esconder las armas que aparecieron tras los correspondientes

registros en el inmueble sito en la Agrupación Este nº 116 y la C/ Arcos Quemados 122 A de Ceuta. En concreto se halló: una metralleta marca Stein 9 mm largo, una pistola Wolbr 9 mm corto, una pistola detonadora, un revolver calibre 22 con silenciador; 6 cartuchos, 2 pasamontañas, un zulo de 60x60x60, 3 teléfonos móviles, así como 3 kg. de polen de hachis, que vendidos en el mercado clandestino hubiera alcanzado la cifra de 6000 euros. También se hallaron dibujos con alusiones a "ser mártires por el camino de Dios", "una bola del mundo con una espada atravesada", teléfonos móviles con la cara de "Osama Ben Laden", "las Torres gemelas ardiendo", etc.

No consta que los referidos formaran parte de ninguna organización, trama o red terrorista.

DECIMOSEXTO.- El día 15 de junio de 2005, coincidiendo con su detención, se realizó un registro judicial en el domicilio ABDELBARIE DAHANE, que compartía con otras personas, sito en la C/ Félix Mestre Nuto nº 9, 3º 2º de Villafranca del Penedés, hallándose en el mismos 6 teléfonos, 2 walki- talki y un total de 808,1 gr, de sustancia que debidamente analizada por los servicios de Sanidad resultó ser Hachis. También se halló una balanza de precisión utilizada para la distribución de la droga. La referida droga hubiera alcanzado en el mercado clandestino al que iba dirigido el precio de 1.500 €.

No consta que ABDELBARIE DAHANE fuera el propietario de dicha droga ni del resto de los útiles, ni tampoco que fuera la persona encargada de su distribución o venta a terceros.

DECIMOSEPTIMO.- KALEB ABIDI, en mayo de 2004 se trasladó a Argelia, donde fue detenido el 10.05.2004, por indicación de la Policía española que trasladó a las autoridades argelinas los

datos de que disponían en su contra, decretándose su prisión en fecha 23.05.2004, siendo puesto en libertad el 31.03.2005. KALEB ABIDI fue juzgado en Argelia por el Tribunal de Sidi M'Hamed por los mismos hechos por los que ha sido acusado por el Ministerio Fiscal en el presente procedimiento, dictando sentencia absolutoria de fecha 31.03.2005, resolución judicial que puso fin a la persecución penal existente en su contra.

DECIMOCTAVO.- Consta que todos los acusados son mayores de edad penal, sin que conste que tengan antecedentes penales.

III.- RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS.

Primero.-PERTENENCIA O INTEGRACIÓN EN ORGANIZACIÓN TERRORISTA. 1. En primer lugar, los hechos declarados probados deben considerarse, tal como indica el Ministerio Fiscal, como un delito de pertenencia o integración en organización terrorista del artículo 515-2º del Código Penal, según la redacción dada a este precepto por Ley orgánica 11/2003, con entrada en vigor a partir del día 1.10.2003, que se refiere expresamente a bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, en relación con el número 1 y 2 del artículo 516 del mismo Código Penal, referidos, correlativamente, a los promotores directores de organizaciones terroristas, y a quienes dirijan cualquiera de sus grupos y, en segundo lugar, a los meros integrantes en una de dichas organizaciones.

El concepto de banda armada u organización terrorista que establece este tipo penal, para su correcta comprensión, es necesario ponerlo en relación con lo que se establece en la Sección Segunda del

Capítulo V del Título XXII, artículos 571 y siguientes relativo a los delitos de terrorismo, específicamente a la hora de tratar de determinar el concepto de terrorismo, de acto terrorista o, en general, de lo terrorista. Claramente, la definición establecida de los referidos artículos del C.P. está fuertemente condicionada por la fenomenología terrorista española en la última parte del siglo pasado, que atiende especialmente a un concepto de terrorismo puramente local o interno, de carácter meramente político o de tinte nacionalista, afectante singularmente a la convivencia pacífica de los ciudadanos españoles y a las señas de identidad de nuestro Estado cristalizadas en el texto constitucional vigente, definidor de un orden constitucional interno; pero sin contemplar verdaderamente el fenómeno del terrorismo internacional, que aunque ya existente con anterioridad, sin embargo ha cobrado toda su importancia y necesidad de general atención en este siglo. La jurisprudencia ha tratado de elaborar una exégesis constructiva a partir de la definición o descripción contenida en dichos preceptos donde cupieran esa clase de conductas, haciendo para ello referencia con frecuencia a la definición de terrorismo o de asociación terrorista que se contiene en algunos tratados internacionales, en concreto al art. 2 del Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas cometidos con Bombas, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 17-12-1997, en el artículo 2, la Decisión Marco de 13-6-02, o también en el art. 2.1.b) del Convenio de Naciones Unidas para la Represión de la Financiación del Terrorismo, Nueva York, 9 de diciembre de 1999, y a la Posición Común 2001/931 (PESC del Consejo de la Unión Europea, de 27-12-01), enlazando, en el caso, por ejemplo, del terrorismo de corte radical islámico, como una de las manifestaciones más comunes del terrorismo internacional, los planteamientos jihadistas, con el concepto de subversión del orden constitucional o de alteración grave de la paz pública, por considerar, en esencia, que aquellos, en su

última expresión pretenderían la extensión universal del islam en el mundo, cambiando con ello el orden mundial.

Sin embargo, en la mayoría de los casos, los objetivos aprehensibles de estas acciones calificadas de jihadistas poco tienen que ver con esa finalidad y se quedan mucho más acá, consistiendo en muchas ocasiones en el mero ataque, con finalidad inmediata de coacción, venganza, propaganda o causación de terror a la población agrediendo no a objetivos directos sino simbólicos, etc..., por razones mucho más próximas, como pueden ser la defensa del Islam, o de una determinada concepción del Islam frente a otras en determinados territorios, de los musulmanes o la población musulmana que consideran está injustamente atacada en determinados países o despojados de sus derechos políticos, territoriales o en determinados lugares, etc., fines inmediatos y mediatos que, ni por terminología, ni por significado, político, jurídico, etc., tienen verdadero encaje dentro del concepto de subversión del orden constitucional ni tampoco aporta mucho el concepto jurídico de alteración grave de la paz pública. En cualquier caso sucesos como el acaecido en España el 11 de marzo, al margen de la intencionalidad política de su causantes, tienen per se una naturaleza destructiva y conmovedora de los más profundos pilares de nuestra sociedad, que no cabe duda alguna, como así ya lo ha establecido nuestro Tribunal supremo, que nos encontramos ante la más dura y cruel cara del terrorismo. De este modo quien ha creado una red para dar cobertura y auxilio, facilitando la huida de algunos de sus responsables, participa de igual tipicidad penal.

Es indiscutible que nuestro país se encuentra inmerso en el firme compromiso común de los países civilizados de nuestro entorno de dar un tratamiento jurídico, global, coherente y dentro del respeto a los derechos humanos al grave problema del terrorismo internacional, para lo que ha suscrito y ratificado la mayoría de los

Tratados internacionales universales y europeos en la materia, además de verse directamente obligado por las Resoluciones de Naciones Unidas dictadas dentro del ámbito del Capítulo VII de la Carta de San Francisco. Sin embargo, en puridad, no sirven las apelaciones al contenido de los Tratados internacionales y a los compromisos internacionales de España para llenar la insuficiente regulación que hace nuestro Código Penal del concepto del terrorismo. Las definiciones contenidas en ellos no se han incorporado de forma inmediata a nuestro ordenamiento y, por el contrario, la mayoría de las normas contenidas en dichos instrumentos internacionales no son directamente aplicables (*self-executing*), sino que en general establecen una obligación para los Estados de castigar con penas razonables determinados tipos de conductas, pero sin que ello en realidad permita o sirva de justificación o fundamento para hacer directamente una interpretación extensiva del concepto o definición de terrorismo, sin que pueda ir en serio detrimento del debido respeto del principio de legalidad penal, lo que es especialmente predicable del denominado terrorismo internacional. En esta línea es urgente que nuestro legislador acoja cuanto antes los delitos definidos en la Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo de 28 de noviembre de 2008, concretamente la provocación a la comisión de un delito de terrorismo, la captación de terroristas y el adiestramiento de terroristas,

Es, sin duda alguna, al legislador al que verdaderamente compete la actualización del concepto del terrorismo, dando cumplimiento, además de a los compromisos internacionales en la materia, a las propias necesidades internas de contar con una definición actualizada, omnicomprensiva, pero también estricta y precisa del terrorismo, evitando los peligros de la manipulación del concepto o de que sea la jurisprudencia la que se vea forzada a asumir el papel definidor, que claramente no le corresponde. La

internacionalización de la lucha jurídica contra el terrorismo requiere, en buena lógica, que la definición que contengan los códigos penales actuales se acerque a aquella que cuente con más consenso internacional, y que no se desvíe de la misma de forma significativa en ningún sentido, ni por defecto ni por exceso, a los efectos de que en todos los países se castiguen, de forma clara, las mismas conductas o semejantes conductas.

2. En cualquier caso, y al margen de este "obiter dicta", los hechos que el Tribunal ha considerado probados, en relación con los acusados SAMIR TAHTAH, KAMAL AHBAR y Mohamed LARBI BEN SELLEM, (persona condenada por estos hechos en Sentencia 503/2008 de la Sala II del Tribunal de fecha 17.07.2008), les coloca claramente en el epicentro de un grupo más o menos estable, con planteamientos, referidos a la religión islámica que profesan, extraordinariamente radicales, aspecto que en sí mismo, si no va acompañado de ningún tipo de acto o manifestación externa, no habría de dar lugar, como recientemente ha sentado la Sala Segunda del Tribunal Supremo en Sentencia nº 618/2008, de fecha 07.10.2008, ponente Sr. Martín Pallín, a responsabilidad penal de clase alguna.

Sin embargo, ha estimado el Tribunal que los referidos acusados no limitaban su conducta a realizar o mantener actos, meditaciones, conversaciones o etc., puramente internos, que quedaran confinadas al ámbito estricto de ellos mismos y de su modo de pensar, ideología o puro debate de ideas, sino que tenían una posición activa de traslado a la realidad de éstas, implicando ello, entre otras manifestaciones, además de expresiones externas de un posicionamiento extremo en determinados temas, en concreto, en relación con la guerra de Irak y lo que entendían constituía un ataque

contra el Islam y los enemigos del Islam, llamando a otros a la lucha activa, sin reparar en los medios a utilizar.

Este posicionamiento les llevó a dar apoyo, no sólo moral, sino de todo tipo que estuvo a su alcance, a las acciones armadas realizadas por integrantes de la insurgencia radical islámica, no sólo en Irak, sino también fuera de allí. También, a tratar de convencer a otras personas para unirse a la insurgencia, como soldados jihadistas o muyahidines dispuestos a luchar hasta la muerte en defensa del Islam y de los musulmanes. De la misma manera, una vez captados, a darles el apoyo necesario, introduciéndolos en los canales internacionales que les permitiera llegar hasta la zona de conflicto para unirse a la insurgencia iraquí, pero, especialmente, en lo que aquí nos interesa, a dar apoyo de todo tipo, propiciar y ayudar a su salida de España, para llegar a Irak para los indicados fines, a determinadas personas que les constaba habían tenido algún grado de participación relevante en los atentados de Madrid del 11 de marzo y el posterior acto suicida del 3 abril 2004. Nos estamos refiriendo a Mohamed Afalah, Mohamed Belhadj, Daoud Ounane, Said Berraj, Othman el Mouhib, y Abdelilah Hriz, todos ellos pasaron por la casa conocida como "AL KALAA", en Santa Coloma de Gramanet. Allí era donde, no obstante las pésimas condiciones de habitabilidad de ese inmueble, pero tenido a modo de santuario, radicaba ese pequeño grupo, pero sólido y estable, de personas que mantenían contactos en el extranjero, lo que les permitía alcanzar el indicado fin.

Aunque ninguno de los anteriormente citados (Mohamed Afalah, Mohamed Belhadj, Daoud Ounane, Said Berraj, Othman el Mouhib, y Abdelilah Hriz) ha sido juzgado en España y, por lo tanto, siguen gozando a todos los efectos de la plenitud de su derecho constitucional a la presunción de inocencia, sin embargo, la condición de terrorista de todos ellos debe considerarse suficientemente

acreditada únicamente en lo que aquí respecta, en la misma forma, y por los mismos argumentos, que son recogidos en la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha del 17 julio de 2008, y ello ante el elevadísimo cúmulo de elementos indiciarios existentes en tal sentido, sin que esta afirmación prejuzgue en absoluto su culpabilidad o inocencia, al menos en el plano formal.

3. No obstante, la acusación de Ministerio Fiscal pretende incluir no solo a éstas y por los indicados motivos, sino también a otras personas en la misma trama, a las que acusa también de formar parte de una más amplia red de conexiones nacionales e internacionales, que tendría como misión específica, la de captar, mandar y dar apoyo a personas con voluntad de trasladarse a Irak para unirse como muyahidines a un determinado grupo denominado "*Ansar el Islam*", de los que operan dentro de la insurgencia iraquí, considerando que integrarían una organización o banda terrorista específica, encuadrable igualmente en el nº 2 del artículo 515 del C.P.

Sin embargo, estima la Sala que dicha imputación no ha quedado probada más allá de lo anteriormente dicho, en relación con las personas indicadas (SAMIR TAHTAH, KAMAL AHBAR y Mohamed LARBI BEN SELLAM), a las que se tiene como integrantes, con un papel relevante, de una célula o grupo no ocasional sino con apariencia de consistencia, entre cuyas acciones ha estado la de dar apoyo sustancial, con pleno conocimiento y voluntad, a otros miembros de un grupo causante de un gravísimo atentado y de una posterior acción suicida, además de hacer proselitismo, captación y apoyo de personas para desplazarse a Irak, pero sin poder determinar si para su unión al indicado grupo o a otro de la insurgencia.

Por el Fiscal, más allá de lo expresado al inicio de su escrito de calificación y de lo que manifestaron los testigos Instructor y

Secretario de las diligencias, no se han aportado pruebas relevantes en el indicado sentido, al no tener la Sala por suficientes, las meras afirmaciones apoyadas únicamente en la "información" o "inteligencia policial", y como tales no ser susceptibles ni de verificación ni contrastación de clase alguna, constituyendo, por tanto, un mero indicio referencial, de carácter y valor probatorio no descartable, pero si muy relativo y en todo caso sometido a las reglas de la lógica y la sana crítica (STC 66/2009, de 9 de marzo de 2009, con referencia a la STC 263/2005, de 24 de octubre, FJ 3). No ha quedado acreditado en el presente procedimiento que concretamente se pretendiera la unión de los combatientes jihadistas a "*Ansar al Sunna*" y no, a otros movimientos. Como ha quedado fijado en los hechos probados en las presentes actuaciones que a pesar de encontrar su origen en las investigaciones de los atentados de Casa Blanca, realmente surgen de otras investigaciones policiales, totalmente desconectadas de aquellos atentados, en la que se detectó la existencia de la casa de Santa Coloma de Gramanet (Barcelona), perteneciente a la Asociación Cultural Islámica TAJDID, y que a pesar de perseguir la única finalidad de dar alojamiento temporal a musulmanes que no dispusieran de otro lugar de residencia, estaba habitada por personas sospechosas de estar vinculadas a la red. Esta organización más o menos estable, como se ha dicho se centró en dos actividades criminales, una de ellas, a lo mejor no la más importante, pero la única que ha quedado realmente acreditada en su consumación, constituirse en una de estructura estable y permanente de apoyo en los planes de huida, para evitar la captura de los intervinientes en los atentados de Madrid y permitirles llegar a Irak, para allí poner fin a sus vidas en una acción probablemente de carácter suicida. Como se ha expresado entre las personas alojadas en "*AL KALAA*" y que formaban la descrita estructura se encontraban el ya condenado por Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 17.07.2008 por dichos hechos Mohamed LARBI BEN SELLAM, como

también los acusados SAMIR TAHTAH, KAMAL AHBAR . Entre los huidos, miembros del grupo terrorista al que pertenecían los autores materiales de los atentados ocurridos en Madrid y que recibieron el referido apoyo están Mohamed Afalah, Daoud Ounane, Said Berraj, Othman el Mouhib, y Abdelilah Hriz; a lo cuales hay que unir a el procesado MOHAMED EL IDRISSEI, discípulo de Mohamed LARBI BEN SELLAM, que colaboró con éste en dar apoyo a los huidos que participaron en los atentados de los trenes de Madrid.

Por el contrario existen fuertes indicios de que no sólo daban cobertura a los huidos del 11 de marzo, sino que además se habrían realizado auténticas actuaciones de adoctrinamiento y recluta yihadista, puesto que la razón del viaje de MOHAMED EL IDRISSEI a Barcelona no tenía tanto que ver con la cooperación en la huida de los intervinientes en los atentados del 11-M, sino con que había sido imbuido por Mohamed LARBI BEN SELLAM en la idea de marcharse a Irak "para hacer la jihad", es decir, como combatiente jihadista, si bien como ha quedado probado MOHAMED EL IDRISSEI regresó a Madrid, dejó su trabajo, y continuó con su debate interior, pero no consta que diera ningún otro paso encaminado a llevar a cabo lo que se quedó finalmente en un mero proyecto. En lo que se refiere a Niyaz Valiohhmehoz MINIKAHAYEROVICH, conocido con el nombre de "Yassin", lo único acreditado es que después de su entrega a las autoridades locales, según parece, fue juzgado en Irak y condenado por el paso clandestino de la frontera y su estancia ilegal en dicho país, sin que conste que lo fuera por ningún cargo relacionado con el terrorismo. Por último debe destacarse el papel importante de Ouali FILALI, que aunque no residía en ese domicilio, era una de las personas relacionadas con el grupo de la casa de AL KAALA, con un papel muy relevante en las acciones de apoyo a los miembros huidos del grupo que cometió los atentados de Madrid, si bien no se ha podido acreditar acción alguna tendente a favorecer la recluta de

radicales islamistas con el fin de cometer acto de terrorismo, y en cualquier caso al no haber sido aceptado por la Policía Española, cuando fue puesto a su disposición por la homologa Británica, no se ha podido contar con el mismo en el presente procedimiento, a pesar de la relevancia que al mismo se le daba al inicio de las investigaciones, tanto por la Policía Judicial como por el propio Juez Instructor.

En resumen ha quedado debidamente acreditada la existencia de una organización terrorista, que tenía como finalidad principal dar apoyo, no sólo moral, sino de todo tipo, a las acciones armadas realizadas por integrantes de la insurgencia radical islámica, no sólo en Irak, sino también fuera de allí. También, a tratar de convencer a otras personas para unirse a la insurgencia, como soldados jihadistas o muyahidines dispuestos a luchar hasta la muerte en defensa del Islam y de los musulmanes, si bien la actividad acreditada con hechos concretos en la presente causa fue la de dar cobertura y ayuda de todo tipo a participantes en los atentados de Madrid, para facilitar su huida. En la organización encontramos las notas exigidas por la Jurisprudencia (STS de 1127/2002 de 17 de junio), así las de carácter objetivo, una pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad, una organización mas o menos compleja, en función de la actividad prevista (en este caso dar cobijo, facilitar la salida del país, ofrecer ayuda económica, pasaportes falsificados, etc.), y una consistencia y permanencia de dicha organización en el tiempo, encontrándonos ante un acuerdo asociativo permanente en el tiempo,(recordemos que no solo se daba cobertura a los huidos del 11m, sino que se intentaba adoctrinar, radicalizar a musulmanes, con el fin de reclutarlos para ingresar las filas de otras organizaciones terroristas. En cuanto a los subjetivos, la actividad criminal era querida y pretendida por la asociación y por su integrantes, en concreto los dos que se condenan en esta causa,

SAMIR TAHTAH, KAMAL AHBAR además del ya condenado por otra causa Mohamed LARBI BEN SELLAM, así como por el cooperante Mohamed el Idrissi, y además la fuerte presunción de que los huidos también la compartían. Por último los delitos que constituía su actividad criminal están consumados, por lo menos los acreditado en esta causa, la cobertura a los huidos del 11 de Marzo. En tal sentido conviene recordar lo que descrito por la STS de 17 de julio de 2008 (Atentados de Madrid), *"Consecuentemente, para afirmar la existencia de una banda armada, grupo u organización terrorista, no basta con establecer que los sospechosos o acusados sostienen, y comparten entre ellos, unas determinadas ideas acerca de una religión, un sistema político o una forma de entender la vida.*

Es preciso acreditar que quienes defienden esas ideas, convirtiéndolas en sus fines, han decidido imponerlas a los demás mediante medios violentos, como ya se ha dicho, orientados a intimidar a los poderes públicos y a intimidar y aterrorizar a la población. Dicho de otra forma, es preciso establecer que, desde la mera expresión y defensa de unas ideas, han iniciado de alguna forma, incluso con la decisión efectiva de llevarlo a cabo, su paso a la acción con la finalidad de imponer sus ideas radicales fuera de los cauces pacíficos, individualmente y como grupo.

Tal cosa puede manifestarse de múltiples formas, aunque a efectos penales siempre será preciso algún hecho verificable y significativo, que acredite al menos el inicio de acciones encaminadas a la obtención de medios idóneos para el logro efectivo por ellos mismos o por terceros de aquella finalidad, o bien que ya han procedido de alguna forma, mediante acciones de captación, adoctrinamiento o apoyo, suministro de efectos, sustento ideológico o en cualquiera otra de las muy variadas formas en que tal clase de cooperación puede manifestarse, a colaborar con quienes ya

desarrollan efectivamente tales actividades, se preparan para hacerlo o ya lo han hecho."

En la ,misma línea establece la STS de 16 de febrero de 2007 "El artículo 516 del Código Penal sanciona a los integrantes de las organizaciones terroristas y el artículo 576 del mismo texto legal hace lo propio con las conductas de colaboración con las actividades o las finalidades de una banda armada, organización o grupo terrorista. La diferencia, pues, entre ambos preceptos no puede ser otra que el grado de integración en la organización terrorista, esto es, la permanencia, más o menos prolongada en el tiempo, ha de determinar la integración, y la episódica o eventual colaboración, el delito sancionado en el artículo 576 del Código Penal, que específicamente se refiere a «cualquier acto de colaboración». No importa, por consiguiente, que los actos definidos en el segundo párrafo del artículo 576 como de colaboración con banda armada u organización terrorista (información o vigilancia de personas, ocultación o traslado de personas, construcción, acondicionamiento, cesión o utilización de alojamientos o depósitos, y en general, cualquier otra forma equivalente de colaboración, ayuda o mediación) sean desempeñados (propriadamente, ejecutados) por activistas de la organización integrados en la misma para variar la tipología penal que debe ser aplicada en el caso concreto enjuiciado, sino que el acento jurídico-penal debe residenciarse en la pertenencia a esa organización, estructurada, jerarquizada, movida por fines criminales, más que en los propios actos de colaboración, pues en éstos, cualquier acto es constitutivo de delito, pero como faceta negativa, se exige la inexistencia de vínculo con aquella organización, pues si existe dicho lazo de pertenencia debe aplicarse el artículo 516 del Código Penal en virtud del llamado principio de alternatividad (artículo 8.4 del Código Penal).

Podemos afirmar que la condición de integración o pertenencia a banda armada, supone una «comunidad» más fuerte y nuclear con los pretendidos fines y actividad de la banda, que la mera colaboración, que sitúa su ayuda a un nivel más bajo y periférico, debiendo encontrarse en cada caso, y en atención a las concretas circunstancias, el límite divisorio entre la pertenencia y la colaboración.”

En definitiva, tal integración sólo ha quedado acreditada, como ya se ha dicho, solo respecto a SAMIR TAHTAH y a KAMAL AHBAR, además de la colaboración de Mohamed El Idrissi, y no respecto a los demás cuya condena solicitó, puesto que no se ha acreditado esa comunidad intensa y nuclear con los fines y actividad del grupo terrorista, así como tampoco algún tipo de colaboración periférica.

Segundo.-COLABORACIÓN CON ORGANIZACIÓN TERRORISTA. Los hechos, en relación con el acusado Mohamed EL IDRISSEI, deben tenerse como constitutivos de un delito de colaboración con organización terrorista, previsto y penado en el artículo 576 del CP. La Sala ha descartado la integración de este acusado en el grupo descrito en el anterior, pero ha considerado que ha realizado actos de auxilio a los fines del mismo en el momento de atender a los requerimientos de uno de sus integrantes para que realizara un acto, que ciertamente no coadyuvaba directamente a una acción terrorista (no es un acto materialmente terrorista), pero implicaba un innegable apoyo realizado a una persona en un trance determinante, como era contactar con su familia previamente a emprender acciones que previsiblemente acabarían con su vida. La alegación de que se trataba de una ayuda puramente humanitaria no puede tener acogida. El acusado no parece que tuviera alguna relación personal siquiera lejana con Mohamed Afalah, ni con su familia, para haberse visto compelido a realizar esos actos por

razones puramente humanitarias. Todo parece indicar que lo hizo a instancias de Mohamed LARBI BEN SELLAM, en cumplimiento de un encargo que éste expresamente le había hecho. El contenido material del acto imputado es hasta cierto punto irrelevante desde el punto de vista terrorista. Aunque implica una ayuda para una causa que conoce y asume, y que su adecuada valoración ha de hacerse teniendo en cuenta el contexto donde ésta se realiza.

Resulta cierta la falta de precisión y dificultades interpretativas del artículo 576 CP referido, en relación a lo que debe ser considerado como un acto de colaboración terrorista, fuera de las situaciones mas obvias. Sobre todo, en casos como el presente, donde no es fácil determinar, por la propia naturaleza del acto de ayuda, si es verdaderamente coadyuvante o hasta que punto lo es y si lo es en suficiente medida de un acto terrorista en concreto o de la acción terrorista, en general, del grupo y, por otra, deslindar lo que es un acto de ayuda o colaboración con una organización o de ayuda personal a un terrorista, y en este último caso su trascendencia desde el punto de vista de los fines de la organización terrorista; y en función de todas estas determinaciones llegar a valorar la conducta desde el punto de vista de su relevancia penal.

Sin embargo, por lo dicho, estima la Sala que el IDRISI era conocedor de, sino exactamente a quién, o cual había sido el papel exacto juzgado en los atentados de Madrid, de la persona a la que indirectamente prestaba su ayuda, si del significado de ésta, como ayuda, que era percibida como relevante, al grupo en el que se encontraba inserto Mohamed LARBI BEN SELLAM y el resto de personas, y ello teniendo en cuenta el particular contexto donde se produce, la relación con el propio LARBI BEN SELLAM y, sobre todo, la forma como se producen los hechos, con comunicación continua entre

ambos, dándole cuenta del resultado de las diversas gestiones realizadas, que no se limitaron a un solo acto.

Estima la Sala que la calificación jurídica que se efectúa no modifica esencialmente el título de imputación en el contexto de actos relacionados con una organización terrorista. Constituye en este caso una mera graduación penal de la misma conducta que es imputada, teniendo en cuenta únicamente el grado de adherencia a la organización terrorista del sujeto actor.

Tercero.- FALSIFICACION DOCUMENTAL.- Los hechos que se imputan a TAREK HAMED HAMU han de tener la consideración jurídica de delito de falsedad de documento oficial del artículo 392 en relación al artículo 390 del Código Penal. El aportar, a sabiendas, el soporte material para la falsificación, es de por sí suficiente, independientemente de por quien, en donde y para qué o para quien se haya cometido ésta, para considerar que se trata de una acción imprescindible para la conducta falsaria, aunque materialmente no se haya participado en la manipulación del documento.

No cabe imputar, por razones probatorias, que la falsificación deba vincularse a una acción de carácter terrorista que implique la aplicación del artículo 574 del CP solicitado por el Ministerio Fiscal.

Cuarto.- DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA EN SU MODALIDAD DE SUSTANCIA QUE NO CAUSA GRAVE DAÑO A LA SALUD. Los hechos son igualmente constitutivos de delito contra la salud pública en su modalidad de sustancia que no causa grave daño del artículo 368 del Código Penal, dado el hallazgo de diversas cantidades relevantes, superior a la que es presumible razonablemente para el propio consumo, de sustancia tóxica –hachis-, prevista con el carácter de droga tóxica en la listas anexas a los

Convenios Internacionales relativos a la represión del tráfico de sustancia estupefacientes.

Sin embargo, no es posible aplicar validamente esta calificación jurídica a la conducta de ninguno de los acusados, por no aparecer en un caso elementos probatorios suficientes y, en otros, por no existir acusación formal por parte del Ministerio Fiscal.

SEGUNDO.-CUESTIONES PREVIAS: EXCEPCION PROCESAL DE COSA JUZGADA O DE "BIS IN IDEM".

A) La defensa letrada de KHALED ABIDI, ya en trámite de instrucción del artículo 627 de la LECrim., procedimiento solicitó la revocación del sumario y su devolución al Juzgado instructor a los efectos de que se remitiera a Argelia Comisión rogatoria en relación con la sentencia dictada en dicho país contra su defendido, que resultó ser absolutoria. Anunció, en todo caso, el planteamiento de la excepción de cosa juzgada en su escrito de calificación provisional, a los efectos de que se solicitara por la Sala la remisión de la referida Comisión rogatoria. Ante esta situación, el Tribunal consideró no procedente la revocación de sumario, por entender que con ello se produciría un grave perjuicio al procedimiento, habida cuenta la extraordinaria duración de éste. En su lugar optó "*ad cautelam*", ya en ese momento, por acordar la petición de la referida información a Argelia mediante el libramiento de la correspondiente Comisión rogatoria urgente, tratando de evitar con ello mayores dilaciones.

La respuesta a la Comisión rogatoria no se recibió sino hasta el transcurso de las sesiones de juicio. No obstante mantenerse por la parte su inicial petición de estimación con carácter previo de la cosa juzgada, o en su caso la suspensión del procedimiento hasta

recepción de los documentos interesados, el Tribunal desestimó dichas peticiones y optó por iniciar la celebración del juicio a la espera de que durante el curso del mismo se recibiera la referida documentación. Por la defensa letrada de KHALED ABIDI se presentó testimonio de resoluciones judiciales obrantes en su poder, que según manifestó le habían sido remitidos directamente por la defensa letrada del acusado en Argelia, que los había interesado del Tribunal argelino, aportando una traducción no oficial del árabe al español de dichos documentos. En concreto el texto de la sentencia dictada por el Tribunal de Sidi M'hamed, como también la acusación formulada por la Cámara de Acusación de dicho tribunal argelino. A instancias del Tribunal, la corrección de la traducción quedó acreditada por el dictamen en tal sentido emitido por los traductores oficiales presentes en el enjuiciamiento, que adveraron la correspondencia del texto en español con el árabe. Fue durante el trámite de la documental cuando se recibió, procedente la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia, el texto de la Sentencia en lengua árabe remitida por la Autoridad Central argelina, adverándose por los traductores que se correspondía plenamente con la aportada por la defensa letrada de KHALED ABIDI, por lo que por dicha defensa letrada se solicitó, ya en trámite de conclusiones definitivas, la libre absolución de su defendido en aplicación del principio de "*non bis in idem*" o de cosa juzgada.

El Ministerio Fiscal se opuso expresamente a la estimación de la cosa juzgada, por entender que no se daba cumplimiento a los requisitos jurisprudenciales necesarios para la estimación de la excepción procesal de cosa juzgada, especialmente la existencia de una previa sentencia firme de carácter definitivo, lo que a su entender no quedaba suficientemente acreditado a través de la documentación recibida de las autoridades argelinas.

B) Es cierto que ni el Código penal ni la Ley de Enjuiciamiento Criminal contienen una norma en la que se defina la cosa juzgada penal. Tampoco aparece en la Constitución, aunque reiterada y consolidada jurisprudencia del TC incluye el "*non bis idem*" dentro del art. 25.1 CE, en el sentido de proscribir dos condenas por los mismos hechos (*vid.*, por todas, la clásica STC 221/1997, de 4 de diciembre). El art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que: "*Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme, de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país*", que ha de entenderse integrado en nuestro ordenamiento por vía del art 10.2 de la CE. El artículo 666 LECr. se refiere a la cosa juzgada como segunda excepción o cuestión, susceptible de ser propuesta como *artículo de previo pronunciamiento* (previo al comienzo del juicio oral).

La jurisprudencia clásica ha establecido como requisitos para la estimación de la *exceptio de res iudicata* la triple identidad recogida en el artículo 1252 del CC, refiriéndolas al proceso penal: a) la existencia de una sentencia anterior, firme y definitiva, b) dictada por un tribunal competente por razón de la materia, c) identidad subjetiva y d) identidad de objeto, en el sentido de identidad de hechos juzgados. La actual doctrina procesalista viene a establecer que existe cosa juzgada penal, con la función excluyente de un segundo proceso o, al menos, de una segunda sentencia sobre el fondo, cuando hay identidad sustancial entre los objetos de dos procesos, lo que significa identidad del hecho punible, tal como éste se debe identificar, sin atender sólo y principalmente a su consistencia natural o histórica y teniendo en cuenta, por el contrario, criterios jurídicos.

C) Con los elementos con que ha contado la Sala, tanto la respuesta formal a la Comisión Rogatoria remitida a las autoridades

competentes de Argelia, que se refiere, tal como requirió la Sala, a la resolución que puso fin al procedimiento penal que le fue seguido al acusado en el país de su nacionalidad, que lo constituye una sentencia, que por dicha capacidad de poner fin al procedimiento debe entender como firme y definitiva en toda su extensión, como el documento aportado por la parte, cuya traducción en los aspectos esenciales fue advenida por los traductores comparecientes al acto de la vista, consistente en la acusación formulada por la Cámara de Acusación del Tribunal Argelia, no le cabe ninguna duda a la Sala sobre la existencia de una identidad sustancial entre el objeto de los dos procesos penales, el que se le siguió en Argelia y por el que fue absuelto y el que se le ha seguido en España. Razón, por la que debe, sin ninguna clase de reservas, estimarse la excepción de cosa juzgada o prohibición de doble enjuiciamiento, y en consecuencia decretar la libre absolución del acusado.

D) La circunstancia de que el otro proceso penal haya sido seguido ante un Tribunal extranjero, en concreto, en Argelia, no modifica en absoluto la valoración efectuada. Debe reconocerse a este Estado plena jurisdicción para el conocimiento del asunto, dada la nacionalidad argelina del sujeto, en atención al principio de personalidad activa, más teniendo en cuenta la prohibición de extradición de nacionales, común en el derecho extradicional argelino y la entrada en aplicación por esta misma razón del principio "*aut dedere aut iudicare*", como obligación establecida por los tratados internacionales en la materia, como forma de evitar la impunidad en estos casos. Debe descartarse, por tanto, la existencia de una situación de "*forum shopping*" oportunista que innegablemente hubiera hecho perder valor al enjuiciamiento en Argelia. También, a este respecto, debe tenerse en cuenta la circunstancia de que los elementos que determinaron la detención en Argelia de KHALED ABIDI fueron precisamente los aportados por la policía española, que

estaba llevando a efecto una investigación criminal sobre el referido y que comunicó estos datos a Argelia en el momento en que tuvo conocimiento de que dicha persona se había trasladado a ese país, sin que nunca llegara a plantearse la petición formal de la extradición del referido por parte de España. Debe reconocerse, por tanto, plena validez jurisdiccional a la resolución dictada por el Tribunal competente argelino y, asimismo, igual efecto negativo de cara a un nuevo enjuiciamiento en España a la Sentencia absolutoria, tenida por firme y definitiva, dictada por dicho Tribunal.

TERCERO.- ANÁLISIS PROBATORIO.

A) Análisis sobre la validez de la prueba practicada.

Primero.- Cuestiones previas.

a) Impugnación de la intervención de las cuentas de correo electrónico y del resultado de la Comisión Rogatoria a Estados Unidos en relación con las referidas cuentas.

i) Planteamiento. Por la defensa letrada de Yagoub Guemereg, Ridouane El Ourma, Saiz El Mazmouzi y Driss Belhdj, a la que se unieron otras varias, se impugnó la intervención de las cuentas de correo electrónicos, datos correspondientes a ellas y tráfico de mensajes, entrantes y salientes, efectuadas durante la instrucción del procedimiento, ante la ausencia del preceptivo auto judicial en el que, tras la correspondiente ponderación de los derechos fundamentales en juego, se hubiera autorizado dicha intervención; como también, la incorporación al procedimiento del resultado de dichas observaciones, en cuanto que no consta adverado por secretario judicial ningún volcado o transcripción del soporte digital donde según parece constan

y, únicamente, aparecen transcritas en un informe policial elaborado y firmado por un único funcionario policial, que ni fue propuesto como testigo o con otro carácter, ni compareció al acto del juicio, ni ha sido ratificado judicialmente dicho informe, ni sometido a contradicción válidamente. Por ambos grupos de razones, en definitiva, solicitaban la nulidad de las intervenciones y observaciones de las cuentas de correo electrónico, de su resultado y, consecuentemente, su expulsión del procedimiento, con además todas las consecuencias probatorias derivadas de la indicada nulidad.

Por el Ministerio Fiscal se manifestó su disconformidad con dicho planteamiento, postulando su plena validez, alegando que se trataba únicamente de la incorporación al procedimiento de documentos que constaban en un CD-Rom que estaba unido a las actuaciones y que correspondía a unos datos que habían sido previamente obtenidos en la investigación llevada a cabo en los Estados Unidos y fueron remitidos a España como consecuencia de una Comisión Rogatoria librada a las autoridades de aquel país y que había sido cumplimentada.

Planteado así el tema, la Sala considera, a efectos de resolver sobre la procedencia de la referida impugnación, debe dejar constancia tanto de la secuencia de actuaciones judiciales con relevancia recaídas, como también sucintamente de otras situaciones y elementos que tienen relación directa con el tema suscitado, entre ellos lo declarado en el acto del juicio por los testigos policías miembros de la Unidad Central de Información de la Policía, el instructor y el secretario de las diligencias policiales practicadas, tanto directamente como en respuesta a las preguntas que les fueron realizadas por las partes.

ii) Actuaciones procesales documentadas en la causa.- A

folio 220 y ss., fechado 21.04.2004, aparece por primera vez un oficio policial de TEPOL dirigido al Juzgado que da curso a una solicitud de la Unidad Central de Información Exterior de la Policía (UCIE) relativa a la observación de cuentas de correo electrónico y por la que se le pide del Juzgado la emisión de un Auto dirigido a la delegación de la empresa *Microsoft Corporation*, a través de su representante en España, para que se solicite la intervención de todos los datos asociados a determinadas cuentas de correo electrónico gestionadas por dicha empresa. También, y dado que dicha empresa tiene su sede en los Estados Unidos, y en España únicamente dispone de una delegación, la remisión de la correspondiente Comisión rogatoria dirigida a las autoridades judiciales norteamericanas.

En folios siguientes constan varias peticiones, en términos semejante, referidas a la observación complementaria de otras varias cuentas de correo (folios 227, 228, etc..).

Consta (a folio 253 del Sumario) como única respuesta que da el Juzgado a las anteriores peticiones policiales, una providencia del siguiente tenor:

"PROVIDENCIA DEL MAGISTRADO-JUEZ D. BALTASAR GARZÓN REAL EN MADRID A ONCE DE JUNIO DE DOS MIL CUATRO.

Dada cuenta, líbrese Comisión Rogatoria a las Autoridades Judiciales de los Estados a los efectos interesados por la Unidad Central de Información Exterior a TEPOL, en sus informes con registros de salida 3873, 3618, 3509, 3435, 3292,4752 y 3211.

Lo manda y firma S.S^a., doy fe"

Es a continuación, en los folios 254 y siguientes, donde consta documentada la ejecución material de la anterior resolución y el texto de la Comisión rogatoria que se emite el 14.06.2004, dirigida a las

autoridades norteamericanas competentes (*Computer Crime and Intellectual Property Section, US Department of Justice*), con la finalidad de que - escuetamente se dice-, a través de la empresa *MICROSOFT CORPORATION*, se facilite los mensajes emitidos recibidos, así como los datos asociados referentes a una lista de direcciones de correo electrónico (inicialmente 17). Dándose curso a la misma por vía oficial prevista en el Tratado Bilateral de Asistencia Jurídica en Materia Penal entre los dos Estados y también a través de Interpol.

De que ya se viene llevando a cabo, a tiempo real, una observación o intervención policial del tráfico de mensajes de correo electrónico mantenido entre varias direcciones y de la aportación de datos relevantes para la investigación, deja constancia, entre otros, el oficio policial de fecha 05.08.2004 (folios 360-361), en el que se da cuenta al Juzgado de la obtención de determinada información a través de la observación del tráfico de dichas cuentas de correo electrónico. Dicha información aportada por la Policía es recogida y plasmada como fundamento fáctico por el Juzgado para acordar la intervención de unos y para la prórroga de la intervención de otros varios números de teléfono. Ello, entre otros, en auto fechado a 09.08.2004, obrante a folio 362 y siguientes.

A folios 373-374, fechado 23.08.04, consta igualmente solicitud policial de la UCIE dirigida al Juzgado en la que se pide remita escrito a la asesoría de Microsoft, explicitando que es en relación con los contenidos de los correos electrónicos que dicha corporación venía enviando al servicio policial hasta ese momento, habiendo cesado de hacerlo en el mes de julio. Ello debido a que Microsoft Ibérica SRL les había hecho saber que para hacer el envío del contenido de los mensajes de las cuentas de correo electrónicos era necesario se remitiera por el Juzgado un nuevo escrito explicándoles que era de

"carácter urgente e imprescindible para nuestras investigaciones relacionadas con el terrorismo islámico, así como una emergencia concreta para nuestro país, pudiendo evitarse con ello cualquier peligro de muerte para las personas o catástrofes de una gran magnitud"

En respuesta a la anterior solicitud, se dicta por el Juzgado nuevo proveído (folio 375) fechado 25.08.04, en el que se resuelve, según se dice, que de conformidad con lo acordado por resolución de fecha 11.6.04 (providencia acordando librar Comisión rogatoria), que procedía librar mandamiento a la compañía *Microsoft Ibérica SRL*, en los términos interesados por la fuerza actuante; librándose a continuación por el Juzgado mandamiento: *"...a fin de que por quien corresponda se restablezca el envío del contenido de los mensajes de las cuentas de correo que se dirán..., a la Unidad Central de Información Exterior al ser ello de interés para la investigación de las presentes diligencias..."*, sin dictarse tampoco ningún Auto judicial que amparase dicha determinación.

A folio 382 y ss. y 385 y ss. constan idénticos oficios policiales que los anteriores de TEPOL dirigidos igualmente al Juzgado, adjuntando solicitudes de la UCIE de fechas 01.07.04 y 26.08.04, relativas a la observación de otras cuentas de correo electrónico (*saidchichi@hotmail.com* y otras), con idéntica petición de que se emitiera por el Juzgado Auto dirigido a la representante en España de la delegación de la empresa *Microsoft Corporation*, con la misma finalidad de intervención de todos los datos asociados con las cuentas y que se ampliara la Comisión rogatoria a EEUU, dado que era allí donde se ubicaba la sede central de dicha Compañía.

Por las autoridades norteamericanas (la Oficina de Asuntos Internacionales, División Penal, del Departamento de Justicia de los

Estados Unidos) se dirigió comunicación a la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia español, fechada 27 agosto 2004 (folios 389-390 en ingles, y 607), en la que se señalaba que para obtener la información que era solicitada por el Juzgado era imprescindible que se cursara una petición formal, de acuerdo con el Tratado de Mutua Asistencia Legal (MLAT), en la que además se suministrara información adicional referida a la investigación, así como una explicación detallada de la relevancia para la investigación de cada una de las cuentas E-mail. También se indicaba que habían recibido por canales policiales un documento titulado " Informe sobre la operación Tigris", fechado 31 julio 2004, en el que se aportaba información adicional referida a la investigación de las cuentas de correo, pero que, dado que se indicaba que dicha información estaba "clasificada", no era posible a través de ella obtener los mandamientos judiciales necesarios para recopilar la información de cuentas de correo solicitada. No obstante, que dado que los mismos canales policiales recientemente les habían indicado que el referido "Informe sobre la operación Tigris" no estaba considerado por las autoridades españolas como "clasificado" y, en tanto que se tratara de un informe enteramente no clasificado, demandaban de las autoridades españolas que incluyeran oficialmente dicho informe en una petición de asistencia judicial librada de acuerdo con el Tratado (MLAT), como requisito para la obtención de información sobre las cuentas de correo electrónico solicitada. También dejaban constancia de que cautelarmente habían pedido a Microsoft que conservara dicha información y advertían de la política de dicha compañía del borrado, como regla general, de los mensajes que tuvieran más de 21 días de antigüedad.

Fechado 06.09.2004 (folio 391), consta oficio procedente de la UCIE referido a ampliación de Comisión rogatoria de cuentas de correo electrónico, al que se une Informe policial (folios 392 a 439),

titulado "INFORME SOBRE LAS CUENTAS DE CORREO INVESTIGADAS EN LA OPERACIÓN TIGRIS", en el que, como datos relevantes, se hace constar, que en fecha 11 marzo 2004 se había recibido procedente de servicios amigos información sobre determinadas direcciones de correo electrónico, a través de los que se estaría llevando a cabo comunicaciones relevantes para la investigación y que, tras el análisis exhaustivo de los contenidos los correos electrónicos recibidos de Microsoft Corporation, se había obteniendo el tráfico de correos asociados a otras diferentes cuentas de correo electrónico ubicadas en otros países, haciendo mención de un (inexistente) auto judicial dirigido a la referida empresa *Microsoft Corporation*, como resolución judicial sustento de su actuación. En el informe refieren además determinadas conclusiones extraídas del análisis de dichas cuentas intervenidas, haciendo relación expresa y pormenorizada de los mensajes obtenidos más relevantes para la investigación y solicitando al juzgado que por la compañía *Microsoft Corp* se continuará facilitando al Servicio de Información Exterior de la Policía información de todas y cada una de las cuentas de correo electrónico objeto de investigación, desde el momento en que obraran en sus bases de datos y, si fuera posible, desde la fecha de su creación.

A folio 443 consta, en respuesta a dicha solicitud policial, nueva Providencia del Sr. Magistrado Juez fechada 6.09.2004, por la que se acuerda: "*Líbrese Comisión Rogatoria a las Autoridades Judiciales de los Estados Unidos de América ampliando la solicitud de intervención a los nuevos correos electrónicos que aparecen en el informe de la Comisaría General de Información y en el sentido interesado por las autoridades judiciales de aquel país*", (en referencia al documento indicado que consta a los folios 389-390).

Fecha 11.01.2005 (folio 1001), consta comunicación procedente de la misma oficina de Asuntos Internacionales, División Penal, del Departamento de Justicia de los Estados Unidos dirigida al Magistrado Juez titular del Juzgado Central de Instrucción nº 5, por la que se le indica que debido a que la naturaleza de la investigación estadounidense en curso era confidencial, no estaban, por el momento, en condiciones de proporcionar a España la ayuda jurídica mutua solicitada.

A folio 1007 y siguientes consta, fechado 24.01.2005, escrito procedente de la UCIE por la que solicita se oficie a la Compañía Telefónica de España para obtener información en relación con los teléfonos asociados a varias direcciones IP. Por el Juzgado, en este caso, si se dicta Auto de fecha 28.01. 2005, por el que se accede a la indicada petición policía (folios 1009 y siguientes), expidiéndose los correspondientes mandamientos.

No es, sino hasta fecha 21.10.2005 (folios 8979-8980, 9149-9140, 9151-9152 en español), cuando se recibe comunicación procedente de la Oficina de Asuntos Internacionales, División Penal, del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, a través de la que se da contestación cumplimentando la Comisión rogatoria remitida en su día, indicando que para la obtención de la información solicitada, referida a varias cuentas MSN Hotmail, había sido necesario obtener un mandamiento del Magistrado Juez de la Corte de Distrito de Estados Unidos y que el FBI había ejecutado recientemente dicho mandamiento y recogido la información concerniente a únicamente 10 de las cuentas solicitadas y no del resto, incluyendo dicha información en un disco informático (CR-Rom) que se adjuntaba.

Por Providencia del Juzgado de 06.03.2006 se acuerda librar oficio a la UCIE a fin de que un funcionario se hiciera cargo del CD-Rom enviado, a efectos de elaboración de un informe con el contenido de dicho soporte informático (folio 9153), haciéndose cargo de la recogida del CD-ROM el funcionario policial con carnet profesional número 89.145.

A folios 10.751 consta en las actuaciones nueva comunicación fechada 22.09.2006 procedente de la Embajada de los Estados Unidos, remitida directamente al Sr. Magistrado Juez del juzgado Central de Instrucción nº 5, a través de la que se le suministra nueva copia del CD-Rom, haciéndose constar que otra copia ya se había sido remitido con anterioridad al Juzgado y que se adjuntaba texto de la primera comunicación (la misma que consta a folios 8979-8980 ya referida). La nueva copia del CD-ROM con la información suministrada es la que se encuentra en el interior de un sobre al folio 10.754 de las actuaciones.

A folios del 12.622 al 12.731 consta el "INFORME SOBRE LAS CUENTAS DE CORREO ELECTRÓNICO INVESTIGADAS EN LA OPERACIÓN TIGRIS", fechado el 18.01.2008, elaborado y firmado por el inspector con carnet profesional 82.663, haciéndose expresa referencia en su introducción a que, en fecha 26 abril 2004, fueron intervenidas, a través de Auto judicial emitido por el Juzgado Central de Instrucción nº 5 dirigido a *Microsoft Corporation*, los datos asociados a un total de 22 correos electrónicos, solicitándose en junio de 2004 del mismo Juzgado se librase la correspondiente Comisión rogatoria internacional a las autoridades judiciales de los Estados Unidos, a fin de obtener, judicialmente, los datos relativos a una serie de cuentas de correo electrónico investigadas.

En el informe se hace constar expresamente que su contenido es ilegible (a través de los programas de utilización informática habituales) y que ha sido necesario su conversión desde el lenguaje de programación *html* en el que se encuentra a lenguaje legible, imprimiendo a folio 12.624 el árbol de archivos que, según se dice, eran los que actualmente constaban en el CD-Rom, apareciendo un total de once carpetas de archivos fechadas todas ellas 22/05/2006. En el informe se contiene una transcripción del, se indica, texto de los mensajes asociados a una serie de cuentas de correo. Sin embargo, únicamente consta el texto en todos los casos en español, sin que se haga constar si éste era realmente el texto original de los mensajes, cual era en su caso el original, si se había traducido y, en su caso, por quien, como tampoco en muchos casos se hace constar su data completa (día y hora y, en su caso, a donde corresponde ésta, si es hora española o de dónde). El último mensaje que contiene la cuenta saidchichi@hotmail.com (folio 12.731) esta datado 23.08.2005 y, aparecen mensajes fechados en el mes de enero de 2004.

En el acto del juicio, el testigo Policía miembro de la Unidad Central de Información de la Policía con Carnet Profesional nº 18428 (V27M201 y ss.), en su calidad de instructor general de las investigaciones policiales ilustró a la Sala sobre la forma de llevarse a cabo las investigaciones y el papel esencial que tuvo la información obtenida a través de la observación del tráfico de mensajes, con valor en sí misma y en cuanto les permitió la utilización de otros medios de investigación, aportándoles datos sobre identidades, lugares, números de teléfono, que a su vez intervenidos, números de cuentas bancarias, etc...

Refirió, en esencia, tres canales de recepción de información del tráfico de correos electrónicos: por un lado, la información suministrada por los "servicios de información amigos", singularmente

Estados Unidos; por otro, la información sobre el contenido del tráfico de las cuentas recibida directamente de *Microsoft Corporation*, y que obtenían de forma continua y a tiempo real, que en muchos casos confluía con la anterior y que les permitía llevar a cabo los análisis de información correspondiente sobre su contenido y avanzar en las investigaciones; y por último la información que se recibió procedente de las Autoridades competentes norteamericanas dando cumplimiento a la Comisión Rogatoria que se les remitió por el Juzgado. En relación con esta última manifestó que encomendó la elaboración del informe sobre el CD-Rom recibido, interesado por el Juzgado, al funcionario 82663.

Sin embargo, el testigo Policía miembro de la Unidad Central de Información de la Policía con Carnet Profesional nº 82934 (V35M285 y ss., V40M306), Secretario de las actuaciones, declaró de forma, al menos parcialmente, pero en aspectos muy relevante, diferente, en el sentido de que manifestó no haberse intervenido directamente por la Policía las cuentas en Microsoft, que esta intervención se hizo únicamente a través de la Comisión Rogatoria a EEUU, que fue respondida por este país, y que durante las investigaciones recibieron información del tráfico de las cuentas directamente de las autoridades policiales de EEUU, que llevaban a cabo una investigación sobre los mismos hechos, a través del intercambio de información y, también, como tercera vía, por intercambio de información con los servicios de información de otros países dentro de un proyecto denominado *Vennlig*.

En relación a la forma de recibirse la información, idioma en que se recibían los mensajes, texto original, traducción, etc., en contestación a las preguntas de una de las defensas letradas manifestó haberse recibido de las autoridades norteamericanas traducidas al español, en otras al inglés haberse recibido también en

ocasión originales en árabe, escritos en alfabeto árabe. Manifestó que fue otro Policía, con nº 82663, el que se encargó de elaborar el informe que obra en las actuaciones sobre el contenido de las cuentas de correo recibido de las autoridades norteamericanas en respuesta a la Comisión Rogatoria solicitada.

La franca discrepancia entre lo declarado por ambos testigos policiales debe saldarse en favor de lo manifestado por el testigo Instructor general de las diligencias, dado que se corresponde en mucha mayor medida con lo que objetivamente consta documentado en las actuaciones, en los términos en que se ha expuesto en párrafos precedentes, en detrimento de lo manifestado por el testigo Secretario de las investigaciones, que no se refirió en ningún momento a la recepción de información directamente de *Microsoft Corporation* de EEUU, ni a través de su filial en España. Una simple lectura de los informes y peticiones policiales que constan documentadas (f.373-373, 392 a 439, 1001) correspondientes al momento crítico de las investigaciones (durante unos 90 días a mediados de 2004, a que se refirió el Secretario de las actuaciones) pone de manifiesto que en aquel momento por los investigadores de la policía se estaba llevando una observación directa sobre las cuentas de correo electrónico gestionadas por Microsoft, a través de la información remitida por esta entidad, todo parece indicar que por medio de la filial española de dicha compañía, ello sin perjuicio de la información que posiblemente también estaban recibiendo de los servicios de información norteamericanos, que según parece estaban llevando a cabo una observación de inteligencia policial semejante sobre las mismas cuentas de correo electrónico. El testigo miembro de la CGI Instructor de las diligencias, a preguntas de una de las defensas, puso de manifiesto que mientras tenían certeza que la información que recibían directamente de *Microsoft* era completa, no

tenían la misma certeza de la que recibían de los servicios de inteligencia norteamericanos, que estimaban estaba seleccionada.

iii) Valoración jurídica y compatibilidad con la CE de la forma como se llevo a cabo la observación de las cuentas de correo electrónico y de obtención de información sobre las mismas.- a) Sólo es tras el análisis de todo el anterior cúmulo probatorio cuando es posible desvelar con suficiente claridad la existencia de tres situaciones diferenciadas o fuentes de información sobre el contenido de los correos electrónico correspondientes a varias cuentas.

La primera de ellas, la constituiría la intervención y observación a tiempo real del tráfico de correos electrónicos y de su contenido, correspondientes a varias cuentas de *hotmail*, que se llevó a cabo directamente por la policía durante un cierto periodo de tiempo, que abarcaría, cuando menos, el momento calificado de más álgido o crítico de las investigaciones. La información habría sido, según parece, directamente suministrada, a petición policial, desde la propia delegación española de *Microsoft* (folios 373-374), según la explicación más plausible o, en otro caso, por otro medio desconocido para la Sala, pero, en todo caso, de características semejantes.

Una segunda fuente de información policial fue la suministrada por los servicios de inteligencia extranjeros, singularmente los EEUU, que estarían llevando una investigación de inteligencia sobre hechos relacionados, referidos a su seguridad nacional, en concreto, a la entrada de combatientes jihadistas extranjeros en Irak, para unirse a la insurgencia.

Es a través de estas dos fuentes de información como la Policía obtiene datos que permiten a su vez poner en marcha otros medios

de investigación, números de teléfonos, que a su vez son sometidos a observación, cuentas bancarias y personas, etc..

Una tercera fuente información, esta vez oficial, es la recibida de las autoridades de EEUU en cumplimiento de la Comisión Rogatoria y su ampliación, que de facto se ha referido a los mismos datos de que ya se disponía policialmente por otras vías de conocimiento, y con respecto a los que el Ministerio Fiscal pretendería su introducción formal en el procedimiento y su utilización como prueba de cargo válidamente obtenida. Esta información ha sido aportada, no desde algún archivo judicial o procedimiento penal en curso ante las autoridades judiciales de aquel país, sino directamente desde las bases de datos centrales de *Microsoft Corporation* en Estados Unidos, al ser la empresa suministradora del servicio de MSN Hotmail en todo el mundo, sin importar donde se encuentre el usuario de una cuenta de correo electrónico Hotmail o de cualquier otra que envíe un mensaje a una cuenta Hotmail. Para el cumplimiento de la Comisión Rogatoria, las autoridades norteamericanas competentes para la ejecución del auxilio judicial hubieron de solicitar la correspondiente autorización judicial y obtener a través de ella la información de la entidad *Microsoft*, que posteriormente fue remitida formalmente por las autoridades centrales norteamericanas a las españolas, en cumplimiento del Convenio bilateral de asistencia judicial.

La primera afirmación que cabe realizar es que no le cabe ninguna duda a la Sala sobre que en cualquiera de los tres anteriores situaciones se está produciendo idéntica injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones, al tratarse de la obtención de datos, sin el consentimiento de su titular, del contenido de comunicaciones, que el propio sujeto al que afecta no ha hecho públicas ni ha utilizado un procedimiento de comunicación abierto a la pública observación, es decir, sin que conste de ninguna manera, ni expresa ni tácitamente,

su renuncia a la privacidad ni al secreto de las comunicaciones. La cobertura jurídica dada por el Juzgado es común a las tres situaciones y lo constituye únicamente las providencias ya vistas en la que se acuerda librar Comisión Rogatoria a EEUU y su ampliación. No consta, por el contrario, que el Juzgado haya emitido ningún Auto motivado, en el que se haya hecho una mínima ponderación de los derechos fundamentales en juego, así como se haya valorado la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida, estableciendo el correlativo régimen de garantías para su obtención y adecuada incorporación al procedimiento de su resultado.

El tema que se plantea es, dadas las peculiaridades de cada una de las tres formas de intervención de las comunicaciones, cual ha de ser el régimen jurídico al que han de quedar sometidas, si el mismo o distinto, o en su caso cuál, para ser válidas en derecho y no constituir una actuación clandestina sin amparo jurídico y, como tales, afectadas de nulidad contaminante del procedimiento.

Estimando como se ha hecho, que las tres situaciones o procedimientos de obtención de información sobre correos electrónicos son restrictivas de derechos fundamentales, en cuanto que afectan al núcleo esencial del derecho a la privacidad y al secreto de las comunicaciones, de personas que se encontraban en España, hacían uso de un sistema de comunicación por correo electrónico desde España, dándose la circunstancia de que incluso algunas de ellas ostentaban la nacionalidad española, la única solución posible, prevista en el art. 18.3 de la CE, es la plena jurisdiccionalidad de la medida, con respecto a la que no cabe ninguna excepción, como ya ha tenido ocasión de manifestar el TC en múltiples resoluciones y ha dado lugar precisamente a la promulgación de la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, relativa al control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia, complementaria de la Ley 11/2002 de 7 de

mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia (CNI), para posibilitar y asegurar la jurisdiccionalidad de las intervenciones de las comunicaciones realizadas a instancias del CNI. Tampoco modifica esta situación la Ley 34/2002 de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI), en cuyas definiciones contenidas en su anexo se excluyen del ámbito de su aplicación al intercambio de información por correo electrónico o medios equivalentes.

Estimamos, porque tienen una naturaleza semejante y no existe razón que justifique otro régimen distinto, que en materia de intervención y observación de comunicaciones mantenidas por vía de correo electrónico, debe regir las mismas garantías legales (art. 579 de la LECrim.) y jurisprudenciales, perfectamente fijadas y consolidadas en relación con las intervenciones y observaciones postales y telefónicas, tanto en cuanto a sus requisitos o régimen de autorización y control judicial, incluso como medio de investigación, como también los de adveración y correcta introducción en el procedimiento para su definitiva además validez como prueba.

b) Desconoce en realidad la Sala cual ha sido el procedimiento policial seguido para obtener directamente la información procedente de la entidad *Microsoft*. Existe una cadena de confusas resoluciones judiciales que posiblemente estén en el origen del problema y probablemente les permitió recibir esa información. Pero lo que es cierto, es que por el Juzgado no se había dictado ningún auto habilitante que diera cobertura a dichas observaciones, tal como viene exigido por el art. 18.3 CE y 579 de la LECrim. No cabe, por ello, sino considerar que estas observaciones de correos electrónicos no son solo ilegales, sino también contrarias a la Constitución y, como tales, afectadas de nulidad radical e insubsanable, con todas las

subsiguientes consecuencias contaminantes de aquellos actos que se encuentren en una relación de conexión de antijuricidad con aquellas.

Aunque con un razonamiento indudablemente más complejo, también esta consideración debe extenderse a la obtención de la información a través de la Comisión Rogatoria a EEUU y su ampliación. Como respuesta a la compleja solicitud policial (f 220 y ss; 227;228...), como hemos indicado, el Juzgado se limita a dictar un inicial proveído transcrito (f.253), que se ve acompañado por otro segundo, varios meses después, ordenando remitir una ampliación de la Comisión Rogatoria respondiendo a la solicitud de complemento informativo pedido por la propias autoridades centrales norteamericanas, que comunican al Juzgado la imposibilidad de cumplimentar la Comisión Rogatoria si ésta no se formalizaba adecuadamente aportando la información necesaria (art. 14.1 del Tratado bilateral) para llevar a cabo lo solicitado. A juicio de la Sala, tampoco en este caso la mera emisión de la Comisión Rogatoria cumple la función de resolución judicial a que se refiere el art. 18.3 de la CE, ni en si misma considerada, ni lleva consigo tampoco una delegación o transferencia válida de esta facultad al juez o autoridad extranjera que ha de cumplimentar la ayuda judicial solicitada. La facultad de control de la procedencia de la injerencia del derecho fundamental que se está produciendo en España, aunque se requiera el concurso de una autoridad extranjera, es indelegable en aquella, sin perjuicio de que ésta pueda establecer también sus medios de control de acuerdo con su ordenamiento jurídico. En otras palabras, en un caso como el presente, la circunstancia de que la información que se quiera obtener se encuentre ocasionalmente almacenada o ubicada en el extranjero no debe exonerar al juez español de sus obligaciones jurisdiccionales en relación con la restricción de los derechos fundamentales de personas que se encuentran bajo su jurisdicción en España, y cuyos derechos fundamentales se

encuentran protegidos, precisamente por la jurisdiccionalidad, como uno de los requisitos esenciales para su posible restricción. La Comisión rogatoria es un mero instrumento de ejecución del acuerdo previo de restricción de derechos fundamentales, adecuadamente motivado, que en el presente caso debió haber sido adoptado.

Lo que se dilucida en el presente caso no tiene, por tanto, nada que ver con la situación expuesta por el Ministerio Fiscal de una manera simplista y desenfocada. No se trata de ninguna información previamente obtenida por las autoridades norteamericanas competentes de acuerdo con su derecho interno incorporadas o directamente incorporables a un proceso penal o investigación judicializada que se siga en dicho país. Lo que se les está pidiendo a través de la Comisión Rogatoria, como instrumento jurídico de cooperación judicial internacional, es precisamente que obtengan dicha información por cuenta del Juez español y para su utilización tanto en la investigación como en el proceso penal como medio de prueba. La única información que constaba en aquel momento como disponible (f.1001) era la que tenían los servicios de inteligencia o policiales norteamericanos, de acuerdo con sus potestades extraordinarias de investigación, en labores, no de investigación judicial, sino de preservación de la seguridad nacional, sujeta además a un régimen de estricta confidencialidad, por lo que nunca podría ser directamente utilizable como prueba en un proceso penal en español, ni probablemente norteamericano.

Este tema nos adentra directamente en el análisis de la segunda de las referidas fuentes de obtención de información sobre cuentas de correo. Estimamos, que también en este caso debe regir el principio de jurisdiccionalidad de las observaciones, ya que nuestra CE tampoco establece ninguna excepción a este respecto. El hecho de que, dada la globalización de las comunicaciones, haga posible

técnicamente que la observación de éstas pueda ser llevada a cabo en cualquier otro país no deroga el régimen general a que han de ajustarse éstas para su validez constitucional en España, sin que por ello consideremos sea factible sustituir el control jurisdiccional del juez español sobre una medida que afecta a ciudadanos bajo su jurisdicción, por su ejercicio por otro juez extranjero, de acuerdo con su derecho, que en todo caso, debe estimarse, podrá actuar, a lo sumo, complementariamente con el español.

Esta situación es, si cabe, más clara en relación con observaciones puramente policiales o realizadas por los servicios de inteligencia sin ninguna clase de control judicial, tal como es el sistema imperante en los EEUU para la investigación sobre terrorismo internacional, a los fines de preservación de la seguridad nacional y los intereses del Estado, después de las modificaciones legislativas introducidas en el año 2001 por la llamada "*Usa Patriot Act*", especialmente bajo las potestades que confiere al "*Federal Bureau of Investigation*" (FBI), el 18 U.S.C. & 2709, de librar *National Security letters* ("NSLs"), únicamente certificando que la información solicitada de la Cía. proveedora de Internet (ISP) o Cía. telefónica es relevante para una investigación autorizada para proteger contra terrorismo internacional o actividades de inteligencia clandestinas.

En línea con lo que se viene diciendo, estimamos que solo puede caber la utilización de esta información en las investigaciones después de obtener la correspondiente autorización judicial, ya que de otra manera, simplemente acudiendo a la mera desubicación internacional de la observación, se estaría burlando el régimen de garantías establecidas en el art. 18.3 de la CE. La inobservancia de esta prevención hace también nula la obtención de informaciones de cuentas de correo a través de servicios policiales o de información

extranjeros, en cuanto que tampoco ha sido objeto de autorización ni supervisión judicial expresa ni ninguna otra forma de judicialización.

c) Al margen de lo hasta aquí analizado, relativo a la ausencia del cumplimiento de requisitos básicos imprescindibles en la adopción y control de las medidas restrictivas de derechos fundamentales por parte del Juzgado Instructor y de la obtención de la información por parte de la Policía, lo que provoca una nulidad radical e insubsanable de cuando menos la información obtenida y de aquella otra que se encuentre en una conexión de antijuricidad, también se plantean defectos insubsanables en cuanto a la incorporación del resultado de la Comisión rogatoria al procedimiento, lo que implica que, aunque hubiera sido válida dicha observación, tampoco hubiera podido surtir el efecto probatorio pretendido.

Como ya se ha puesto de manifiesto, la información aportada por *Microsoft Corporation* en cumplimiento del mandamiento del Tribunal norteamericano librado en auxilio de lo solicitado por el juzgado español está contenida en CD-Rom que obra materialmente a folio 10.754, copia de otro anterior que no consta unido a la causa, y del que se hizo cargo un agente policial (PCPn 89.145) en cumplimiento de la orden del juzgado instructor (Providencia del Juzgado de 06.03.2006 a f. 9153) para que se llevara a cabo un informe técnico del contenido de dicho soporte informático, al ser su contenido inaccesible por encontrarse en un lenguaje informático ilegible sin previa conversión a los lenguajes de uso ordinario. Así lo ha podido comprobar el Tribunal, que únicamente ha podido acceder a ver el contenido general del CD-Rom, verificando que las capetas que presumiblemente contienen los archivos están fechadas con anterioridad al 18.08.2005, fecha en la que consta, en el único de los archivos que ha resultado legible sin utilizar procedimientos técnicos especializados de conversión de archivos, se llevó a cabo el

cumplimiento, por parte de *Microsoft Corporation* de EEUU, del requerimiento judicial de información.

El informe policial sobre el contenido del CD-Rom consta en la causa a folios 12.622 a 12.731, bajo el título "INFORME SOBRE LAS CUENTAS DE CORREO ELECTRÓNICO INVESTIGADAS EN LA OPERACIÓN TIGRIS". Aparece fechado el 18.01.2008 (más de 22 meses después de la orden del Juzgado), firmado por el inspector con carnet profesional 82.663, que fue a quien expresamente se lo encargó efectuar el Instructor general de las diligencias (según declaración de este testigo PCPn 18428 en el acto de la vista). En el mismo se hace referencia a que fue necesario llevar a cabo un procedimiento técnico especializado de conversión a lenguaje legible para llevar a cabo el volcado del contenido del CD-ROM.

De la simple lectura de dicho informe se aprecia que no contiene un volcado o transcripción literal en formato legible de la información contenida en el soporte informático, sino información elaborada a partir de su contenido, consistente, según parece, en la transcripción traducida al español del texto de los mensajes asociados a unas determinadas cuentas de correo. Consta, por tanto, en todos los casos únicamente un texto en español, es decir sin que aparezca el texto original de los mensajes (por el Instructor y el Secretario de manifestó que algunos mensajes estaban originariamente escritos no solo en lengua árabe sino que también en grafía árabe y otros en lengua árabe pero en grafía latina), sin indicación tampoco del idioma original en el que fueron escritos, ni en muchos casos, tampoco, ni siquiera su fecha y hora. En el informe no se hace constar como se llevó a cabo la traducción ni si se contienen la totalidad de los mensajes ni otros pormenores relativos a su elaboración. Este informe aparece simplemente unido a las actuaciones, pero no ha sido objeto de ratificación judicial expresa. Su autor no ha sido citado a juicio, ni

por tanto ha comparecido al acto de la vista, ni como testigo ni como perito.

El Ministerio Fiscal se ha limitado simplemente a señalar en la prueba documental propuesta en su escrito de calificación los números de los folios en los que aparece el informe. Sin embargo, en la documental que expresamente designó en el acto de la vista no hizo mención expresa del contenido de este informe siquiera para introducir en el trámite de la prueba documental el contenido de los correos, ya que solicitó la lectura, no del texto contenido en este informe, sino del que indirectamente consta en el informe policial emitido por el Secretario de la diligencias, que recoge parece ser que el contenido de éste. El Ministerio Fiscal dejó, eso sí, expresamente al margen de la lectura todos aquellos que constaban en su escrito de acusación, pero de los que parece que cobró absoluta certeza que habían sido obtenidos al margen de cualquier control judicial, incluida la Comisión Rogatoria.

Todo lo anterior tiene, a juicio de la Sala consecuencias jurídicas importantes, no solo en el plano formal de las garantías por falta de contradicción y de adecuada introducción al procedimiento del contenido material de una Comisión Rogatoria, sino también y, especialmente, por falta de fiabilidad en cuanto a su auténtico contenido, por imposibilidad, por lo que se verá después, de llevar a cabo un mínimo control y contradicción efectiva. Las defensas realizaron preguntas sobre la exhaustividad de los correos, sobre el idioma y procedimiento seguido en el interrogatorio del Instructor y del Secretario de las diligencias, pero éstos refirieron sus respuestas a las observaciones de correos llevadas a cabo durante la investigación, pero no sobre el "INFORME SOBRE LAS CUENTAS DE CORREO ELECTRÓNICO INVESTIGADAS EN LA OPERACIÓN TIGRIS", que como indicó el Instructor de las diligencias había sido realizado por el

funcionario 82663, al que expresamente encomendó llevara a cabo el informe.

Resulta claro que le corresponde a la acusación la adecuada introducción al procedimiento del material probatorio del que intente valerse y que, entre sus facultades, está la de elegir el medio concreto de introducción que más le convenga. Sin embargo, no todos los medios son igualmente válidos ni surten siempre los efectos buscados. Refiriéndose al contenido de una Comisión Rogatoria al que se le quiere dar valor probatorio, debe constar claramente a la Sala cual es su auténtico contenido y si, como es el caso, éste no es directamente accesible por encontrarse impreso en un soporte informático en un lenguaje que no permite su lectura directa por los medios habituales, debe articularse una forma de introducción al procedimiento que ya no sólo garantice suficientemente el derecho de defensa, contradicción efectiva e igualdad de armas de las partes, sino una posibilidad de acceso y lectura fiable al Tribunal, de tal manera que pueda llevar a cabo las verificaciones y comprobaciones que estime oportunas para formar su convicción, dentro del ámbito de lo previsto y permitido en el artículo 726 de la LECrim., lo que, en principio, podría haber sido a través del informe policial emitido si éste hubiera sido de alguna manera introducido válidamente en el procediendo, sometido, al menos, a ratificación judicial, a algún grado de contradicción y posibilidad de respuesta a las dudas que le pudieran surgir al Tribunal y a las partes. Hemos de decir, que definitivamente no cumple dichos mínimos requerimientos la vía indirecta de introducción elegida por el Ministerio Fiscal, a través del testimonio de alguien que no ha realizado el informe.

Reiteramos que la Sala no hace este planteamiento desde una posición puramente formalista. Al respecto resulta útil dejar constancia de ciertas importantes dudas que le han surgido en las

mínimas comprobaciones que ha tenido ocasión de efectuar sobre el contenido del CD-Rom. Así, ha encontrado, hasta donde le ha sido posible llegar dadas las limitaciones que se han referido con anterioridad, que existiría una aparente falta de correspondencia entre lo por ella misma observado sobre el contenido del CD-Rom, con el contenido que se afirma tiene y aparece impreso a folio 12.624 de las actuaciones, en el "INFORME SOBRE LAS CUENTAS DE CORREO ELECTRÓNICO INVESTIGADAS EN LA OPERACIÓN TIGRIS", ya que todas las carpetas conteniendo los archivos están fechadas 22/05/2006, es decir con fecha muy posterior a la cumplimentación de la Comisión rogatoria por parte de las autoridades competentes norteamericanas (21.10.2005) y de la que indican los propios responsables de *Microsoft Corporation* como fecha de cumplimiento del requerimiento judicial (18.08.2005). Incluso se hace constar en el Informe el texto de al menos un mensaje de data posterior a esa fecha (f. 12.731). La Sala no ha tenido oportunidad alguna de despejar estas dudas, como tampoco las que plantearon las partes durante el interrogatorio de testigos, referidas al idioma original de los mensajes, como se había llevado a cabo y por quien la traducción de textos, la discrepancia evidenciada en cuanto a sus textos copiados en distintos informes de la actuaciones, etc.. Por lo dicho, cabe incluso razonablemente desconfiar sobre si el volcado que consta en el informe policial de referencia se corresponde verdaderamente con el CD-Rom recibido por el Juzgado directamente de la autoridades de EEUU en contestación a la CR y que le fue entregado a la Policía para su análisis, o sí, dado que, como ha quedado abundante constancia, existieron varias vías paralelas de recepción de la información, se refiere a otro distinto sobre el que no ha existido ninguna constancia judicial.

En relación con lo que se acaba de indicar, confusión de distintas vías, oficiales y extraoficiales, distintas traducciones, etc...,

entendemos resulta sumamente ilustrativo lo que ocurre con el mensaje que el Ministerio Fiscal atribuye a Khaled Abidi, que copia literalmente a pie de la pagina 8 de su escrito de calificación, enviado, según parece, desde la cuenta de correo rook100064@hotmail.com, a la cuenta de correo oziima@hotmail.com, cuya utilización asigna a Abd Al Hay Al Asas, que fue remitido, según se dice, exactamente a las 21:03 del día 3 de abril de 2004, y que por ello califica de enorme interés, ya que una hora después se inmolaban los siete suicidas autores materiales de los atentados a los trenes en el piso de la calle Martín Gaité nº 40, 1º, 1, de Leganés, y cuyo texto aparece copiado: *"Hola, saludos. ¿Cómo estás hermano? ¿Estás bien tu y la familia? Que Dios os ayude y nos ayude a la bondad y a la obediencia. Siento lo mismo que tu, pero en esta vida hay que ser paciente y cauto. Quiero que sepas que el comercio que estamos tratando en estos momentos es un comercio único. Creo, o mejor dicho, estoy seguro, de que poca gente entra en este tipo de comercio por las dificultades que conlleva, los beneficios tardíos y los múltiples problemas, llenos de peligro y miedo. Ahora todos vemos que el camino de la victoria está muy lejano y algunos desesperados lo ven totalmente cerrado. Pero te anuncio y te felicito amigo mío y estoy convencido que la victoria está muy cerca, ya que hay buenos indicios y veo aparecer escrito en el sendero las palabras: iEspera una hora, espera una hora, espera una hora! Así, que debemos tener paciencia, sabiendo con seguridad que tenemos la ganancia eterna e indestructible. Todos los comercios del mundo entero y sus ganancias se destruirán. Debemos estar orgullosos con la cabeza alta en el momento en que el resto del mundo haya sido humillado. Sólo unos pocos pueden decir que han saboreado el orgullo. Este es un tiempo difícil, así que intenta ver todas las causas y luego apóyate en Dios. La siento porque he hablado demasiado, pero lo he dicho por la rabia que tengo. Vuelvo a decirte que tengas paciencia. Espero que Dios nos vea a todos los*

hermanos en el paraíso. Te pido perdón por hablar más de la cuenta, ya que no siempre hablo así. Saludos. Tu hermano Abbas.

Sin embargo, este texto difiere ya en algunos puntos, tanto de la versión que del mismo mensaje transcribe el mismo Ministerio Fiscal en el folio 67-68 del anexo de su escrito de calificación provisional, que se corresponde con el que se contiene a los folios 12853 y ss. del informe policial del Secretario de las actuaciones (esta es la versión cuya lectura fue pedida en juicio por el Ministerio Fiscal), como en aspectos muy esenciales, que se refieren tanto al texto del mensaje como a la hora a la que aparece enviado en su transcripción en el "INFORME SOBRE LAS CUENTAS DE CORREO ELECTRÓNICO INVESTIGADAS EN LA OPERACIÓN TIGRIS", elaborado por el Inspector con nº profesional 82.663. En este caso a folio 12628 y ss, la traducción de este mismo mensaje, cuyo texto original debió ser el árabe, aparece transcrito: *MSGI081015297.62; fechado el 03.04.2004 a las 11:01 AM.; Remitente: rook100064@hotmail.com (samer samer); Destinatario: aziime@hotmail.com; Asunto;; Contenido: Que la paz este contigo hermano. ¿Qué tal estás tú y tu familia? Que Dios te ayude a ti y a nosotros también. Ahora siento lo que sentías tú, pero hermano en esta vida hay que aguantar y debes saber que el negocio en el cual estamos metidos es un negocio que poca gente se atreve a llevar por sus dificultades, por sus pocas ganancias y las dificultades y el as lejos y los pesimistas ven este camino (destino-meta) inalcanzable. Pero yo amigo te doy la enhorabuena de que la victoria está muy cerca porque lo veo escrito en y la siento dentro de mi "Aguantar". Así que debemos aguantar sabiendo que esto nos dará un gran beneficio (Ganancia) eterno que nunca perecerá. Los negocios de todo este mundo fracasarán por eso te pido que estemos orgullosos porque estamos en un tiempo (Época) que nadie puede ir con la cabeza alta porque son tiempos de deshonra y que nadie puede decir: Estamos orgullosos y levantar la*

cabeza demostrar las injusticias. ¿No sabes que el sabor de la dignidad solo lo sienten unos pocos?

Estos momentos son difíciles, tienes que ser objetivo y siempre confiar el Todo Poderoso. Creo que estas palabras no debí decírtelas, así que me retracto y te digo: hay que aguantar, hermano Espero y pido al Todo Poderoso que nos reunamos en el Paraíso con nuestros hermanos. Perdona si me he pasado un poco contigo. Que Dios te proteja. Tu hermano ABBAS.”

De la mera comparación de ambos textos es fácil apreciar diferencias sustanciales en aspectos muy significativos del mismo, junto con también de su hora de emisión, haciendo perder todo o una gran parte de su sentido a la deducción sobre su importancia que hace el Ministerio Fiscal, sin que tampoco haya sido suficientemente ilustrada la Sala las razones a las que podrían deberse estas diferencias entre el texto de los mensajes, como debe interpretarlas de cara a la valoración del conjunto de ellas, en su caso, cuál de ellas es la versión que se debe tener por la válida, el procedimiento seguido en cada caso, rigor empleado en las traducciones, etc.. Todo ello, hubiera permitido al Tribunal, llegado el caso de tener que hacerlo, afinar mucho más en el análisis valorativo sobre la fiabilidad de las transcripciones.

Esta descrita no es la única discrepancia evidenciada en relación con el texto de los mensajes. Sobre otras fueron preguntados reiteradamente por las defensas letradas, tanto el Instructor como el Secretario de las actuaciones, sin que de sus respuestas resultara nada concluyente respecto del verdadero contenido del texto original del mensaje.

En definitiva, debe concluirse que, con los elementos con lo que ha contado la Sala y, sobre todo, dada la defectuosa manera como se

ha introducido el contenido de la Comisión Rogatoria en el procedimiento, al margen de su invalidez inicial, debe concluirse que no consta en la causa, de ninguna manera suficientemente rigurosa ni fiable, su contenido. Este juicio valorativo negativo sobre la fiabilidad no solo ha de referirse a aquellos mensajes de los que existen varios textos visiblemente contradictorios y que han sido fácilmente detectados, sino que estima la Sala afecta a todo el contenido de la Comisión Rogatoria.

d) En último lugar, ya en el plano de la valoración probatoria, se ha de dejar constancia de las dificultades de atribución de los textos de los mensajes de correo electrónico. En algunos casos, algunos de los acusados han reconocido usar o tener acceso a determinadas cuentas de correo, pero éstas no aparecen bajo su titularidad. Por el contrario existe constancia de que son cuentas utilizables y utilizadas de hecho de forma común por varias personas, que comparten entre ellos sus claves de acceso y que frecuentemente las usan como "buzón" para dejar "colgados" mensajes para ser leídos por otros integrantes de la misma comunidad de usuarios, sin que exista ningún elemento, al contrario de lo que ocurre con la voz o la escritura, que permitan determinar con un grado de fiabilidad aceptable su proveniencia. El análisis de la genuinidad deberá hacerse por otras vías, muchas veces vinculado con el contenido, por el propio texto del mensaje u otros elementos tales como las direcciones IP, desde las que se envía o recibe el mensaje, con las limitaciones que este último procedimiento implica dado el carácter normalmente dinámico de las direcciones IP y que es relativamente fácil el procedimiento de desubicar al usuario final a través de IPs interpuestas. Todo ello, a juicio de la Sala añade un plus de dificultad y falta de fiabilidad probatoria a la observación de las cuentas de correo electrónico, aunque si se les pueda reconocer un gran valor desde el punto de vista de la investigación policial o de inteligencia.

B) DURACION EXCESIVA DEL SECRETO DE LAS ACTUACIONES Y REALIZACIÓN DE LA PRÁCTICA TOTALIDAD DE LAS ACTUACIONES JUDICIALES BAJO ESTA SITUACION, SIN POSIBILIDAD DE EJERCICIO EFECTIVO DEL DERECHO DE DEFENSA.

La defensa letrada de Yagoub Guemereg, Ridouane El Ourma, Saiz El Mazmouzi y Driss Belhadj manifestó su queja por el amplísimo lapso de tiempo casi tres años por el que se extendió el secreto de las actuaciones, dando lugar a que prácticamente toda la investigación se realizara en esta situación, sin permitir de facto un ejercicio efectivo del derecho de defensa, al no haber podido participar en las actuaciones procesales más relevantes.

La Sala, al respecto, solo puede indicar que resulta objetivamente cierto que el secreto de las actuaciones se ha extendido por un tiempo muy difícil de justificar incluso apelando a la realidad de la complejidad de las actuaciones. Así, aparte del tiempo de investigación previo a la práctica de las detenciones, el secreto de las actuaciones se decretó formalmente por Auto de fecha 11.05.2004, prorrogándose sucesivamente, y siendo finalmente levantado por Auto de 18.05. 2007, dos días después de la incoación del procedimiento sumario y pocas fechas antes de dictarse el Auto de procesamiento el día 07. 06.2007 (folios del 11560 a 11579).

Sin embargo, de la simple de la constatación de esta circunstancia no pueden inmediatamente derivarse consecuencias jurídicas, si no es que queda suficientemente acreditada situaciones específicas de indefensión material que, además, de darse, requerirán, no una valoración global, sino concreta de la situación y su incidencia en el caso. Por ello, la Sala, al margen de recoger la

queja desde el punto de vista de dejar constancia de lo escasamente modélica de la instrucción desde el punto de vista de su duración y específicamente del mantenimiento del secreto de las actuaciones durante ese tiempo, no puede ni debe otorgarle otras mayores consecuencias jurídicas.

C) PRUEBAS PROPUESTAS POR EL MINISTERIO FISCAL FUERA DE PLAZO. La defensas letradas al inicio del acto de la vista y en otros momentos de la misma manifestaron su oposición expresa a la admisión de nueva prueba presentada por parte del Ministerio Fiscal fuera de plazo y manifestaron su queja por aquellas que fueron admitidas por la Sala, fundando su oposición y queja, además de, en razones formales, también en otras de fondo, derivadas de su derecho de defensa y también por la desigualdad de armas, que estimaban suponía, ante la presentación sorpresiva de documentos obrantes en otras actuaciones, algunas de ellas secretas, a las que no habían tenido acceso previo y, sin embargo, sí el Ministerio Fiscal presente en todas ellas.

Por su parte, el Ministerio Fiscal manifestó en el curso de la vista, tanto en el momento de su proposición de prueba fuera del plazo ordinario, como al inicio de su informe final, su queja por no admisión por parte de la Sala de ciertas pruebas, en relación con las que las defensas habían manifestado su oposición expresa a su admisión.

A este respecto, es decir el de la admisión de prueba fuera del plazo ordinario de proposición, la Sala ha tratado de tener en cuenta los criterios establecidos, tanto en la doctrina reciente del Tribunal Supremo, como del Tribunal Constitucional, relativas a la presentación y admisión de pruebas fuera de plazo, tratando de asimilar y compaginar los preceptos al respecto contenidos en la regulación del

procedimiento ordinario, singularmente el art. 728 de la LECrim con los del procedimiento abreviado, singularmente el artículo 786.2 de la LECrim., y en todo caso compatibilizándolo a través del art 729 de la LECrim., utilizando para ello los criterios más amplios posibles de cara a beneficiar la "calidad" probatoria del proceso, pero en todo caso con el límite de la no causación de indefensión a las otras partes, llevando a cabo la correspondiente ponderación al efecto.

Al respecto, la Sala consideró pertinente tener un criterio amplio, no restrictivo, en relación con la prueba propuesta por el Ministerio Fiscal al que, no obstante haberle denegado por ser procesalmente extemporáneo la acumulación de las Diligencias Previas 309/2005 del JCI nº 6 a este procedimiento, lo que fue pedido en trámite de calificación provisional, se le estimó la petición de unión a las actuaciones de los casi 5000 folios de los testimonios recibidos de dichas Diligencias Previas, recibéndose parte de dichos testimonios en los días inmediatamente anteriores al acto del juicio. También le fue admitida nueva prueba testifical (9 nuevos testigos) y pericial (5 nuevos informes periciales), propuesta días antes del inicio de las sesiones del juicio, como también ciertos testimonios relativos a declaraciones previas y documentos anexos a la declaración de un testigo, presentados al inicio de las sesiones del juicio.

Este criterio muy amplio tenido por el Tribunal en relación con la admisión de pruebas propuestas con anterioridad a las sesiones del juicio, lógicamente ha tenido que ser atemperado una vez iniciadas éstas, en evitación de posibles flagrantes indefensiones y, en consecuencia, admitir las pruebas propuestas que se ajustaran a las distintas situaciones previstas en el artículo 729 de la LECrim., pero siempre tratando de evitar que ello pudiera ser causante de la pérdida de su imparcialidad tanto objetiva como subjetiva, empañando la limpieza del procedimiento, reduciendo, por tanto, estas posibilidad a

la absolutamente imprescindible, y tratando de ajustar las situaciones al marco de las decisiones previamente adoptadas y sobre las que las partes no habían planteado objeción.

Las defensas letradas también han tenido idénticas opciones, aunque hayan hecho escaso uso de las posibilidades concedidas por la Sala.

No estima, por tanto, la Sala atendibles ninguna de las quejas ni las efectuadas por la acusación, en relación con las que en algún caso volveremos más pormenorizadamente después, como por las defensas de los acusados. Es al Tribunal al que compete mantener el justo equilibrio y administrar las situaciones de la forma más ecuánime posible, de tal manera que se compagine de la mejor manera posible el derecho a la prueba, el derecho de defensa y de igualdad de armas en el proceso. El Tribunal puede entender el descontento y la falta de conformidad de las partes ante resoluciones que se le presentan como desfavorables para sus intereses, pero ello no implica, y así estima que ha ocurrido en el presente caso, la existencia de razones de fondo que justifiquen las quejas provenientes, tanto de la acusación como de las defensas.

C) QUEJAS PLANTEDAS POR EL MINISTERIO FISCAL EN EL CURSO DE LA VISTA ORAL.

-NO ADMISIÓN DE TESTIFICAL DE AGENTE DE POLICÍA PROPUESTA AL AMPARO DEL ARTÍCULO 729 DE LA LECRIM. En su informe oral el Ministerio Fiscal manifestó su queja por la no admisión del testigo Policía CPN nº 24491, que propuso al amparo del artículo 729 de la LECrim., tras la declaración del procesado Yagoub Guemereg, que era el policía que según parece tomó declaración a este acusado, y ello en relación con las declaraciones de malos tratos

recibidos, afirmando que era esa circunstancia novedosa, puesta de manifiesto en la declaración del acusado, la que justificaba la presencia del testigo.

La Sala consideró no procedente la declaración de dicho testigo a la que se opusieron el resto de las partes. Aparte de no tener clara cabida dicho testimonio en el ámbito del precepto invocado, sino a través de una interpretación extensiva del mismo, posible, pero no siempre jurídicamente conveniente, lo cierto es que la circunstancia de las lesiones sufridas por el acusado no eran para nada novedosas en el procedimiento, ni para el Ministerio Fiscal ni para el resto de las partes. Constan abundantes referencias a ellas en las actuaciones (a folio 2771 consta informe médico forense emitido el 18.06.2005, durante su detención, en el que se deja constancia de que YAGOUB GUEMEREG refiere que le han pegado en el costado, en genitales y en la cabeza; a folio 5310 consta otro informe médico forense emitido al día siguiente en el que igualmente se deja constancia de que el acusado en este caso refiere dolorimiento en la región costal derecha, que dice que por golpe; en folio 7130 y ss. aparece oficio de la Subdirección Medica del Centro Penitenciario Madrid-2, fechado 04.08.2005 que remite la historia clínica de YAGOUB GUEMEREG, en la que (folio 7134) se objetiva dolor costal en la exploración al ingreso, con juicio diagnóstico de posible fractura costal, que es descartado tras su traslado a centro de urgencias hospitalaria (Hospital Universitario Príncipe Asturias) de Alcalá de Henares, pero objetivándose traumatismo costal derecho y engrosamiento pleural apical). Además, fue aportada abundante documental por la defensa letrada del acusado, como documental adjunta a su escrito de calificación provisional, lo que claramente deja fuera de juego el argumento dado por el Ministerio Fiscal para tratar de justificar la extemporaneidad de su propuesta.

Por otra parte, el acusado no refirió que fuera maltratado por quien le tomo declaración y la Sala tampoco consideró necesario mayores aclaraciones, visto el tenor de la propia declaración, y que la situación denunciada se encuentra además en proceso de investigación judicial en otro juzgado.

-NO ADMISIÓN DE NUEVA DOCUMENTAL REITERATIVA DE OTRA EXISTE EN LA CAUSA. El Ministerio Fiscal, también en el mismo trámite de informe, manifestó su queja por la no admisión por parte de la Sala de nuevo documento presentado en trámite de prueba documental procedente de la Embajada de EEUU en Madrid relativo a la forma en cómo se había practicado la Comisión Rogatoria en EEUU, y que la Sala entendió reiterativo, ya que su contenido coincidía en esencia con otros documentos obrantes en la causa a folios 8979-8980, 9149-9140, 9151-9152 en español (cuando se recibe comunicación procedente de la Oficina de Asuntos Internacionales, División Penal, del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, en la da contestación a la Comisión rogatoria). La Sala hizo en su acuerdo mención al primero de los indicados folios - 8979-, que no debió ser bien anotado por el Ministerio Fiscal, ya que de otra manera no se entiende ni justifica la reiteración y el comentario que en su informe dedicó a la decisión de la Sala.

-NO COMPARECENCIA DEL TESTIGO PROPUESTO FARID CHEBIRA Y COMISION ROGATORIA ENVIADA A LA REPUBLICA DEMOCRATICA Y POPULAR DE ARGELIA PARA SU TRASLADO.

En relación con la testifical del testigo Farid Chebira propuesta por el Ministerio Fiscal se produjo un incidente procesal que puede resumirse de la siguiente manera:

Una vez dada cuenta en el acto de la vista del resultado negativo de la Comisión Rogatoria a Argelia remitida de oficio por la Sala para la citación de dicho testigo o en su defecto su testimonio por videoconferencia, dado el poco tiempo con el que se había tramitado dicha Comisión Rogatoria, el Ministerio Fiscal pidió la aplicación lo establecido en el artº 719 L.E.Crim., por entender se debía dar a la situación la misma solución prevista legalmente en relación con aquellos testigos que tienen imposibilidad de comparecer o existía una circunstancia que impidiera su comparecencia en el juicio oral. Complementariamente, y dado que ya existía una declaración de Chebira Farid tomada en Comisión Rogatoria anterior sin presencia de las partes, solicitaba ampliación de la actual para que el testigo respondiera a la sola pregunta de si se ratifica en las declaraciones que tenía prestadas, con posibilidad de acompañar a la CR las preguntas o pliego de repreguntas que las defensas quisieran efectuar, sugiriendo que esta ampliación se podría realizar vía correo electrónico o vía fax, tal como ya se había realizado en otros supuestos de narcotráfico y en relación con testigos que se encontraban en otros países, en concreto, por esta misma Sala, con Alemania. La Sala desestimó esta petición, sobre la base de que el instrumento jurídico de cooperación bilateral en materia judicial entre España y la República Democrática y Popular de Argelia (firmado en Madrid el 07.11.2002), es muy formalista, y en él las comunicaciones necesariamente han de ser entre autoridades centrales sin que se prevean en el mismo mecanismos como el interesado por el Ministerio Fiscal, mucho más propio del ámbito de cooperación judicial europeo. No obstante la rotundidad del acuerdo, en momento ulterior de las sesiones del juicio oral, el mismo Ministerio Fiscal volvió a reiterar el tema, esgrimiendo que no tenía muy claro si la prueba solicitada de ampliación de la Comisión Rogatoria de Argelia respecto de Chebira Farid había sido o no aceptada por la Sala y deduciendo que no lo había sido, consignaba entonces su protesta a efectos, en su caso, de

recurso de casación, por considerar que por el principio de reciprocidad se podría haber intentado realizar la ampliación de Comisión Rogatoria o, al menos, haber preguntado a las autoridades argelinas al respecto. Ante esta reiteración, la Sala ofreció al Ministerio Público la posibilidad de solicitar la suspensión del juicio y pedir que se cursara una Comisión Rogatoria o la adición a la anterior en la vía ordinaria prevista en el Convenio, respondiéndose por Ministerio Fiscal que no iba a interesar la suspensión del juicio y que intentaría hacer por su parte las gestiones oportunas para ver la disposición de las autoridades argelinas para dar curso a la cooperación internacional que había solicitado en su escrito de Conclusiones provisionales y había sido admitido por la Sala en el Auto de admisión de prueba. El Ministerio Fiscal no dio cuenta a la Sala en el resto de las sesiones del juicio del resultado de sus gestiones y solicitó en trámite de prueba documental la lectura de la Comisión Rogatoria anterior referida a Farid Chebira (testimonio remitido por el JCI nº 6 de la DP 309/05 a petición del Ministerio Público, días antes de la vista, y que no obstante su unión a los autos por la razones indicadas fue acordado por la Sala).

La Sala estima que el relatado incidente no merece mayores comentarios y únicamente como elementos adicionales para su adecuada comprensión merece dejar constancia de determinados hitos procesales que ponen de manifiesto la desigual actuación en términos de diligencia de la Sala y del Ministerio Fiscal, de cara a la efectividad de la testifical propuesta.

Así, por el Ministerio Fiscal con fecha 30.12.2008 se presentó escrito de conclusiones provisionales solicitándose como prueba, entre otras, la testifical del testigo Farid Chebira, sin designación de domicilio ni otras circunstancias personales, siéndole, no obstante, admitida dicha prueba por la Sala por Auto de fecha 28.01.2009,

habiéndole requerido con anterioridad en fecha 23.01.2009 para que designara el domicilio de los testigos propuestos. Con fecha 6.2.2009, por el Ministerio Fiscal se presenta escrito a través del que da cumplimiento al requerimiento del Tribunal, indicando en relación con el testigo Farid Chebira únicamente la mención: "Prisión en Argelia". No obstante, por la Sala se dictó providencia de 12. 02. 2009 (folio 1399 del Rollo de Sala) por la que se acuerda librar de oficio Comisión Rogatoria a Argelia para traslado a España del testigo preso o en caso contrario, si fuera posible, su audición por videoconferencia, si bien en la misma resolución se hacía advertencia expresa al Ministerio Fiscal de que, si bien el Tribunal acordaba la citación del indicado testigo, también dejaba constancia de la existencia de grandes dificultades técnicas y de tiempo para el éxito de dicha convocatoria, habida cuenta el tiempo, escasos días antes del juicio, en que el Ministerio Público había comunicado a la Sala las circunstancias concurrentes en el testigo. En la misma fecha el Tribunal libra materialmente la Comisión rogatoria dirigida a las autoridades de Argelia.

-INTERRUPCIÓN DE LA DECLARACIÓN DEL TESTIGO MOHAMED IDRIS HACHIM. Por el Ministerio Fiscal se realizó igualmente comentarios en tono de reproche hacia el Tribunal, en trámite de informe en relación con la interrupción de la prestación del testimonio por parte del testigo propuesto Mohamed Idriss Hachim, ante las quejas planteadas por las defensas de algunos de los acusados, en relación con unos documentos, según se afirmó por éstos novedosos, a través de los que quería el Ministerio Fiscal interrogar al testigo.

La falta de razón del Ministerio Público en su queja es también en este caso patente, y no requiere tampoco de mayores explicaciones.

Permite hacerse una idea de lo acontecido la simple lectura del acta del juicio, que recoge el incidente y las razones dadas por el Tribunal de la tardanza antes de la reanudación del testimonio suspendido, ya que consideró necesario revisar el video de la primera sesión de juicio donde se acordó la admisión de los documentos controvertidos, dado el tenor y cariz del incidente planteado (Video 44-00.00.16).

CUARTO.- VALORACION PROBATORIA.-

I.-ACUSACIÓN MANTENIDA CONTRA TAREK HAMED HAMU, BILAL EL SAITI, MUSTAFA MOHAMED ABDESELAM, Y ABDELMALIK ABDESELAM AMAR.

A) A TAREK HAMED HAMU, por una parte, se le imputa por el Ministerio Fiscal, como usuario de la cuenta de correo electrónico weoweo2@hotmail.com, haber mantenido continuos contactos y facilitar documentos de identidad falsos a Filali Ouali, que éste, por su parte, hacia llegar a otros miembros de la organización. Estos documentos los enviaba a direcciones que le eran indicadas desde la organización (por Ouali Filali concertadamente con Kamal Ahbar), en concreto los envió a la C/ Dalmau nº 6, Ático 2 de Santa Coloma de Gramanet (Barcelona) o a la C/ Victor Balaguer nº 24-26, 4º 1º de Badalona (Barcelona).

En esta actividad, por indicación de Ouali Filali entregó un pasaporte español, de su titularidad, con número P561037, a Mohamed AFALAH, integrante de la célula islamista que cometió los atentados contra los trenes en Madrid el día 11 de marzo de 2004, huido de la Policía, que posteriormente pasó a Irak para continuar realizando acciones terroristas. Este pasaporte, con número P

561037, era el que Mohamed Afalah tenía en su poder cuando fue detenido en el Aeropuerto de Kermal Ataturk de Estambul (Turquía), cuando pretendía cruzar a Siria con destino final a Irak, lo que no consiguió al ser detenido en esa ocasión.

También se le acusa de haber mantenido contactos por correo electrónico con otros integrantes de la red terrorista, especialmente con un tal "Bilal", persona de identidad desconocida, pero usuaria de la cuenta de correo bilot111x@hotmail.com, quien, a su vez, mantenía estrecha vinculación con Mohsin Khaybar en Damasco y también contactos con otros integrantes de la organización terrorista en el Reino Unido, Siria, Turquía, Bélgica y Argelia.

Igualmente, de formar parte, en Ceuta, junto a los acusados BILAL EL SAITI, MOSTAFA MOHAMED ABDESSELAM, ABDELMALIK ABDESSELAM AMAR, de una célula radical jihadista ubicada en dicha ciudad, que se financiaba a través de la delincuencia común, y disponían de capacidad operativa para cometer acciones terroristas, que tenían intención de llevar a cabo en el futuro, para lo que disponían de armas, que eran la que les fueron encontradas en el registro realizado el día 2 de abril de 2005 en el domicilio del nº 220 de la Agrupación Este (Barriada del Príncipe Alfonso) de Ceuta, perteneciente a de Tarek y Bilal El Saiti, donde la Policía halló una pistola de calibre 6,35 con el nº de serie borrado, apta para el disparo, municiones de diferentes calibres y una carpeta con 114 láminas de armamento militar, además de otros objetos y sustancias, entre ellos, un libro en lengua árabe titulado "Provocación, Agitación e inducción a los Infieles de Dios a la Conquista de la Yihad", de contenido radical jihadista y unas fotografías de Tarek ungido con henna en manos y rostro, como ritual de aceptación del martirio (Shahid), para ser redimido de sus culpas anteriores y telegramas remitidos por miembros de la Salafia Jihadia que habrían elaborado

un CD para sus seguidores en el que se incluyen técnicos de fabricación de explosivos; como también la que se encontraron por la Policía el día 17 de julio de 2005 cuando ésta detuvo a MUSTAFA MOHAMED ABDESELAM, AOMAR MOHAMED y ABDELMALIK ABDESELAM AMAR como personas que se ocuparon de esconder las armas que aparecieron en los registros en la Agrupación Este nº 116 y en C/ Arcos Quemados 122 A de Ceuta, consistentes en: una metralleta marca Stein 9 mm largo, una pistola Wolbr 9 mm corto, una pistola detonadora, un revolver calibre 22 con silenciador; 6 cartuchos, 2 pasamontañas. En los registros, además de un zulo y una cantidad de polen de hachis para la venta, también se encontraron dibujos con alusiones a "ser mártires por el camino de Dios", "una bola del mundo con una espada atravesada", teléfonos móviles con la cara de "Osama Ben Laden", "las Torres gemelas ardiendo", etc.

Indica el Fiscal en su escrito que los integrantes de esta célula habían comentado en sus encuentros su disposición a castigar a los no creyentes y a sus colaboradores en cualquier lugar, realizando, si fuera necesario, una "acción de martirio", ya que para conseguir la ansiada tierra del Jihad había que utilizar la violencia. También habían realizado comentarios relativos a la unidad de la Salafiya Jhadia y a Ceuta, además de reunirse para ver videos en los que se explicaban con detalle las técnicas para hacer estallar cinturones de explosivos como los utilizados en los ataques suicidas.

B) En relación con dicha imputación, que se extiende tanto a TAREK HAMED HAMU como a BILAL EL SAITI, MOSTAFA MOHAMED ABDESSELAM, y ABDELMALIK ABDESELAM AMAR (el Ministerio Fiscal retiró la acusación contra AOMAR HAMED en el acto de la vista), la Sala solo ha considerado probados los hechos que se hacen constar en el apartado correspondiente de hechos probados. En concreto, se

ha considerado probado, relacionando la participación de TAREK HAMED HAMU con la figura de OUALI FILALI, persona a la que a largo de todo el procedimiento, incluso ya desde sus inicios, se le imputó por la Policía y por el Juzgado ser el máximo responsable y coordinador de la Red Tigris, con la labor específica de ser el encargado de procurar y suministrar documentos falsificados, que permitiera ocultar personas y hacer factible su paso de un país a otro para los fines asignados a la red terrorista investigada y cuya actividad consistiría en la recluta y apoyo logístico de personas para su paso a Irak como combatientes jihadistas para ponerse al servicio de los grupos terroristas operantes en la insurgencia de aquel país. También desde el primer momento se le identificó como una persona que dio apoyo a una serie de personas conocidamente integrantes del grupo terrorista que llevó a cabo materialmente los atentados de Madrid de 2004.

Según parece, OUALI FILALI, en el curso de su actividad, contactó con TAREK HAMED HAMU, persona que residía en Ceuta, y a la que se relaciona con círculos delincuenciales de dicha ciudad fronteriza, consistiendo su actividad, según se dice, en desde el robo organizado de coches, tráfico de armas, tráfico de drogas, incluso de documentos falsos, aunque por ninguno de dichos hechos se le sigue acusación en este procedimiento, por lo que estas afirmaciones se expresan en esta resolución a los meros efectos de coherencia del relato fáctico. La finalidad era la de que esta persona le procurase, al menos, un pasaporte auténtico español de persona con apellidos de origen magrebí, apto para ser falsificado mediante la mera sustitución de la fotografía, sin que se pueda afirmar que Tarek conociera quien iba a ser el destinatario final de dicho documento, entre otras razones, porque posiblemente en aquel momento ni siquiera estuviera decidido, como tampoco que este documento fuera a ser utilizado en una específica actividad delictiva y menos que ésta tuviera relación

con el terrorismo o fuera para procurar la huida o ayudar a un terrorista.

Ha quedado acreditado igualmente que Tarek, con anterioridad a junio de 2004 cumplió el encargo y a tal fin entregó, o hizo llegar en forma que no ha quedado determinada a Oauli Filali, a cambio de una cantidad de dinero que tampoco ha quedado determinada, un pasaporte que era de su titularidad, con número P561037, del que disponía ya desde tiempo antes, al haber denunciado su desaparición con vistas a obtener una ganancia con su posterior venta, tal como, según parece, es práctica habitual hacer algunos lugares fronterizos, dada la cotización que adquieren dichos soportes documentales como instrumentos idóneos para su falsificación, como medio para el paso ilegal de la frontera e incluso para llevar a cabo actividades de inmigración ilegal.

Persona no determinada, probablemente actuando por cuenta de Ouali Filali cambió la fotografía auténtica de Tarek por la de MOHAMED AFALAH, también en momento indeterminado, pero igualmente con anterioridad a junio de 2004, ya que el referido fue detenido el 14 de junio de 2004 en el aeropuerto Kemal Atartuk de Estambul (Turquía), portando el indicado pasaporte con número P561037, a nombre de Tarek Hamed Hamu, ciudadano español, por el que se hacía pasar. Como extranjero indocumentado MOHAMED AFALAH fue internado en Turquía a partir de la indicada fecha en un centro de detención de extranjeros con vistas a su expulsión, allí permaneció varios meses pendiente de que ésta finalmente se produjera, hasta que, según parece, consiguió huir el 28.03.2005 y pasar entonces a Irak, donde se unió a la insurgencia y allí, parece ser, que habría fallecido posiblemente en mayo de 2005, de forma que no ha quedado bien determinada, pero con suma probabilidad en

el curso de una acción de carácter suicida de la insurgencia iraquí contra objetivo no determinado.

La detención de una persona de identidad desconocida portando un pasaporte español falsificado fue comunicado por las autoridades turcas al Consulado General de España en Estambul, quien, a su vez, en fecha 14.06.2004 informó a la Embajada de España en Ankara. El vicegobernador de Estambul interesaba del Consulado General de España en Estambul un salvoconducto para la expulsión y repatriación a España de la referida persona. La Embajada de España en Ankara solicitó del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación que se confirmara la validez del pasaporte español, informando además que no expediría documentación alguna en favor del interesado en tanto no se conociera su identidad y nacionalidad española. Por parte del Ministerio de Asuntos Exteriores, en fecha 16. 06.2004, se interesó de la Comisaría General de Extranjería y Documentación la verificación del pasaporte a nombre de Tarek Hamed Hamu. Posteriormente con fecha 11. 08. 2004 se remitió a la misma Comisaría General de Extranjería y Documentación huellas dactilares de la persona detenida que habían sido aportadas por la policía turca, a efectos de esclarecer la identidad y nacionalidad de dicha persona. Por posterior oficio de fecha 09. 09. 2004 por el Ministerio de Asuntos Exteriores se reiteró el envío de huellas dactilares de la persona detenida en Turquía a los efectos de su identificación dado que les constaba el pasaporte había sido falsificado. Por la Comisaría General de Extranjería y Documentación se informó en fecha de 22.09.2004 de la falta de coincidencia de las huellas dactilares que les constaba de Tarek Hamed Hamu con las que habían sido remitidas procedentes de la policía turca, informando que no podían determinar la identidad de la persona detenida en Turquía. Con fecha 30. 03.2005, la Embajada de España en Ankara remitió al Ministerio de Asuntos Exteriores el pasaporte incautado por las autoridades turcas, que constaba a

nombre de Tarek Hamed Hamu. Por las autoridades turcas se informó a la Embajada de España en Ankara que la persona que portaba dicho pasaporte falsificado había sido finalmente puesta en libertad.

Es, por proveído fechado 09. 02. 2007 del JCI nº 6 en las Diligencias Previas 309/2005, cuando se acuerda que por la Policía se lleve a cabo la comparación de huellas dactilares correspondientes a la persona detenida en Turquía con las que constaban en los archivos policiales correspondientes a Mohamed Afalah . Con fecha 12.02.2007 se recibe en el Juzgado oficio procedente de la Comisaría General de Información, firmado por el Inspector Jefe de Sección con carnet profesional número 18.428 (Instructor general de las diligencias), en el que se pone de manifiesto que es con fecha 08.02.2007 cuando se ha tenido conocimiento que el 14.06.2004 fue detenido por las autoridades turcas un individuo en posesión de el pasaporte español falsificado titularidad de TAREK HAMED HAMU, y que con esa misma fecha habían sido remitidos dichos documentos para el cotejo de huellas dactilares por parte de la Comisaría General de Policía Científica, recibándose comunicación procedente de dicho organismo policial por el que se comunicaba que el resultado del cotejo había sido positivo, en el sentido de la coincidencia de la reseña decadactilar que constaba en los archivos policiales a nombre de Mohamed Afalah con la suministrada por las autoridades turcas en relación con la persona detenida en dicho país. A dicha comunicación se acompañaba nota interior procedente de la Comisaría General de Policía Científica en la que se hacía indicación de dicha coincidencia de huellas digitales (folio 1808, tomo 3º de las pieza separada 2ª), pero sin que obre en los autos ningún dictamen expreso en el indicado sentido, ni se haya tampoco practicado alguna clase de prueba, pericial o de otro tipo, en el acto de la vista oral con la referida finalidad.

En informe policial fechado 09.10.2006 que fundamenta la propuesta de Comisión Rogatoria a Argelia (folios 1268 y ss del Tomo 3 de la Pieza separada 2ª) y en informe policial fechado 02.01.2007 (folios 1325 y ss del Tomo 3 de la Pieza separada 2ª), firmados ambos por el Policía con carnet profesional número 18.403, se hace constar que el individuo llamado Tarek internado en el centro de detención de Estambul había sido identificado, sin decir el medio, como Mohamed Afalah (f. 1271 y 1330 del Tomo 3 de la Pieza separada 2ª)

Consta un posterior oficio de fecha 27.02.07, procedente de la Comisaría General de Información, firmado por el Inspector Jefe de Sección con carnet profesional número 18.428, en el que se dice que fue a través del escrito procedente de la Brigada de Información de Ceuta, en fecha 07.04.2005, cuando tuvieron conocimiento de la detención de una persona en Turquía en junio de 2004 que portaba el pasaporte español falsificado con número P 561037, de titularidad de TAREK HAMED HAMU. La razón de tener conocimiento de sus hechos fue por la detención con fecha 02.04. 2005, dentro de las investigaciones de la operación Tigris, por ser una persona que falsificaba y conseguía documentos falsos para dicha organización, por lo que se recabaron todos los actos referidos al mismo. Seguidamente, en fecha 09. 05.2005, se solicitó del agregado del Ministerio del Interior en Turquía todos los datos relacionados con la persona detenida en Turquía con el pasaporte a nombre de TAREK HAMED HAMU , incluidas fotografías de dicha persona, huellas, así como copias de la documentación que portaba. De dicha información tenían conocimiento tanto el instructor como secretario de las diligencias (Funcionarios policiales 18.428 y 82. 934) (Tomo 3. Pieza 2 de las diligencias previas 309/04 del JCI número 6, folios 1866-1868). Sin embargo, en el informe general de la Operación Tigris realizado por el Secretario de las diligencias (folio 12.784) se

manifiesta que fue, casualmente, el día 6.09.2005, cuando se tuvo conocimiento de la detención una persona que portaba pasaporte de TAREK HAMED HAMU.

De todo lo anterior, la Sala no puede sino tener por plenamente acreditado, no obstante no haberse practicado en ningún momento ninguna pericial en regla sobre la coincidencia de identidades, que la persona detenida en Turquía en posesión del pasaporte de TAREK HAMED HAMU, con la fotografía cambiada, se trataba sin género de dudas de Mohamed Afalah. La Sala, al respecto, considera suficiente, no obstante lo visiblemente contradictorio de las declaraciones policiales al respecto, en cuanto a fechas y demás, pero no en lo esencial que aquí nos interesa, la identificación realizada por ésta, ya que se puede determinar sin género de dudas, que la Policía tenía pleno conocimiento de esta circunstancia, así lo ha dado por hecho y puesto de manifiesto en muchos momentos el procedimiento, como que era algo evidente de lo que tenía plena constancia, pero sin que se pueda determinarse, por la falta de coincidencia de fechas en sus manifestaciones, desde cuando la policía tuvo dicha certeza, lo que a efectos del análisis probatorio que venimos efectuando es, cuando menos sorprendente, pero, como decimos, a efectos probatorios irrelevante.

C) i. TAREK HAMED HAMU fue detenido por la Policía el día 02. 04. 2005, en la casa sita en el número 220 de la Agrupación Este (Barriada del Príncipe Alfonso) de Ceuta, donde se encontraba pernoctando en compañía del acusado BILAL EL SAITI. En el registro policial practicado se encontraron, efectivamente, los objetos que señala el Ministerio Público (una pistola detonadora modificada para poder disparar cartuchos armados con balas, etc..).

En relación con MUSTAFA MOHAMED ABDESELAM, AOMAR MOHAMED Y ABDELMALIK ABDESELAM AMAR, están acusados de esconder las armas que aparecieron en los registros en la Agrupación Este nº 116 y en C/ Arcos Quemados 122 A de Ceuta, consistentes en: una metralleta marca Stein 9 mm largo, una pistola Wolbr 9 mm corto, una pistola detonadora, un revolver calibre 22 con silenciador; 6 cartuchos, 2 pasamontañas y resto de objetos señalados por el Ministerio Fiscal.

La Sala, tras el correspondiente análisis probatorio de la prueba válidamente practicada, considera que no se puede dar por probado ni que TAREK HAMED HAMU perteneciera a la organización terrorista liderada por Ouali FILALI, ni que formara junto con BILAL SAITI, MUSTAFA MOHAMED ABDESELAM, y ABDELMALIK ABDESELAM AMAR ninguna organización terrorista radicada en Ceuta.

En relación con la prueba válidamente practicada, que es la que ha de ser objeto del análisis probatorio que permita llegar a las correspondientes conclusiones probatorias, la Sala se ve obligada, con carácter previo, a poner de manifiesto el conjunto de muy graves disfunciones procesales producidas en el procedimiento que, casualmente, confluyen en la persona de TAREK HAMED HAMU, en mucho mayor medida que en relación con el resto de los acusados.

C)i.i. En primer lugar, deben destacarse las circunstancias de la falta de presencia en el procedimiento de Oulai FILALI, figura a la que en la investigación policial y judicial se otorgó desde el primer momento un papel trascendental en la Red Tigris y que desde luego hubiera tenido una gran importancia de cara a aclarar muchos aspectos de la investigación y de la acusación mantenida, singularmente, contra TAREK HAMED HAMU, como también del resto de la organización, cuya existencia, relaciones y estructura se ha

querido probar en el presente procedimiento. En cuanto a los efectos reales e incidencia probatoria de esa falta de presencia, resulta cierto que, en términos generales, en la mayoría de los casos, no debería tener ninguna relevancia, dado que, la normalidad, en la mayoría de los procedimientos donde existe un pluralidad de personas acusadas, es que no sea posible seguir el enjuiciamiento contra todos los presuntos responsables en un mismo proceso, por no estar todas ellas a disposición de la justicia, ni tan siquiera en muchas ocasiones contar con el testimonio de algún coimputado relevante que haya podido ser juzgado en otro procedimiento y que porque ya haya cumplido condena o por otra causa no imputable a nadie, simplemente no sea posible su presencia. Por tanto, la actividad probatoria se ha de llevar a cabo dentro de las posibilidades existentes.

Sin embargo, en el presente caso, la falta de presencia en el procedimiento de esta figura tan trascendental no ha sido ni suficientemente explicada ni aclarada, y desde luego no contribuye a ello las referencias a "razones desconocidas", que hizo el testigo instructor de las diligencias compareciente en el acto de la vista (funcionario policial 18.428), como tampoco la ausencia de cualquier mención ni explicación a este dato en el, sin embargo, muy prolijo y detallado en otros aspectos, informe final de las diligencias emitido por el secretario de las mismas (funcionario policial 82. 934). Sobre todo, cuando lo acontecido está perfectamente documentado en el procedimiento. Así, en folio 870 del Sumario aparece escrito fechado 17.12.2004, remitido por el Comisario General de Información al Juzgado, al que se adjunta escrito elaborado por la Unidad Central de Información Exterior, a folios 871-872, por el que se indica la inminente expulsión del Reino Unido a Marruecos de Filali Ouali después de haber cumplido condena en dicho país, y que ya ha sido comunicada a la autoridad competente británica que no se acepta la devolución a España, donde se le están siguiendo diligencias de

investigación ya judicializadas en el que se le tiene como máximo coordinador de la Red Tigris y sobre el que se centraron principalmente las investigaciones, debido, según se indica en dicho escrito, a que *"La devolución debe efectuarse a su país de origen, del que según determina el artículo 53. 1. Apartado d, del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica de Extranjería 4/2000 de 11 enero, modificada por la Ley Orgánica 8/2000 de 22 diciembre, su autorización de residencia en España se ha extinguido automáticamente, al haber su portador, permanecido más de seis meses de forma continuada fuera de España"*, siendo esta situación comunicada en fecha 13.12.2004, por el Servicio Operativo de Puestos Fronterizos, al Ministerio de Interior británico, a petición de la Unidad Central de Información Exterior de la Comisaría General de Información. Por otra parte, así lo manifiesta en la declaración prestada por Mostafa Filali, que obra a folio 9052, que su hermano Ouali había solicitado expresamente su expulsión a España. Finalmente, Ouali FILALI fue expulsado algunas fechas después a Marruecos, su país de nacionalidad, desde donde por ello no era legalmente factible obtener su extradición. El Juzgado instructor se dio por enterado de la referida expulsión a Marruecos, por proveído de 13.01.2005, acordando simplemente el traslado de los escritos policiales al Ministerio Fiscal para su conocimiento y efectos (folio 950). Sin embargo, consta en la Pieza separada de Comisiones Rogatorias (f. 395 y ss.) posterior denuncia, a instancia del Ministerio Fiscal, para la persecución penal en Marruecos de Oulali Filali ante la imposibilidad de su extradición por su condición de nacional marroquí (Auto de 02.06.2008), fechas antes de la conclusión del Sumario, en el que se deja constancia del papel preponderante que se le asigna. Fuera de la comunicación al Juzgado (fecha 20.12.2004), según parece, a hechos pasados, de la no aceptación de entrega a España de Oulia Filali, amparada en la ley de extranjería, pero decidida, también según parece exclusivamente por la Unidad Central de

Información Exterior de la Policía (la comunicación aparece firmada por el Comisario jefe del Servicio), no aparece ninguna consulta ni comunicación previa al Juzgado instructor de las diligencias.

Esta falta de presencia del coencausado por las razones indicadas no puede jugar de ninguna manera en perjuicio del acusado Tarek Hamed Hamu.

C) i.i.i. En segundo lugar, la Sala, de la manera que ya ha quedado dicho en el apartado correspondiente esta resolución relativo a la nulidad de la intervención de las cuentas de correo electrónico, no puede dar valor probatorio al contenido de los mensajes de correos electrónicos cuya autoría se le atribuye al acusado, y únicamente tener por acreditado, porque así lo ha reconocido expresamente éste en el acto de la vista, que tenía a su disposición una determinada dirección de correos weoweo2@hotmail.com, que utilizó únicamente de forma que eventual, específicamente para el tema del pago por el pasaporte entregado.

C)i.i.i.i En tercer lugar, la Sala debe poner de manifiesto el conjunto de vicisitudes producidas en las diferentes declaraciones policiales y judiciales prestadas a lo largo de este y otros procedimientos sobre los mismos hechos, y al verse el acusado sometido a diferentes y reiterativos interrogatorios policiales en distintos momentos, en dependencias policiales, en situación de incomunicación, y con denuncia expresa por éste ante el juez de haber sido objeto de malos tratos nocturnos durante el tiempo de su detención policial.

Tarek fue detenido el 2.04.2005 por la Policía y presentado ante el Juzgado de Instrucción nº 2 de Ceuta, en la Diligencias Previas 152/04, negándose a prestar declaración policial a folio 7652, y

haciéndolo judicialmente a folios 7663. Prestó nueva declaración policial el día 15.06.2005, ésta vez en el Centro Penitenciario de Botafuego, declaraciones que fueron remitidas al JCI nº 5, que seguía DP 152/04, como también, posteriormente, al JCI nº 6 en las DP 309/04 del JCI nº 6 (folio 111, del Tomo 1, Pieza 2, de las Diligencias Previas 309/04 del JCI nº 6). Como consecuencia o seguidamente de ellas hace nueva declaración judicial que es grabada en este procedimiento, con fecha 18.06.2005, cuya transcripción obra en la pieza separada de transcripciones, si bien aparece confundida con la de su hermano Latif (f.75 y ss. de la pieza). Posteriormente se dicta por el JCI nº 6, Auto fechado 28.02.2007, autorizando nueva toma de declaración, excarcelación y registro de la celda de TAREK HAMED HAMU en el Centro penitenciario de Cádiz donde se encontraba internado. En el Razonamiento Jurídico 4º del Auto se indicaba que la excarcelación y traslado al Centro policial (sede de la Unidad Central de Información Exterior en Madrid) para su interrogatorio exclusivamente policial era *"en orden a la necesidad de utilizar todos los resortes legales para el esclarecimiento pleno de los hechos delictivos objeto de investigación"*, .. *"por cuanto tal excarcelación y actuaciones policiales derivadas resultan indispensables para el eficaz esclarecimiento de la presunta intervención delictiva "*, *"lo que obliga a asegurar que dicha declaración se tome con todas las garantías de eficacia para la investigación abierta"*, librándose el correspondiente mandamiento al Centro penitenciario para el traslado de Tarek a la Unidad Central de Información Exterior, ejecutándose ésta el 01.03.2007 (f. 264 de la pieza), fecha en la que también se acuerda la incomunicación (f. 270-271 de la pieza) y se hace posterior ratificación de la misma. Durante el tiempo de su permanencia en dependencias policiales, a disposición de la policía, en situación jurídicamente difícil de definir, a Tarek le fueron tomadas dos declaraciones policiales, con asistencia de abogado de oficio, una a partir de las 20 horas del día 02.03.2007 (a folios 280 a 302 de la

pieza - Tomo 3º, Pieza separada 2ª de las Diligencias Previas 309/04 del JCI nº 6) y otra posterior a partir de las 16,45 horas del día 04.03.2007, (a folios 305 a 334 de la misma pieza separada), en las que se produce un cambio sustancial en lo manifestado en sus previas declaraciones policiales y judiciales realizadas dos años antes. Se recibió al acusado declaración judicial, también en situación de incomunicación el día 05.03.2007 (a folios 337 a 350 de la misma pieza separada), en la que en esencia ratifica sus declaraciones policiales previas, pero en la que también denuncia haber sido durante la detención policial objeto de malos tratos nocturnos y que tal situación había sido denunciada al Médico Forense. En la resolución judicial de fecha 05.03.2007 (f.351-352), además de asignársele la condición de "detenido incomunicado", se acuerda el mantenimiento de esta situación hasta las 18 horas del día 07.03.2007. No constan en los testimonios remitidos de esas actuaciones que se siguieron en las Diligencias Previas 309/04 del JCI nº 6 ningún informe Médico Forense, ni el destino que finalmente se dieron a la denuncia de malos tratos efectuada; es decir, si se dictó alguna resolución judicial en la que se acordara no dar trámite a la misma por descartar cualquier grado de verosimilitud de la denuncia y que, por tanto, no debía ser investigada o si, por el contrario, no hubo un tal pronunciamiento y si se dio curso a la denuncia, remitiéndola al juzgado que hubiera de resultar competente para su tramitación, y en ese caso, conocer su resultado.

La valoración que se ha de dar a estas declaraciones depende sobremanera de la valoración jurídica que haya de darse a la situación. La Sala ya ha señalado el dudoso estatus jurídico del acusado durante su estancia en las dependencias policiales. Desde luego es descartable el asignado policial y judicialmente de "detenido" (folio 250 y ss), ya que no se ajusta a ninguno de los supuestos de detención policial previstos legalmente, ni en la LECrim., ni en

ninguna otra norma, sin que tampoco quepa la extensión de los mismos con base en el principio de legalidad estricta que ha de regir en esta materia, como garantía constitucional básica del derecho a la libertad. En realidad, independientemente del nombre que se le dé, se trata de una atípica cesión a la Policía, tal como se explica en el auto del Juzgado instructor de 28.02.2007, de una persona presa a disposición judicial de otro Juzgado, pero por los mismos hechos, amparada exclusivamente en supuestas razones de estricta eficacia en la investigación de unas específicos hechos o circunstancias que deseaban ser conocidas por la policía y por el Juzgado instructor.

Se trata de una posibilidad no prevista legalmente y sobre cuya legalidad tiene muchas y razonables dudas la Sala, no compartiendo en absoluto que, una medida de tal calibre y restricción real de derechos fundamentales del imputado, pueda quedar justificada exclusivamente sobre la base y razones dadas por el Juzgado instructor. Es necesario tener en cuenta que, durante dicho tiempo de cesión a la Policía de la persona y estancia física en las dependencias policiales, no se produce otro control judicial sobre ella que el que se da en las situaciones de detención policial ampliada, pero no se trata de una actuación revestida de judicialidad, ni el "detenido" está bajo el control judicial directo y permanente del juez. Esta no es una cuestión menor susceptible de interpretaciones diversas. Afecta al núcleo duro esencial del derecho a la libertad y de las condiciones que se han de dar durante el tiempo de permanencia en situación de privación de libertad como consecuencia de una medida cautelar. No es semejante a un interrogatorio policial autorizado en el centro penitenciario, ni otros ampliatorio a presencia judicial. Que se trate de otro procedimiento judicial seguido ante otro Juzgado es, a estos efectos, irrelevante. Las razones, hechos y delitos objeto del interrogatorio eran en este caso comunes en los procedimientos seguidos por los dos Juzgados Centrales de Instrucción. Si del curso

de las investigaciones se consideró necesaria una nueva declaración del imputado, ésta debió ser plenamente judicial, con la totalidad de garantías judiciales incluida la presencia de juez y secretario y respeto de los plazos de incomunicación previstos en el nº 2 último párrafo del art 509 de la LECrim., sin perjuicio de que el juez para llevar a cabo su interrogatorio se hubiera auxiliado de los elementos policiales que hubiera estimado necesario, permitiendo incluso su presencia durante el mismo.

Todo lo hasta ahora dicho provoca una importante e irresoluble crisis a la hora, tanto de pronunciarse sobre la validez formal de las declaraciones policiales, como sobre la libertad en su prestación y la propia verosimilitud de aquellas, lo que no queda confinado exclusivamente al marco policial, sino que se proyecta también a la declaración judicial prestada inmediatamente después.

La única declaración que puede tenerse, por tanto, en cuenta es la practicada en el acto de la vista, en la que el acusado reconoce haber vendido el pasaporte a un tal "Abdula", documento que había previamente denunciado como perdido, para ganarse un dinero, para lo que dio el número de la cuenta de su madre a través del correo electrónico weoweo2@hotmail.com, que fue la única vez que lo utilizó para el indicado fin, negando tener ninguna relación con actividades terroristas, así como con las armas que se encontraron en poder de otras personas, no tener nada que ver con el libro que se encontró donde fue detenido, que el libro está en lengua árabe que no sabe leer, como tampoco tener nada que ver ni con el arma ni con los otros objetos, ni láminas referidas a armamento militar encontrados en el domicilio nº 220 de la Agrupación Este de Ceuta, donde se encontraba pernoctando ocasionalmente por haber estado fumando hachís, droga a la que es adicto, en compañía del otros acusado. Se dedica a la compraventa en la frontera con Marruecos y "trapichea" con el hachís.

Ratificó que durante los cinco días que duró su segunda detención policial fue continuamente maltratado, negando la veracidad de lo declarado en esas circunstancias de presión.

Por lo anterior, la Sala da por probada: la entrega del pasaporte a un tercero para servir de base para su falsificación, a cambio de dinero; el hecho objetivo del hallazgo del pasaporte en Turquía en posesión de otra persona que lo utilizaba para identificarse con él; la falsificación del pasaporte por tercero no identificado, a través de la pericial practicada en el acto del juicio, en el indicado sentido, que puso de manifiesto que se manipuló el original del documento y, manteniendo el texto, se sustituyó la fotografía original por otra, que se ha determinado de la manera indicada que dicha persona era Mohamed Afalah, pero sin que conste que TAREK HAMED HAMU cuando entregó el pasaporte a otra persona a cambio de dinero, ni supiera, ni tuviera elementos para suponer quien iba a ser el usuario final del pasaporte.

La Sala no encuentra especialmente significativos de cara a la prueba de la acusación mantenida por el Ministerio Público, ninguno de los objetos encontrados en el domicilio del nº 220 de la Agrupación Este de Ceuta (pistola detonadora modificada para disparar cartuchos con bala, 215 cartuchos de diferentes calibres, carpeta con 114 láminas de armamento militar, grilletas de acero; dos pasamontañas de color negro y 126 gr de sustancia estupefaciente hachis), que lo mismo podían pertenecer a TAREK HAMED HAMU, como a BILAL EL SAITI, como a otras personas ocupantes de la casa, cuya identidad no ha quedado determinada, lo que tampoco es improbable, dadas las características de este domicilio, que consta no pertenecía a TAREK HAMED HAMU, y que vivía habitualmente en otro lugar, siendo según parece ocupado ocasionalmente por BILAL EL SAITI, como también libremente por otras personas. Ninguno de los testigos

comparecientes ofreció ningún testimonio relevante en el indicado sentido, ni siquiera el Funcionario policial nº 16945, instructor de las diligencias de Ceuta, que puso de manifiesto diferentes aspectos y relaciones entre los acusados detenidos en relación con las armas, pero cuya información había sido obtenida a través de meros confidentes.

Tampoco la Sala estima existan elementos de prueba suficientes para vincular a estos acusados con las otras armas encontradas bastante tiempo después de su detención en otro domicilio, al menos a los efectos de la acusación de pertenecía a una célula terrorista armada.

La situación probatoria analizada y resultado obtenido es también trasladable al resto de acusados que se les imputa pertenecer a la misma célula jihadista, lo mismo a BILAL EL SAITI, con o también en relación con MUSTAFA MOHAMED ABDESELAM, y ABDELMALIK ABDESELAM AMAR , acusados de esconder las armas que aparecieron en los registros en la Agrupación Este nº 116 y en C/ Arcos Quemados 122 A de Ceuta, consistentes en: una metralleta marca Stein 9 mm largo, una pistola Wolbr 9 mm corto, una pistola detonadora, un revolver calibre 22 con silenciador; 6 cartuchos, 2 pasamontañas y resto de objetos señalados por el Ministerio Fiscal, objetos todos ellos que se estiman no definitivamente significativos desde el punto de vista de la acusación de pertenecía a un grupo o célula terrorista, aunque su posesión como tal debe quedar imprejuizada, al no haberse referido expresamente a ella la acusación, reservándose hacerlo en otro proceso, tal como indicó en su solicitud de apertura de juicio oral, y se hizo constar en la resolución de la Sala.

II.- ACUSACIÓN MANTENIDA CONTRA YAGOUB GUEMEREG.

A YAGOUB GUEMEREG el Ministerio Fiscal le acusa de formar parte de una célula islamista preparada y dispuesta para cometer atentados terroristas, en la que también se encontrarían: Mohamed Tahraoui (condenado por STS de 25.11.07 a la pena de 10 años de prisión por integración en organización terrorista); Abdeladim Akoudad; el procesado rebelde en el presente procedimiento Ouali Filali, los también acusados KAMAL AHBAR Y KHALED ABIDI; y Aziz El Bakri, persona que parece ser que resultó muerta en el cuartel de Al Roshid del complejo militar iraquí en Bagdad.

También le acusa de contactar con los miembros de la red Tigris, especialmente con KAMAL AHBAR, cuando este se encontraba en Turquía y de facilitar rutas de entrada en Irak a aquellos que pretendían ir a aquel país a hacer la jihad. También mantuvo contactos con Filali Ouali, al que atribuye la condición de dirigente de la red, incluso tras huir éste a Londres. Igualmente, de hacer transferencias de dinero Mohamed Tahraoui al Centro Penitenciario Madrid 4, cuando éste estuvo ingresado en prisión por su integración en organización terrorista. También le atribuye ser usuario de la cuenta de correo electrónico yagoub1515@hotmail.com a través de la que se habría mantenido los contactos.

El Tribunal, sin embargo, considera que no han quedado suficientemente probadas estas imputaciones delictivas. Por el Ministerio Fiscal, no se ha presentado ninguna prueba de cargo verdaderamente consistente que sustente de forma definitiva la primera de las referidas imputaciones relativa a la pertenencia de GUEMEREG a la organización delictiva terrorista en la que también estarían integradas las personas dichas. Aparte de no indicarse en el

escrito de acusación si esa organización terrorista a que se refiere es la misma red Tigris a la que se contrae este procedimiento, lo que parece que no es así, no se indica ni cual sería su actividad, ni sus objetivos ni otros elementos de su estructura que sirva para identificarla. Del escrito de acusación podría deducirse que se trataría de la misma en la que operaba el ya condenado Mohamed Tahraoui, si bien consideramos que en ese caso es necesaria mucha mayor precisión en la imputación, cual sería el papel, acciones, participación y, en fin, las razones de la implicación de GUEMEREG en ella. No considera la Sala razonable inferir esta pertenencia del simple hecho (no negado en ningún momento por el acusado) del envío de varias cantidad de dinero de escasa entidad (100 € cada vez) a Mohamed Tahraoui, que se encontraba en prisión en aquel momento y que explica en sus declaraciones, afirmando que debía una cantidad de dinero a esta persona a la que conocía desde el año 2001 y que éste le pide desde la prisión que le envíe el dinero a la prisión, ya que lo necesitaba para sus gastos allí, porque no consumía la comida de la prisión y necesitaba llamar por teléfono a su familia. Por otra parte, afirma, que Tahraoui entró y salió varias veces de la prisión y que sabía que una vez estuvo por terrorismo, pero que fue puesto en libertad, y que no sabía de lo que le acusaban la segunda vez, que es cuando le pidió el dinero, que no tenía ni idea de que fuera terrorista (Tahraoui fue detenido como consecuencia de la "Operación Lago" con fecha 23. 01.2003, posteriormente puesto en libertad y detenido nuevamente en fecha posterior-folio 1157-). El Tribunal encuentra razonable y creíble, o al menos no descartable a falta de otros elementos probatorios complementarios, esta explicación que se refiere claramente a una ayuda puramente personal a alguien con el que se tiene relación y que además tiene unas objetivas limitadas posibilidades de acción, terrorista o de otro tipo, por su estancia en prisión y no aparece nada que indique que dicho dinero tuviera como destino allegar a una organización delictiva ni contribuir a actividades

de esta clase. Dicha entrega pone de manifiesto únicamente la relación personal entre ambos, nunca negada, pero de la que, *per se*, no puede extraerse que compartiera o participara en planteamientos terroristas o la pertenencia a una común organización terrorista, sin que además exista constancia de la su concreción en ningún acto externo verdaderamente significativo.

Tampoco considera la Sala definitivamente relevante lo que también manifiesta el acusado de conocer a Wali (Oulai Filali) y a KAMAL AHBAR por coincidir con ellos en el mismo "Bar Mediterráneo", que según parece era frecuentado por éstos, además de por otros musulmanes. No aparece probada en relación con éstos ninguna relación más de otras características que la puramente personal, aparte de la que se recoge a continuación con Kamal Ahbar y la coincidencia con éste en, según parece, la sustracción de dinero de cabinas telefónicas, actividad a la que se habrían dedicado en común.

En relación con su pertenencia a la Red Tigris, la prueba de cargo que presenta el Ministerio Fiscal contra GUMEREG es la relativa a la relación esporádica establecida por una persona llamada Omar que se puso en contacto con él por indicación según parece de Kamal AHBAR, preguntándole por alguna nueva vía, que debe entenderse, dentro de este contexto, que sería de entrada en Irak. GUMEREG ha reconocido en sus declaraciones judiciales que se produjo el contacto con esta persona -Omar-, que éste le llamo por teléfono de parte de Kamal, al que conocía (por su nombre únicamente, atribuyéndole nacionalidad marroquí y no argelina como la suya), pero afirmando que accedió a mantener una reunión con él porque pensaba que le quería preguntar por otros temas, en concreto sobre la forma de conseguirle un contrato de trabajo, pero que no quiso mantener ninguna conversación sobre otros temas, sobre los que no sabía nada, ni quería saber nada, y aunque después recibió

varias llamadas procedentes del teléfono de esa persona, nunca más quiso coger el teléfono, que no tiene ninguna información ni relación sobre lo que le preguntaba Omar y que desconocía porque le habían mandado a él, que nunca ha hablado sobre esos temas que le daban miedo.

Fuera de este episodio de difícil y dudosa valoración, no se ha presentado ninguna otra prueba que se refiera a ningún hecho o episodio posterior que pueda poner en relación al acusado con la referida Red Tigris.

YAGOUB GUEMEREG ha mantenido una versión de los hechos, en lo sustancial, uniforme durante todo el procedimiento (declaraciones policiales a folios 899-4900, transcripción de las judiciales en fase sumarial a folios 172-198 de la pieza y durante el acto de la vista), en el sentido de negar tener nada que ver con los hechos ni tener ninguna clase de información y no saber la razón por la que el tal Omar se puso en contacto con él, sin que la Sala pueda extraer ninguna conclusión de las contradicciones o retractaciones sobre algunos temas de su declaración en el acto de la vista, realizadas en el ejercicio legítimo de su derecho de defensa y de no declarar.

Su defensa letrada ha manifestado y presentado prueba documental en relación con el trato recibido por su defendido durante la detención policial. Con respecto a esta manifestación, resulta cierto que a folio 2771 consta informe médico forense emitido el 18.06.2005, durante su detención, en el que se deja constancia de que YAGOUB GUEMEREG refiere que le han pegado en el costado, en genitales y en la cabeza, a folio 5310 consta otro informe médico forense emitido al día siguiente en el que igualmente se deja constancia de que el acusado en este caso refiere dolorimiento en la

región costal derecha, que dice que por golpe. En folio 7130 y ss. aparece oficio de la Subdirección Medica del Centro Penitenciario Madrid-2, fechado 04.08.2005 que remite la historia clínica de YAGOUB GUEMEREG, en la que (folio 7134) se objetiva dolor costal en la exploración al ingreso, con juicio diagnostico de posible fractura costal, que es descartado tras su traslado a centro de urgencias hospitalaria (Hospital Universitario Príncipe Asturias) de Alcalá de Henares, pero objetivándose traumatismo costal derecho y engrosamiento pleural apical. Tal como ha sido acreditado por la defensa letrada mediante la documental aportada (testimonio de las actuaciones) con su escrito de conclusiones provisionales y que obra unido al Rollo de Sala, se sigue en relación a esos hechos procedimiento judicial, por el momento no concluido, en el Juzgado de Instrucción nº 12 de Madrid, Diligencias Previas nº 2411/2006, donde consta Auto de la Sección 5º de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 16.05.2008 en el que se revoca anterior de sobreseimiento provisional de las actuaciones dictado por el Juzgado, de 07.05.2007, por presuntos malos tratos cometidos contra el acusado durante el tiempo de su detención policial. Pendente el procedimiento judicial, la Sala no puede extraer conclusión en ningún sentido, debiéndose estar en todo caso a la espera de su resultado, sin que, en realidad, dado el tenor del resultado del análisis probatorio realizado, ni proceda ni sea necesario hacer pronunciamiento alguno con respecto a la influencia que haya podido tener la situación investigada en la prestación de la declaración policial del acusado y en la validez de ésta.

Debe concluirse, en atención a todo lo dicho que sin, perjuicio de la prueba existente practicada y que ha sido analizada, ésta no consigue llevar a la Sala al grado de convencimiento y certeza necesario, más allá de cualquier duda razonable, para dictar una

sentencia condenatoria, debiendo las dudas existentes, aquí puestas de manifiesto, jugar en todo caso en favor del reo.

III.- ACUSACIÓN FORMULADA CONTRA SAIZ EL MAZMOUZI Y RIDOUANE EL OUARMA.

A) La acusación que formula el Ministerio Fiscal contra **SAIZ EL MAZMOUZI** y **RIDOUANE EL OUARMA** es de la misma naturaleza y se refiere a idénticos hechos en relación con ambos. Se les imputa a los dos su pertenencia a la Red Tigris investigada, que según mantiene el Ministerio Fiscal captaba y adoctrinaba jóvenes musulmanes dispuestos a cometer acciones terroristas en cualquier parte del mundo a los que se les facilitaba documentación y dinero para alcanzar sus objetivos jihadistas. Una de las acciones de esta red, según la acusación, tendría que ver con la captación y envío a Irak del procesado declarado rebelde, al que por lo tanto no le afecta esta resolución, Niyaz Valiohhmehoz MINIKAHAYEROVICH, quien era conocido con el nombre de "Yassin".

Esta persona, de origen ruso, se instaló en España a finales de 2001, donde según parece se convirtió al Islam. Estuvo alojado o al menos frecuentó la casa de la Calle San Francesc nº 20, de Santa Coloma de Gramanet, donde mantuvo relación con los acusados Kamal Ahbar y Samir Tahtah. También de esta localidad conoció a SAIZ EL MAZMOUZI y RIDOUANE EL OUARMA, con lo que terminó manteniendo una relación de amistad y respeto, probablemente por los superiores conocimientos religiosos de éstos, viviendo junto a SAIZ EL MAZMOUZI cierto tiempo en el domicilio de la Calle Dalmau nº 6-Atico 2º de Santa Coloma de Gramanet.

A partir de un momento determinado Niyaz MINIKAHAYEROVICH decide dejar España, con finalidad que el

Ministerio Fiscal afirma que era la voluntad inequívoca de hacer la Jihad en Irak, es decir trasladarse a Irak para unirse a la insurgencia iraquí para cometer actos terroristas, pero que la Sala, por el contrario no considera que haya quedado suficientemente determinada, no siendo en absoluto descartable, sino al contrario, una explicación de índole distinto, y que la razón del viaje tuviera más que ver con la de conocer la realidad de otros países y decidir que hacer en función de ello, pero sin haber adoptado una determinación previa y menos la de unirse a un grupo de la insurgencia concreto, sin que pueda afirmarse que su voluntad inequívoca fuera la de la comisión de actividad terrorista alguna.

Según parece, Niyaz parte el día 18.08.2004 hacia Paris utilizando el pasaporte de la Federación de Rusia con nº 1477939, y llega a Turquía el 20 de agosto. Después de desplazarse por varios países, Georgia, Irán, desde donde informa a MAZMOUZI que va a entrar en Irak. El día 21.10.2004 se encuentra en Kerbala (Irak), desde donde le solicita que le envíen dinero, ya que su situación es crítica por falta del mismo, ya que tiene que dormir en la calle e incluso tiene que obtener comida de la basura. Para realizar la transferencia les pide que se haga no a su nombre sino al de Alaa Kamil Mahidi. Said y Ridauane hacen la transferencia del dinero que les es pedido (179,73 €) y ponen como remitente el nombre de Hanane Mahmoud.

Conocedora de la presencia de Niyaz MINIKAHAYEROVICH en Kerbala, la Policía española transmite esta información a Irak y, probablemente, como consecuencia de ello Niyaz es detenido por militares de la fuerza de la coalición militar multinacional. Después de su entrega a las autoridades locales, Niyaz MINIKAHAYEROVICH fue juzgado en Irak y condenado por el paso clandestino de la frontera y su estancia ilegal en dicho país, sin que conste que lo fuera por

ningún cargo relacionado con el terrorismo. Existe constancia de que actualmente se encuentra cumpliendo condena en una prisión de Irak (Baddush)(f.10487-10488).

B) El Tribunal no considera suficientemente acreditada la imputación que efectúa el Ministerio Fiscal contra SAIZ EL MAZMOUZI y RIDOUANE EL OUARMA, no estimando suficiente la prueba practicada para llevar al Tribunal al convencimiento de la pertenencia de los referidos a la Red Tigris investigada.

En las declaraciones que han prestado ambos acusados en el acto del juicio éstos han negado cualquier clase de implicación delictiva, no tener nada que ver ninguna organización terrorista y han dado explicaciones coincidentes sobre la naturaleza de su relación con Niyaz MINIKAHAYEROVICH, negando que le captaran ni le convencieran ni que éste tuviera ninguna intención de cometer ningún acto terrorista en Irak. Estas declaraciones son, en lo esencial, coincidentes con las anteriores judiciales que constan grabadas adjuntas al procedimiento y transcritas en la correspondiente pieza y, aunque son parcialmente discrepantes en algunos puntos con las policiales (de SAIZ EL MAZMOUZI a f. 5953 a 5960 y de de RIDOUANE EL OUARMA a f. 6709), no considera la Sala a éstas, en el contexto y situación en que se realizan, especialmente significativas en relación con las prestadas en el ámbito judicial, a las que la Sala da mayor credibilidad.

Analizando los distintos elementos de la acusación, en primer lugar es necesario decir que no se puede considerar demostrada la existencia de alguna clase de relación o vinculación de estos dos acusados con aquellos otros a los que se les considera forman el núcleo de la organización terrorista, que se reunían en torno al domicilio de la calle San Francisc nº 20 de Santa Coloma de

Gramanet. El único elemento de conexión es en realidad el propio Niyaz, que según parece fue usuario de ese domicilio y que a la vez tenía una relación estrecha con los acusados durante el tiempo que utilizaron el domicilio de la Calle Dalmau, de la misma localidad. Este domicilio fue en todo caso utilizado de forma temporal por los acusados. RIDOUANE EL OUARMA, en el momento de su detención vivía en otro lugar totalmente alejado, ya que trabajaba desde junio de 2004 como guarda en una finca aislada del territorio pirenaico francés (Tour de Carol). SAIZ EL MAZMOUZI incluso se trasladó voluntariamente desde Marruecos, donde se encontraba preparando su boda, a España para presentarse a la policía en el momento en que tuvo conocimiento de que era buscado por aquella (f. 5917 a 5923), lo que coincide plenamente con lo declarado en el acto de la vista por el policía con carnet profesional nº 28318, quien manifestó que EL MAZMOUZI tenía su teléfono a través del Sr. Chedadi, que le llamó para que se presentara en Comisaria, lo que éste hizo inmediatamente preguntando directamente por él, dato que la Sala debe valorar adecuadamente de cara a la formación de su convicción.

Nada, fuera del episodio de Yassin, que se explica mucho más en clave de puras relaciones personales, vincula a ninguno de los dos acusados con Irak, ni con la captación de muyahidines ni con ninguna presunta actividad terrorista y ni tan siquiera radical islámica militante.

La prueba practicada deja plena constancia de esta afirmación y de que lo que caracteriza la situación, en mucha mayor medida que cualquier otra, es la intensa relación personal de los acusados con Yassin, a los que éste, además de amistad, profesaba respeto, circunstancia que ningún momento ha sido negada por los acusados.

Sin embargo, éstos si han negado en todo momento en sus declaraciones que captaran o convencieran a Niyaz para ninguna clase de acción terrorista. No han negado su relación con éste ni que estuvieran al tanto de su viaje, pero han declarado reiteradamente que la intención de Niyaz era únicamente la de viajar por diversos países islámicos para conocer las diferentes manifestaciones de la religión musulmana, dado que éste se había convertido al Islam desde otra y desconocía esos aspectos por los que sentía curiosidad.

El seguimiento que policialmente se hace al viaje de Niyaz a través de varios países, mediante la observación del teléfono móvil de SAIZ EL MAZMOUZI, nº 660025653, (transcripciones de las conversaciones telefónicas a folios 640 a 652 del Sumario), deja ver perfectamente el paso de esta persona por diversos países islámicos de la zona, permaneciendo en cada uno de ellos cierto tiempo y emitiendo opiniones sobre los lugares y el comportamiento de sus gentes (f.646), a los que en algunos casos califica de "gente muy buena" y en otros les critica por matarse los unos a los otros, con comentarios del tipo: "y al final todos sufren"(f. 648); con una actitud mucho más de descubrimiento de una realidad y de lo que percibe un viajero ávido por descubrir lugares y personas que de cometer una presunta acción terrorista. La posición que mantiene SAIZ EL MAZMOUZI es la de simplemente escucharle en sus relatos y ofrecerle la ayuda que necesite para desplazarse por los lugares y superar los problemas que se le plantean o incluso para volver a España (f.649-650). Niyaz deambula por varios países de oriente medio, aparentemente sin un destino fijo ni predeterminado, ya que lo mismo habla un día de Turquía, que del Kurdistan, de Georgia, o de Irán. Ante los relatos sobre las dificultades que aparecen surgidas, Saiz le propone continuamente volver a España otra vez, donde le dice que esta mucho mejor, y enviarle el dinero que necesite, a lo que

Niyaz le responde siempre negativamente porque dice que no quiere seguir en España trabajando para los españoles.

Niyaz MINIKAHAYEROVICH es una persona procedente de una república Rusa, sin vínculos reales con España, lo que verbaliza en sus conversaciones, dando a entender que se encuentra a la búsqueda de un lugar diferente, mejor, donde permanecer, aunque también manifiesta en el curso de las conversaciones que no ha encontrado trabajo, porque donde estaba "había mucha miseria", lo que le decide irse a Irán, donde afirma que quería desplazarse para hacer un viaje turístico por la montañas o posteriormente a Georgia donde tendría previsto estar un par de meses. Se le atribuye policialmente haber utilizado frases relativas a la Jihad. Comprobadas por la Sala las conversaciones se aprecia, que en realidad no son afirmaciones propias, ni determinaciones ni declaraciones de voluntad, sino meras reflexiones o comentarios espontáneos compartidos surgidos al hilo de ciertas lecturas realizadas (f.647), en concreto después de la lectura de unos Hadizes en lengua rusa, que Niyaz cuenta a su interlocutor telefónico, que había encontrado en su camino. Sin embargo, continuamente se repite en todos los informes policiales referencias a este pasaje concreto de las conversaciones, descontextualizándolo e interpretándolo como una verdadera declaración de voluntad, determinación o disposición inequívoca de Niyaz de llevar a cabo la Jihad, transcribiéndolo literalmente entrecomillado fuera del contexto de la conversación (f. 711, 10.499, 12.777, etc.). Se afirma igualmente el apoyo de SAIZ EL MAZMOUZI y RIDOUANE EL OUARMA para el paso de Niyaz a Irak con el propósito de cometer acciones terroristas suicidas, pero lo que del tenor de las conversaciones se desprende es precisamente la preocupación de éstos por su estado y su propuesta para que regrese, ya que en España estaba bien, y que los lugares donde se encontraba eran peores. A juicio de la Sala las conversaciones grabadas son un

tenor que difícilmente se puede extraerse de ellas la conclusión de que Niyaz tenía la determinación de cometer ninguna clase de atentado terrorista con resultado de su propia muerte, ni que los acusados propiciaran ni le alentaran en esta actividad.

En relación con otros aspectos de la acusación, no le parece definitivamente significativo la Sala la utilización de nombres supuestos en el envío de dinero que los acusados efectúan a Niyaz, cuando éste se encontraba en Irak, vagabundeando, malviviendo y en una pésima situación económica, hasta el punto de tener que rebuscar comida de las basuras, lo que no parece muy compatible con haberse unido a un grupo insurgente organizado, que a buen seguro le hubiera procurado lo suficiente para vivir. La explicación más razonable es la de tratar de ocultar la propia identidad, dado que Niyaz, por sus características físicas y personales, ruso, con rasgos no árabes, sin conocimiento de lengua árabe, tenía todas las posibilidades de ser detectado y detenido, con graves consecuencias, dado el carácter delictivo, castigado con graves penas, que tiene el paso de la frontera y estancia legal en Irak. Por otra parte, no consta de ninguna manera que Niyaz haya sido condenado en Irak por una pretendida participación en actividad terrorista, sino únicamente por el paso ilegal de la frontera y por la estancia en dicho país, consecuencia precisamente de la información transmitida por las autoridades policiales españolas.

La Comisión Rogatoria a Irak que consta en la pieza de Comisiones Rogatorias (f. 107) aparece como fallida, al manifestarse por las autoridades iraquíes no tener referencia de ésta persona y si de otra con la que no identifican, pero que cabe perfectamente observar por la coincidencia de los números de pasaporte que es la misma, no constando que las iniciativas llevadas a cabo por el

Juzgado de Instrucción para obtener la información buscada hayan dado ningún fruto.

Estima la Sala, por tanto, que si bien existen determinados elementos indiciarios, que pueden ser interpretados en un determinado sentido, como los hace el Ministerio Fiscal es su acusación, existen otros contraindicios de, si cabe, mayor entidad que le hacen surgir muchas dudas a la Sala, tanto con respecto a la autentica finalidad y determinación verdadera de Niyaz MINIKAHAYEROVICH en su viaje por los países árabes de medio oriente y su detención en Irak, como la naturaleza de su relación y el papel desempeñado por los acusados SAIZ EL MAZMOUZI y RIDOUANE EL OUARMA, a los que no se les puede relacionar con ninguna organización terrorista. En definitiva, esta duda que se expresa debe jugar también en este caso a favor de los acusados, por lo que procede su libre absolución.

IV.- ACUSACION FORMULADA CONTRA ABDELBARIE DAHANE

En relación con el procesado ABDELBARIE DAHANE, quien inicialmente había sido acusado de facilitar la huida de España al Reino Unido de Filali Ouali para que allí pudiese seguir realizando a actividades relacionadas con el terrorismo, haciéndole llegar diversas cantidades de dinero, el Ministerio Fiscal retiró la acusación por el delito de colaboración terrorista del art. 576 del CP, por lo que la Sala ya le anticipó su absolución por esta imputación, si bien se documenta en esta resolución sin hacer expresa valoración probatoria sobre ella.

El Ministerio Fiscal, sin embargo, mantuvo la acusación por delito de tráfico de droga que conectaba con el anterior al considerar que el dinero procedía de la venta de droga a la que DAHANE se

dedicaba, poniendo de manifiesto que el día 15.06.2005 en el registro judicial que se realizó tras su detención en su domicilio de la Plaza Félix Mestre Nuto nº 9, 3º 2º de Vilafranca del Penedés, se encontraron 6 teléfonos, 2 intercomunicadores "walki-talkis" y un total de 808,1 gr. de Hachis; como también una balanza de precisión utilizada para el pesaje y distribución de la droga. La droga hubiera alcanzado en el mercado clandestino, al que iría dirigido, el precio de 1.500 euros.

La Sala da por acreditado a través de la prueba practicada en el acto de la vista, en concreto, la pericial practicada (Peritos farmacéuticos con carnet profesional nº 08165 y 078415 a folios 7121 a 7123 y 7127, 7128 y 8460 a 8562) y la testifical de los agentes de policía que intervinieron en el registro (policías con carnet profesional nº 82657 y 77619), el hallazgo de la referida droga en el domicilio de la Plaza Felix Mestre Nuto nº 9 y que es cierto que en él habitaba ABDELBARIE DAHANE, pero también que lo hacían otras personas, sin que, a juicio de la Sala, se hayan practicado ni suficientes ni definitivas pruebas para imputar la pertenencia o posesión de esa droga al acusado y no a cualquiera otro de los ocupantes de la casa. Ni los testigos han aportado ningún dato complementario, ni del acta del registro (f. 4338 a 4349 y 6989 y ss.; f. 7004, acta de incautación de droga; f. 7009 a 7013 relación de objetos y documentos en el registro del domicilio de DAHANE) se desprende ningún dato relevante que vincule especialmente la droga con el acusado. Según consta se encontró droga en varias habitaciones, especialmente en la habitación 2, la que según manifestaron algunos de los habitantes de la casa, en concreto Hicham Merbouh, (declaraciones a f.4339), quien compartía habitación con DAHANE con el que fumaba haschis, estaba ocupada por un tal Taib, que se dedicaba a la venta de drogas, lo que coincide con lo manifestado por otro de los ocupantes de la casa, Rachid Rarou (f. 4355), quien afirma que la habitación de la droga

era de Taib el Masaur. DAHANE, por su parte, ha negado en todo momento tener ninguna clase de relación con la droga (declaración policial f 4432 a 4439). Esta imputación en específico al acusado y no a cualquier otro, lo que le excluiría, no tiene ninguna base fáctica ni está fundado en ningún razonamiento lógico concluyente. Por todo lo anterior, estima la Sala que ABDELBARIE DAHANE debe verse beneficiado por el principio del "in dubio pro reo" y, en consecuencia, ser absuelto también de esta imputación.

V.- ACUSACION FORMULADA CONTRA MOHAMED EL IDRISSE.

El Ministerio Fiscal acusa a **MOHAMED EL IDRISSE** de integrar el grupo en el apoyo a los huidos que participaron en los atentados de los trenes de Madrid y fundamenta dicha imputación en el sus continuos contactos con Mohamed LARBI BEN SELLAN y en su participación activa en el episodio descrito en el relato de hechos probados relativos a la adquisición de un teléfono móvil y su entrega a la familia de Mohamed Afalah para que este pudiera mantener contacto con su padre antes de presuntamente participar en una acción suicida en Irak.

La Sala ha dado por probada la relación de MOHAMED EL IDRISSE, con Mohamed LARBI BEN SELLAN, no en plano de igualdad, sino como discípulo de éste y también que, a través de lo que éste expresamente le pidió, colaboró de forma ocasional y con un acto totalmente periférico en dar apoyo a uno de los huidos que participaron en los atentados de los trenes de Madrid.

Sobre el episodio de la adquisición del teléfono y todo su desarrollo existe abundantísima prueba y ya fue incluso recogido en la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 17 de julio de

2008, que confirman los hechos declarados probados en la Sentencia de esta misma Sala. Tampoco en esencia estos hechos han sido negados por el acusado en su declaración prestada en el acto del juicio, aunque este manifieste no saber para quien iba destinado el teléfono ni saber quien era Mohamed Afalah, declaración que también en lo esencial coincide con las anteriormente prestadas por el acusado, tanto policiales (a folios 5512 y ss., y 9852 y ss), como judiciales en el Sumario 20/2004 del JCI nº 6 (a folios 10.021 a 10.067 del testimonio del referido Sumario que obra en el presente a partir del 9366 y donde también se encuentran las transcripciones de las conversaciones telefónicas cuya audición y lectura fue solicitada por el Ministerio Fiscal en el acto del juicio -10.048, 10.049, 10.053,10.057,etc.-), como en éste (folios 227 a 328 de la pieza de declaraciones). Sobre los seguimientos efectuados a El IDRISSE, declararon los testigos policías: 18.403, 87.561, 78.793, 79.665, 81.681.

También resulta relevante la propia declaración de Mohamed LARBI BEN SELLAN, tanto la prestada en el acto del juicio, como las previamente prestadas por éste con las que ha de ponerse en relación (f. 5613 y ss, policial prestada 14.06.2005; 5679 y ss. judicial ante el JCI nº 6; 199 y ss. De la pieza separada de declaraciones judicial ante el JCI nº 5).

Todo este material probatorio objetiva los hechos que se declaran probados. Sin embargo, de ellos no se deduce directamente una calificación jurídica de los mismos, entre otras razones porque la Sala no puede dar por absoluta e inequívocamente probado que el EL IDRISSE conociera, no tanto la identidad de la persona a la que se refería la entrega del teléfono a sus parientes, como cual había sido su participación en los atentados de Madrid. Por otra parte, la naturaleza de la relación con LARBI BEN SELLAN y la muy episódica

estancia y contacto con la casa "AL KALAA" de Santa Coloma de Gramanet, no permiten afirmar la pertenencia de éste a ese grupo que se reunía y conformaba en torno a ese domicilio y a las actividades que allí habitualmente se realizaban.

La Sala estima que, sin verse vinculados por ellos, en la indelegable labor que le compete, en relación con este caso concreto bajo su conocimiento jurisdiccional, si resultan también muy acertados y atinentes a la situación que se analiza, los razonamientos que se contienen en la citada Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2008, que en sus folios 690-692 analiza pormenorizadamente la relación entre LARBI BEN SELLAN y EL IDRISSEI y construye la imputación delictiva que atribuye a aquel sobre la base precisamente de esta relación de supremacía y trato directo que mantenía él personalmente con los autores de los atentados de Madrid, calificando al EL IDRISSEI de mero discípulo al que trata de adoctrinar e imbuir en las ideas y planteamientos jihadistas extremos, incluso para trasladarse a otros países como combatiente jihadista, lo que hasta cierto punto consigue, haciéndole surgir a EL IDRISSEI un estado de profunda turbación y confusión interna, que se evidencia en las dudas y necesidad afirmación y refuerzo de sus planteamientos en las conversaciones telefónicas que mantiene con "Abdu" y con otras personas, la necesidad de viajar a Barcelona y estar físicamente en la casa de "AL KALAA" y poder hablar allí directamente con LARBI BEN SELLAN y el resto de los miembros del grupo. De esta secuencia no puede deducirse, sino todo lo contrario, la pertenencia de EL IDRISSEI a este grupo.

Sin embargo, por todo lo anteriormente dicho, estima la Sala que si bien no se puede afirmar categóricamente que EL IDRISSEI supiera, a quién, o cual había sido el papel jugado en los atentados de Madrid, de la persona a la que indirectamente estaba prestando su

ayuda, sí era conoedor, por tener todos los elementos para ello, del significado que tenían sus actos, que sin duda percibía como relevante, y que significaban una ayuda al grupo que formaba Mohamed LARBI BEN SELLAM y el resto de asiduos de "AL KALAA". Debe tenerse en cuenta, como decimos, el significado en si mismo de ellos (ayuda a una persona de la que al menos tenía información de su voluntad de entrar en Irak para allí cometer una acción suicida) contexto donde se produce, relación con el propio LARBI BEN SELLAM y, sobre todo, la forma en como se producen los hechos, existiendo una comunicación continua entre ambos, dándole EL IDRISSEI cuenta del resultado de las diversas gestiones realizadas, que no se limitaron a un solo y exclusivo acto.

En otros momentos de esta resolución ya se ha analizado la imposibilidad de acoger la justificación de la conducta de EL IDRISSEI en razones puramente humanitarias. Sin embargo, si es cierto, como también se tiene dicho que se trata de una acción sumamente periférica que aporta muy poco a la actividad terrorista en si, circunstancia que sin variar la calificación jurídica si debe ser tenida en cuenta como factor importante de cara a la graduación de la pena que se le deba imponer.

VI.- ACUSACION MANTENIDA CONTRA DRISS BELHADJ.-

Consta que el acusado **Driss BELHADI** tenía una relación próxima a Mohamed Larbi BEN SELLAM, y que incluso cumplía algunos encargos que éste le hacía, además de vivir varios meses en 2005 en la casa de AL KAALA. Sin embargo, estima la Sala que no se ha probado mas allá de una duda razonable, que debe beneficiar en todo caso al acusado, que dicha relación fuera mas allá de lo puramente personal ni que formara parte de la estructura de apoyo terrorista descrita, ni que los recados realizados por cuenta de LARBI BENSELLAM tuvieran

ninguna relación ni constituyeran apoyo a ninguna clase de actividad terrorista.

En sus declaraciones en el acto del juicio lo niega, y mantienen en esencia la misma línea de la previamente prestada (f. 5583 declaración policial de 17.06.2005, f. 5692 declaración judicial de 19.06.2005 ante el JCIi n.6 y f., 5844 acta de la declaración judicial prestada el 21.06.2005, que obra transcrita en la pieza de transcripciones).

Esta Sala en definitiva estima que el episodio de ir a recoger a EL IDRISSEI, que es básicamente de lo que se le acusa, no es auténticamente relevante ni tiene fuerza suficiente para construir sobre su base una convicción firme relativa a la integración o pertenencia del acusado en el grupo terrorista que se describe.

VII.- ACUSACION MANTENIDA CONTRA KAMAL AHBAR Y SAMIR TAHTAH.- La acusación que contra KAMAL AHBAR y SAMIR TAHTAH mantiene el Ministerio Fiscal es de las mismas características. Se les imputada a ambos ser miembros, y con un grado de importancia e implicación semejantes, de la organización terrorista que geográficamente se ubica en la Calle San Francesc, 20 de Santa Coloma de Gramanet, conocida como "ALKALAA", desde donde, entre otras actividades, estas personas, junto con otros, dieron cobertura logística y ayuda de todo tipo a los miembros huidos del grupo terrorista que cometieron los atentados de Madrid; como también ser miembros de la "Red Tigris", que según la acusación del Ministerio Fiscal, su actividad se desplegaría en la captación, adoctrinamiento, así como en procurar lo necesario, de aquellos musulmanes, igualmente de pensamiento radical islámico, dispuestos a trasladarse a Irak como combatientes jihadistas, convencidos de unirse a la insurgencia iraquí y hacer allí lo necesario en defensa de sus

planteamientos, incluso acciones contra la población civil, de carácter suicida y, por lo tanto, terrorista.

La Sala, después del análisis probatorio efectuado, y tras la depuración de los elementos probatorios válidos para formar y fundar su convicción judicial, con las necesarias características de ser constitucionalmente idóneos para ser tenidos en cuenta para la enervación de la presunción de inocencia, ha venido a considerar, a través de ellos, suficientemente probado que, efectivamente, tal como acusa el Ministerio Fiscal , dichas personas conformaron, junto con otras, algunas de ellas ya juzgadas, y condenadas por su pertenencia organización terrorista, como es el caso de Mohamed BEN SELLAM, el núcleo de individuos de pensamiento radical islámico extremo, dispuestas al combate violento en defensa de sus planteamientos e ideas, lo que les llevaba a realizar actividades que iban, desde la descrita de recluta y adoctrinamiento de personas, como también de apoyo a las acciones más radicales en defensa de su concepción extrema del Islam y, dentro de ellas, de dar apoyo incondicional, con alojamiento, ocultación e incluso económico, a los huidos de los atentados de Madrid del 11 marzo 2004.

A) Prueba de cargo en relación con KAMAL AHBAR. Las pruebas en relación con KAMAL AHBAR son múltiples. En primer lugar todas aquellas que le sitúan objetiva e incuestionablemente en el lugar de los hechos en el momento de su detención policial (15.06.2005), como también mucho tiempo antes, y que son el resultado de las profusas investigaciones policiales realizadas, con vigilancias policiales casi permanentes efectuadas desde el año 2004, en torno a la casa "AL KALAA" en Santa Coloma de Gramanet y sus ocupantes, que permitieron fotografiar, incluso filmar a las personas que ocupaban aquella casa entre las que estaba KAMAL AHBAR, como también aquellas otras a las que nos hemos referido, sin duda

participantes en los atentados de Madrid, aunque, inicialmente, no fueran reconocidas como tales por los miembros de las vigilancias policiales que las estuvieron llevando a cabo (policías comparecientes al acto de la vista con nº profesionales 18428, 28318, 87561, 89145, 78793, 79665, 81681, 18403). Especial mención merecen sus propias, múltiples, declaraciones, mantenidas a lo largo de este proceso y en otros relacionados, puestas en relación con la actitud mantenida por el acusado en el acto del juicio, al negarse a declarar de ninguna manera, ni a responder a ninguna pregunta, ni siquiera a las de su defensa letrada, y ni tan siquiera efectuar una simple negación o retractación de declaraciones anteriores o derechos, o manifestación de autodefensa, más allá de la puramente pasiva, sin que tampoco provocara una situación de proceso de ruptura, que hubiera determinado o requerido dar una explicación diferente de su actitud.

Resulta cierto, que el derecho a no declarar contra sí mismo, es un derecho constitucional, de carácter incondicional, que se debe tener por absoluto y únicamente dependiente en su ejercicio de la voluntad del sujeto, y que no procede, por tanto, sacar consecuencias negativas de su legítimo ejercicio, ni hacer deducciones del simple hecho de no declarar o de hacerlo o no hacerlo de una determinada manera, a no ser que se trate de una verosímil admisión de hechos o confesión judicial de los mismos que, no obstante, nunca tendrá valor probatorio absoluto. Pero también es innegable, que la adoptada por el acusado en este momento, sin tener ningún valor en sí misma como prueba de cargo, si representa o manifiesta una determinada posición en relación con otras previas declaraciones existentes y anteriores posiciones procesales frente a los hechos y las imputaciones mantenidas y formalizadas con anterioridad sobre determinadas bases indiciarias y, en relación con las que, pudiendo

hacerlo, el acusado ni las ha negado, ni se ha retractado de ellas, ni las ha matizado, ni desvirtuado de ninguna manera, pudiendo hacerlo.

Resulta igualmente cierto, que la actitud mantenida por KAMAL a lo largo del procedimiento ha sido parcialmente cambiante, decimos que parcialmente, porque nunca, en ninguna de sus declaraciones, ha negado ciertas situaciones, como su estancia y vinculación con AL KALAA y con otras personas relevantes en la causa, ni con alguno de los residentes conocidos y significativos del lugar. Únicamente, en sus primeras declaraciones (primera policial folios 4145 a 4150 el 16.06.2005; segunda 4181 a 4188 el 18.06.2005; declaración judicial transcrita en pieza de declaraciones; a f. 7561 a 7563, f. 1689 a 1691 del Tomo 3º, Peza 2ª del testimonio de las DP 309/2005 del JCI nº 6) niega cualquier implicación delictiva, negando profesar cualquier manifestación radical del Islam que le pudiera llevara a cometer o justificar actos violentos, pero como decimos amite su relación con otras personas con las convive o ha convivido durante algún tiempo, como es el caso de Mohamed LARBI BEN SELLAM, SAMIR TAHTAH, etc..

Sin embargo, la anterior línea de declaraciones se ve cortada a partir de un momento, en la que inicialmente de forma confusa, es decir no en unos momentos aunque si en otros, sí viene a reconocer explícitamente, judicialmente y policialmente, su implicación delictiva y las de otros acusados y terceros en los hechos. Sin embargo, estas declaraciones autoinculpatorias a las que nos referimos ciertamente son, como veremos a continuación, problemáticas, cuando menos, desde el punto de vista de su valor probatorio, y no pueden ser tenidas, a juicio de la Sala, por sí mismas, como formalmente aptas y suficiente para alcanzar la categoría de pruebas de cargo con capacidad de enervar la presunción de inocencia. Sí pueden, por el contrario, ser tenidas en cuenta como elementos corroborativos de

otras pruebas válidas, como son las que hemos venido indicando, de tal manera que unas y otras, sirvan para formar y reforzar un conglomerado probatorio sólido que permita alcanzar una convicción judicial con alto grado de certeza.

Nos estamos refiriendo, tanto a la "atípica" declaración, a modo de confidencia, prestada exclusivamente ante el Juez instructor del JCI nº 6 y secretario judicial el día 08.01.2007, después de otra judicial el mismo día (f. 1809 y ss del Tomo 3º, Pieza 2ª del testimonio de las DP 309/2005 del JCI nº 6), como también a la otra, también merecedora idéntico calificativo, pero por otros diferentes motivos, declaración prestada en sede policial, en condiciones desconocidas para esta Sala, en fecha posterior a la conclusión este Sumario (19.10.2008), según parece por orden del JCI nº 5, en el marco de las Diligencias Previas 18/08 de ese juzgado, pero que se refieren a estos mismos hechos.

Ya nos hemos pronunciado con anterioridad en esta resolución sobre este mismo tema, y sobre la validez y dificultad de valoración probatorio de esta clase de declaraciones ante la Policía, realizadas por un encausado preso preventivo, pero al que se le otorga un nuevo estatus jurídico, de calificación incierta, aunque debamos descartar que jurídicamente pueda ser el de detenido a disposición de la Policía, al ya estar privado de libertad y a disposición judicial, aunque sea en el marco de otro procedimiento, pero con el que, en todo caso, está relacionado, entre otras razones porque al encausado se le interroga exactamente sobre los mismos hechos, de tal manera que se pretende hacer valer como prueba de cargo en el presente.

La conclusión a la que llegamos en aquel momento en relación con TAREK HAMED HAMU, fue la invalidez contaminante incluso de la declaración judicial posterior. La razón, en aquel caso, en gran

medida, fue la propia posición del protagonista de la situación frente a estas declaraciones, que combatió y negó su validez y veracidad de forma contundente en el acto de la vista, hasta el punto que afirmó, que las hizo en una situación de falta de libertad, al haber sido reiteradamente maltratado en el centro policial en el que estuvo privado de libertad durante varios días en situación de incomunicación. La situación en el presente caso, de forma ostensible no es la misma, por la posición totalmente diferente adoptada por KAMAL (y su defensa técnica), que es a quienes afecta la situación en cualquier caso. No obstante, como decimos, no es una declaración que haya sido directamente tenida en cuenta por la Sala como prueba de cargo enervante de la presunción de inocencia, sino con carácter corroborativo de otras.

En esta última declaración prestada por KAMAL AHBAR, a que nos referimos, el acusado reconoce expresamente y sin ninguna clase de reservas que, aunque estuviera personalmente en contra de los atentados de Madrid del 11.03.2004, sin embargo si ayudó a sus autores materiales a escapar de España con destino a Irak, concretamente habla de Daoud Ouhnane, Mohamed Afalah, Said Berraj, Mohamed Belhadj y Abdelila Hriz y que varios de ellos pasaron, a finales de abril de 2004, por la casa de San Francesc en Santa Coloma de Gramanet, afirmando que le constaba que todos ellos estaban ya muertos. En concreto, afirmó, que Daoud Ouhnane y Mohamed Afalah participaron directamente en la colocación de mochilas bomba en los trenes de Madrid. En relación con los otros, manifiesta simplemente que tuvieron conocimiento de los atentados, pero que sin embargo no hicieron nada por evitarlo. Manifiesta su justificación de la actividad de la Jihad violenta y de la realización de atentados en Irak, en defensa de los musulmanes que están sufriendo las consecuencias de la invasión y su disposición en caso de recobrar su libertad de unirse a ellos.

Entre sus actos materiales, reconoce incluso haber acompañado a los autores de los atentados hasta Siria y haber esperado en Turquía a su llegada, donde estuvo varios meses en compañía de Mohamed Afalah. Manifiesta, que la razón de los atentados de Madrid fue la venganza contra España por el apoyo dado a las tropas de la coalición en Irak (esta declaración se encuentra obrante en la pieza separada de documentos aportados a petición de la acusación en su escrito de acusación, adjunto al Rollo de Sala).

Estas declaraciones policiales, con el valor indicado, mantienen muchos puntos de coincidencia con las realizadas por el testigo Mhamed IDRIS HACHIM, compareciente en el acto de la vista, y aunque éste se retractó parcialmente de sus previas declaraciones policiales y judiciales, realizadas en el curso de las diligencias previas 18/08 (aportadas este procedimiento en la misma pieza separada antes referida junto con la de Kamal Ahbar), si añaden, estima la Sala, elementos complementarios que dan coherencia y verosimilitud a dicho relato, contado precisamente por uno de los habitantes de la casa AL KALAA, en los momentos álgidos de la presencia de los huidos de los atentados de Madrid y que relata el paso de éstos por aquel peculiar lugar, reconociéndoles físicamente, incluso a través de los fotogramas de las vigilancias que le fueron mostrados.

A ello hemos de añadir las declaraciones de otros coencausados, en concreto de Yagoub GUEMEREG, quien aunque trata de no implicar directamente a KAMAL, al relatar y dar explicaciones sobre el episodio que se le imputa en relación con la persona que contactó con él, pidiéndole información sobre "nuevas vías", si resulta medianamente claro que quien envía a dicha persona, se encontraba en la trama y sabía de qué hablaba, y que era precisamente KAMAL AHBAR.

Como prueba también se presentó por el Ministerio Fiscal el resultado de la Comisión Rogatoria a Argelia, realizado a presencia judicial y del Ministerio Fiscal, aunque sin presencia de los letrados de la defensa, el 14. 01. 2007, en relación con la declaración sobre los hechos de Farid Chebira (el texto obra en la Pieza Separada abierta en relación con la 2ª parte de los documentos proveniente de las Diligencias Previas 309/05 del JCI nº 6-folios 38 y siguientes-).

El valor probatorio que ha de darse a dicha declaración, tal como la Sala puso de manifiesto en el acto de la vista, es el general previsto para aquellos testigos imposibilitados de declarar el juicio, aunque para su plena validez como prueba testifical reconstituida, debería contar con los elementos necesarios para garantizar el derecho de defensa y contradicción de las partes, lo que, en principio, no acontece en el presente caso. El valor, una vez más, de dicha Comisión Rogatoria, no podrá ser el de una prueba de cargo directa, con capacidad enervante de la presunción de inocencia, pero sí, como en los otros casos, como elemento probatorio de valor relativo, pero en todo caso con capacidad corroborante de otros, sin duda útil para la valoración racional y lógica del resto de la prueba de cargo introducida por otros medios y, por supuesto, de su verosimilitud.

En las declaraciones de Farid Chebira, que se contienen en dicha Comisión Rogatoria, se deja constancia por éste de la presencia de Kamal en Turquía durante varios meses, coincidiendo y dando su apoyo a Tarek, que se encontraba detenido (se relata todo el episodio de su detención e ingreso en el centro de detención como consecuencia del pasaporte falso a nombre de Tarek), persona, que como hemos visto, ha sido identificada sin albergar ningún género de duda al respecto, como Mohamed Afalah.

Estima la Sala que existe un gran cúmulo de pruebas, directas e indirectas, no expuestas de forma exhaustiva, que permite afirmar sin ningún género de duda la pertenecía de KAMAL AHBAR al grupo terrorista tantas veces descrito.

B) Prueba de cargo en relación con SAMIR TAHTAH.

Situación parcialmente semejante es la que acontece en el caso de SAMIR TAHTAH, únicamente que con la importante diferencia de que éste si niega en sus declaraciones durante el acto del juicio y previas al mismo su implicación en los hechos y su intervención delictiva en los mismos. Durante su última declaración en el plenario quiso minimizar su relación con la casa de San Francesc de Santa Coloma de Gramanet, tratando de dar la idea de su nula relación con ella. Sin embargo, la presencia de éste en los momentos álgidos de la actividad de este inmueble queda irrefutablemente acreditada por los mismos medios y en la misma medida que en la caso de KAMAL AHBAR, que se dan aquí por reproducidas.

Queda acreditada igualmente a través de muchos de los testimonios de los coencausados (Ridouane El Ourma f.6712, Said El Mazmouzi 5953 a 5960, etc.), en algunos casos su carácter radical, en otros su importancia, al menos en el plano espiritual y adoctrinamiento de SAMIR TAHTAH, al que incluso se le reconoce comúnmente la posición de Imam o, al menos, de director de los rezos de la mezquita. La presencia de SAMIR TAHTAH coincidiendo temporalmente con la presencia en AL KALAA de los huidos de los atentados de Madrid es un elemento que estima la Sala fundamental desde el punto de vista probatorio. La relación que establece con ellos le lleva a seguir ayudándolos incluso económicamente a través del envío de dinero siempre por medio de personas interpuestas, lo que queda acreditado en la forma cómo se recoge en el relato de hechos probados en las dos Comisiones Rogatorias a Argelia y a Bélgica,

(Pieza Separada abierta en relación con la 2ª parte de los documentos proveniente de las Diligencias Previas 309/05 del JCI nº 6-folios 38 y siguientes- y f. 655 a 713 -f. 662- y 714 a 756 -728- del Tomo 2º, Pieza 2ª del testimonio de las DP 309/2005 del JCI nº 6, respectivamente), cuyo valor probatorio ya hemos analizado, al menos en relación con la primera, pero que debe ser idéntico en relación con la segunda, y que a juicio de la Sala tienen un valor complementario corroborativo y aclaratorio de quien eran los verdaderos destinatarios de una serie de transferencias realizadas a lugares tan divergentes como Turquía y Bélgica, que no eran otros que Mohamed Afalah y Mohamed Belhadj, ambos participes en los atentados de Madrid. La prueba directa la constituyen las certificaciones oficiales de las agencias a través de las que se envió el dinero tal como constan en la Pieza Separada abierta en relación con la 2ª parte de los documentos proveniente de las Diligencias Previas 309/05 del JCI nº 6-folios 93 y siguientes- donde constan diferentes remisiones de dinero por parte de SAMIR TAHTAH a varias personas entre las que se encontraban Hammad Lashini en Bélgica, con quien se encontraba en aquel momento Mohamed Belhadj y a Saadoun Ramadan (misma 2ª parte de los documentos proveniente de las Diligencias Previas 309/05 del JCI nº 6-folios 115 y pericial al respecto practicada en el acto del juicio), pero recibidas realmente por Mohamed Afalah y que fue el dinero que le permitió recobrar la libertad para entrar posteriormente en Irak. Son igualmente valorables, como en el caso de Kamal Ahbar, las declaraciones del testigo Mhamed IDRIS HACHIM, compareciente en el acto de la vista, con las mismas apreciaciones realizadas en relación con el anterior dada su retractación parcial de sus anteriores declaraciones más explícitas sobre los hechos y la participación en los mismos del acusado.

Son significativos igualmente los objetos encontrados en San Francisc y lo mismo en el domicilio de la Calle Cid Campeador (video en el que aparece personalmente vestido de guerrero jihadista) (Dilig. de registro a f. 4485 a 4500 y 6393 a 6413) de Hafida, con quien según parece convivía Samir Tahtah.

Considera en definitiva la Sala, como en el caso de Kamal AHBAR, que existe contra SAMIR TAHTAH un importante cumulo de pruebas, directa e indirectas, imposibles de reflejar de forma exhaustiva por su dispersión y carácter referencial en muchos casos, pero que permite afirmar sin ningún género de duda su integración y grado de implicación en el grupo terrorista tantas veces descrito.

QUINTO.- AUTORIA Y PARTICIPACION. De los expresados delitos, del primero de los descritos (pertenencia a organización terrorista en calidad de integrantes), son autores responsables en concepto de autores materiales del mismo los acusados SAMIR TAHTAH y KAMAL AHBAR. Del segundo (cooperación con organización terrorista) resulta autor responsable en concepto de autor material el acusado MOHAMED EL IDRISSEI. Del tercero (falsificación de documento oficial) resulta autor responsable TAREK HAMED HAMU.

SEXTO.- CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL.- En orden a la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, el Tribunal estima que no se dan ninguna de las legalmente previstas, aparte de no haberse efectuado ninguna acusación en tal sentido por parte del Ministerio Fiscal ni haberse propuesto ninguna por la defensa excepto en el caso indicado con carácter subsidiario, pero que dado el resultado, dicha subsidiariedad no ha de entrar en juego.

SÉPTIMO.- Las penas a imponer vienen fijadas en los artículos citados aplicables a los delitos estimados, determinándose conforme a las reglas del artículo 52, 61 y ss. del Código Penal. Estas penas necesariamente deben llevar aneja la accesoria dispuesta en los artículos 46 y 47, todos ellos del Código Penal.

Para la fijación de las correspondientes penas en el presente caso debe tenerse en cuenta como referencia la impuesta en Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 17.07.2008 por semejantes hechos, circunstancias y grado de participación delictiva de Mohamed LARBI BEN SELLAM, tanto en el casos de KAMAL AHBAR como de SAMIR TAHTAH, a los que se considera integrantes cualificados de la organización.

En el caso de Mohamed EL IDRISSEI, en atención a la significación del acto de colaboración terrorista apreciado, y por las razones ya expresadas, procede la imposición de la pena prevista en el texto legal en el grado mínimo.

En el caso de TAREK HAMED HAMU, procede dada la significación de su acto falsario, objetivamente grave en cuanto a lo que implica de falsificación por dinero de un documento especialmente importante incluso potencialmente peligroso para la comisión de otras actividades delictivas, incluso de terrorismo, lo que era previsible para el acusado, la pena debe imponerse en grado medio (2 años de prisión y multa de seis meses a razón de 10€ por día).

OCTAVO.-RESPONSABILIDAD CIVIL. La comisión del hecho delictivo lleva consigo, además de la responsabilidad penal, la civil y deberá alcanzar para reparar o restituir el perjuicio material y moral causado. En el presente casos no se ha constatado la existencia de

perjuicios evaluables económicamente, por lo que no es procedente la fijación de responsabilidad civil alguna.

NOVENO.-COSTAS. Deben imponerse por imperativo legal a los penalmente responsables de los delitos (artículo 109 Código Penal y artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Vistos los preceptos citados y demás de pertinente y general aplicación.

Por lo expuesto en el ejercicio de la función jurisdiccional que nos confiere el artículo 117 de la Constitución española,

El Tribunal dicta el siguiente

IV. F A L L O

CONDENA A KAMAL AHBAR (RABAH ACHAHBOUN) y a **SAMIR TAHTAH** como autores responsables de un delito de pertenencia a organización terrorista en grado de INTEGRANTES a la pena de 9 años de prisión e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 10 años.

CONDENA A MOHAMED EL IDRISI como autor responsable de un delito de colaboración con organización terrorista, a la pena de 5 años de de prisión e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de la condena y multa de dieciocho meses a 5 € diarios.

CONDENA a TAREK HAMED HAMU como autor responsable de un delito de falsedad en documento oficial cometido por

particular, a la pena 2 años de prisión y multa de seis meses a razón de 10€ por día, e inhabilitación para empleo o cargo público por tiempo de la condena

Los condenados deberán pagar igualmente entre ellos por parte iguales las tres catorceavas partes de las costas del juicio.

ABSUELVE LIBREMENTE A KHALED ABIDI; YAGOUB GUEMEREG; MOHAMED EL IDRISI; DRISS BELHADI; TAREK HAMED HAMU; BILAL EL SAITI; MUSTAFA MOHAMED ABDESELAM; ABDELMALIK ABSELAM AMAK; SAID EL MAZMOUZZI ; RIDOUANE EL OUARMA y ABSDELHARIE DAHANE, del resto de las acusaciones que contra los mismos era mantenida por el Ministerio Fiscal.

Se ratifica la **LIBRE ABSOLUCIÓN** de **AOMAR HAMED** acordada durante las sesiones del juicio oral, al ser retirada la acusación contra el mismo por parte del Ministerio Fiscal.

Se declaran el resto de las costas de oficio.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que no es firme, ya que contra la misma puede interponerse recurso de casación para ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo en el plazo de cinco días a contar desde el siguiente al de la última notificación practicada de la presente resolución.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**VOTO PARTICULAR CONCURRENTE QUE FORMULA EL
MAGISTRADO JOSE RICARDO DE PRADA SOLAESA.-**

1. Mi parcial discrepancia con el contenido del Razonamiento jurídico Primero de la Sentencia se refiere exclusivamente a la falta de desarrollo de los argumentos de la Sentencia en relación con aspectos relevantes de la acusación –hechos y calificación jurídica del Ministerio Fiscal-, específicamente en lo referido a la pertenencia de la mayor parte de los acusados a una red terrorista, cuya finalidad sería la captación y envío de muyahidines para cometer actos terroristas en Irak (Red Tigris).

En mi opinión, el Ministerio Público simplifica enormemente los problemas tanto de prueba como sustantivos que se presentan en el caso, afirmando que pretenderían el envío de combatientes jihadistas a la organización "*Ansar al Sunna*" que cometía atentados terroristas en Irak en el año 2004-2005, descartando por principio, sin dar razones para ello, que pudiera tratarse de la adhesión a cualquiera de los otros grupos de la insurgencia radical islámica que operaban en dicho momento y lugar. Por otra parte, el carácter terrorista que le atribuye a la organización "*Ansar al Sunna*" o a "*Ansar Al Islam*", parece que le exime de la necesidad de cualquier clase de prueba de la finalidad terrorista de los actos realizados por los captados.

2. Desde mi punto de vista no es factible esta pretendida simplificación ni de la situación fáctica ni de la calificación jurídica de los hechos. Estimo, por el contrario, que existen en el caso profundísimas dificultades tanto en lo que se refiere a la satisfacción de las necesidades o requerimientos probatorios exigidos por las

descripciones típico-penales, como de la concreción y taxatividad de los tipos penales y su adecuado deslinde de otra clase de acciones o posibles tipificaciones jurídicas, en función del específico contexto -de guerra- donde se habrían de llevar a cabo las acciones finales de estos grupos y personas.

3. En primer lugar, quizá no la mas importante, la derivada de la propia descripción típico-penal del nº 2 del artículo 515 del C.P. y si dentro del concepto legal de banda armada, organización o grupo terrorista, caben las meras tramas o redes informales de personas que, sin verdaderos vínculos reales ni estables entre ellos, ni ninguna clase de estructura orgánica ni organizativa, ni tampoco jerarquía, y simplemente con objetivos comunes preestablecidos, pero sin otros elementos reales de adherencia, sin embargo consiguen formar un efectivo entrelazado o entramado de relaciones, basado en muchos casos en el mero conocimiento referencial -red de contactos-, pero que de una forma más o menos natural les permite llegar a determinados resultados, con un suficiente grado de eficacia, formando auténticas estructuras funcionales difusas y dispersas en una multitud de países, plenamente operativas y potencialmente peligrosas en función de la finalidad perseguida.

Es posible que, desde punto de vista político criminal, resulte necesario prever su castigo, como una de las formas idóneas de prevención de los delitos de terrorismo, pero desde el punto de vista de la legalidad estricta vigente, atendiendo a los términos que utiliza la norma (bandas armadas, asociaciones y grupos terroristas), que tiene un significado preciso, en derecho y fuera de él, y se ubica además en un determinado lugar de nuestro Código Penal (como una asociación ilícita, dentro de los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales) resulta sumamente dudosa su inclusión, al

menos sin que ello implique de alguna manera forzar interpretativamente el tipo penal, en serio detrimento del principio de legalidad penal.

4. Otro problema interpretativo es el de la consideración, "*in abstracto*", como terrorista, de la mera adhesión a la insurgencia radical islámica en Irak, sino queda acreditado, además, que es a uno de los grupos que utiliza, cuando menos, tácticas terroristas, y que la voluntad del sujeto, por inferencias o de otro tipo, es la de llevar a cabo alguna de las actividades que se vienen a considerar como incuestionablemente terroristas.

No parece admisible desde el punto de vista del estricto análisis jurídico, la equiparación sin más, a modo de principio general o de presunción "*iuris tantum*", de combatiente jihadista o muyahidín, con terrorista, a modo de etiqueta, que exima inmediatamente al aplicador del derecho de cualquier valoración o análisis al respecto.

Debe admitirse que existen en principio, al menos en el plano teórico, distintas posibles finalidades, ninguna de ellas descartable de origen, que pueden animar los actos de aquellos que deciden trasladarse a Irak para combatir en el conflicto armado allí existente. No todas las situaciones han de merecer la misma consideración y la inmediata calificación de terroristas. Para ello, en mi opinión, debe existir algo más. Alguna clase de prueba, aunque sea mínima, que ponga de manifiesto que la voluntad real de los actores es, verdaderamente, la de cometer actos terroristas.

Sirva de ejemplo, la Guerra de los Balcanes (1992-1995), que asoló el territorio de Bosnia Herzegovina, en la que combatientes jihadistas (muyahidines) provenientes de diversos países lucharon en defensa de la población musulmana que en aquel momento estaba

sufriendo lo que ha sido calificado como crimen de genocidio por diversas Sentencias de Tribunales internacionales (Sentencia de 19.04.2004 del Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia en el caso Radislav Krstić; Sentencia de 27.02.2007 de la Corte Internacional de Justicia en el caso de Bosnia Herzegovina contra Serbia). Estas acciones de apoyo a la población musulmana recibieron reconocimiento internacional y no han sido tenidas por acciones terroristas y, excepto en contados particulares casos, tampoco como crímenes de guerra.

La apelación que habitualmente se hace a la jihad universal y a la globalización de la jihad, no es suficiente desde el punto de vista de un riguroso análisis jurídico. Se trata de un concepto metajurídico, de enfoque global, que mezcla elementos analíticos, especulativos y valorativos, impregnado de una gran carga ideológica, que puede resultar útil como fundamento de estrategias y planteamientos políticos generales de todo tipo, incluso de política criminal a nivel de Estados o de continentes, pero inaprensible e inútil desde una perspectiva jurídica estricta como fundamento definidor de lo que es terrorista, que debe atenerse a los fines inmediatos y mediatos reales de los actos de los sujetos, sin que sea admisible mezclar situaciones de la vida real que poco o nada tienen que ver entre sí (atentados de Nueva York de 11.09.2001, atentados de Madrid, Londres, en Irak, Palestina, etc..) ⁴, que requieren de un análisis diferenciado, en cuanto a las acciones, significado de éstas, objetivos, fines, resultados, etc..

⁴ Esta afirmación referida al ámbito jurídico se encuentra también en el debate de las políticas y estrategias de los Estados en el combate contra el terrorismo. Ejemplo significativo es el cambio de planteamientos propugnados por el influyente politólogo norteamericano Francis Fukuyama.

Ver igualmente revista "New Perspectives Quarterly" (NPQ). Volume 23# 4. Fall 2006. Número monográfico titulado "De-Globalize the Jihad", que propugna un tratamiento "desglobalizado", puramente local y desmilitarizado del problema.

5. En línea de progresión con el razonamiento que se viene desarrollando, es innegable la existencia de un conflicto armado en Irak, al menos en el momento a que se contrae la acusación del Ministerio Fiscal, que se inició con la invasión de este país por una coalición militar multinacional, pero que no cesó con la derrota del ejército de Saddam Hussein y la ocupación militar de Irak, sino que se transformó en un conflicto armado de naturaleza diferente, librado entre las fuerzas de la coalición y las fuerzas de seguridad del gobierno de Irak, por un lado, y las decenas de grupos insurgentes de distintas características, incluso luchando entre sí, por otro, en la forma como ha quedado expresado en el relato de hechos probados. No se puede profundizar en el ámbito de este voto particular en el concepto actual que ha sido acuñado de conflicto armado, baste decir que mucho más allá de la guerra formal. Tampoco sobre el carácter internacional o puramente interno del conflicto⁵. Consideramos suficiente dejar constancia de únicamente lo que resulta obvio; es decir, que se inició como conflicto armado de carácter internacional, pero a partir de un cierto momento se transformó, conjugándose elementos de conflicto internacional y no internacional, siendo, en lo que respecta a esta resolución, más relevantes los efectos derivados de la apreciación de éste último.

La principal consecuencia jurídica de la existencia de un conflicto armado es, precisamente, la vigencia del Derecho Internacional Humanitario (DIH), bloque normativo de carácter internacional que regula los actos de guerra y, específicamente, en lo que aquí más nos interesa, los crímenes de guerra referidos a aquellos actos o hechos que infringen más gravemente las normas relativas al derecho de guerra.

⁵ Esta afirmación es compatible con las declaraciones de fin de la guerra realizada por las fuerzas de ocupación tras la derrota del ejército iraquí leal a Saddam Husein y de las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 1483, 1500, 1503, 1511/2003; 1546/ 2004, etc.

Resulta cierto, que la vigencia del derecho internacional humanitario no implica necesariamente la no vigencia de otros derechos, pero sí condiciona enormemente su aplicación, al establecer normas con un claro carácter preferente y que, por tanto, su aplicación se sobrepone a la de otras normas a las que desplaza.

Lo anterior hace surgir inmediatamente muy importantes dudas en relación con la consideración jurídica o calificación que se debe dar a las acciones cometidas, bien sean por insurgentes jihadistas, o de otro tipo, que combatan en el conflicto armado que se desenvuelve en Irak.

Por otra parte, es necesario dejar claro desde este momento, que determinados actos que manifiestamente tienen como objetivo prioritario a la población civil, o que trasgredan ampliamente los principios de discriminación, precaución y proporcionalidad en los ataques, realizados con la intención de aterrorizar a la población civil, ya sean por los medios empleados (por ejemplo, ataques suicidas, o con coches bombas, etc.), en cuanto que necesariamente han de causar bajas civiles, o por el lugar donde se realicen, han de merecer la consideración de terroristas⁶.

Sin embargo, la utilización de este término, en el indicado contexto de guerra, no implica la inmediata aplicación de la legislación común antiterrorista. Por el contrario, la previsión de actos con finalidad terrorista viene reconocida expresamente como crímenes de guerra por el Derecho Internacional Penal, sino de forma directa e inmediata en las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 y protocolos adicionales de 1977, que se refieren inequívocamente a actos con esta finalidad, aunque no definan un tipo específico de

⁶ Sentencia de la Corte Suprema di Cassazione de Italia nº 1072 de 11.10.2006, publicada 17.01.2007. Sentencia del Tribunal de Premiere Instance de Bruselas de 10.01.2008 (Parquet Nº FD 35.97.10/05)

terrorismo de guerra, si ha cobrado carta de naturaleza a través de la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales "ad hoc" (*Caso Stanislav Galić*, Sentencia de 30.11.2006 del Tribunal Penal para antigua Yugoslavia) y, lo que es más importante, incluso han sido incorporados a las legislaciones internas, que es lo que ocurre con la española, a través de art. 611.1º del CP.

Sin embargo, para la aplicación de este artículo 611-1º del CP, que contiene una definición de terrorismo diferente de la que se contiene en los art. 571 y ss. del CP, no sería suficiente la simple adhesión genérica a la insurgencia iraquí, ni siquiera con la consideración de combatiente jihadista. Tampoco, aunque más dudosamente, lo sería la mera adhesión a grupo combatiente que utilizara, junto con otras, tácticas terroristas, de no ser que existiera una voluntad expresa de comisión de un hecho terrorista en el seno de ella. Los supuestos que más nítidamente hacen posible la aplicación del indicado precepto serían: la conspiración, la provocación, inducción o alguna forma de participación en algún hecho o actos de características terroristas, determinada éstas en función de los parámetros antes avanzados contenidos en el referido art. 611.1 CP, en relación con el amplio conjunto de normas que componen el DIH.

El problema surge en nuestro derecho, al plantearnos un posible concurso de normas aplicables. Y, en ese caso, la forma de resolverlo. Es decir, si deben prevalecer las normas comunes relativas a los delitos terroristas, (tipos penales contenidos en la Sección Segunda del Capítulo V del Título XXII, artículos 571 y siguientes, relativos a los delitos de terrorismo, incluidos los establecidos en el artículo 515-2º y 516 del código penal), o deben aplicarse de forma preferente las normas relativas a los crímenes de guerra.

Sin duda alguna, la especialidad derivada del contexto donde se producen los actos, determina, necesariamente, la preferencia del Derecho Internacional Humanitario, lo que ha de conllevar también la aplicación de las normas internas a través de las que se incorpora éste al derecho interno.

Lo hasta ahora dicho, es claramente en relación con las personas que se unen o intervienen en un conflicto armado, independientemente de donde, en su caso, sean juzgadas. No obstante, no procede pronunciarse por ser innecesario dado el resultado probatorio, en si es jurídicamente procedente o ni tan siquiera posible el enjuiciamiento de este tipo de conductas en España, que de serlo, tendría un mucho mayor apoyo en el art. 23.4.h de la LOPJ, que en el apartado b, de dicho precepto, ya que frente a la inexistencia de un Tratado internacional en materia de terrorismo que recoja expresamente la jurisdicción universal en sentido estricto (recogen en su generalidad únicamente el principio "*aut dedere aut iudicare*"), si lo existe para los crímenes de guerra a través de las previsiones contenidas en los Convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales.

6.- Si partimos de la aplicabilidad preferente al caso de las previsiones contenidas en el DIH (singularmente el artículo 611.1 del CP), y fuera posible tenerlo en cuenta por haberse referido la acusación a él, el siguiente paso sería el determinar el tratamiento jurídico que se habría de dar a cada unos de los diferentes supuestos que se pueden presentar en relación con aquellos que, individualmente o actuando en grupo o dentro de un entramado o red, reclutan, captan o convencen a otros, o les dan soporte material, logístico, de información, como combatientes jihadistas, según sea para que: a) se unan a cualquiera de los grupos, suníes o chiitas que conforman la insurgencia iraquí; b) se unan a grupos que

conocidamente utilizan tácticas terroristas para la obtención de sus fines; c) cometer un específico acto terrorista.

Las dudas, aparte de las obvias dificultades probatorias para poder determinar cada una de las posibles concretas finalidades que el Ministerio Fiscal estaría atribuyendo a cada uno de los acusados, estriban en la aplicabilidad en ese caso de los artículos 515-2º y 516 del CP, es decir, de si son aplicables a esas situaciones las previsiones extraordinarias contenidas en dichos preceptos penales, que anticipan la protección penal, por razones político criminales, incluso a situaciones tales en las que un grupo no ha cometido, debe entenderse que hasta ese momento, pero siendo previsible que lo pudieran hacer en el futuro, un acto terrorista. La respuesta más razonable debe ser la negativa, por razones de prueba, pero también por razones sustantivas dada la distinta naturaleza de las normas y situaciones por ellas previstas, además, de la propia tendencia en derecho penal internacional al progresivo abandono, después de Nüremberg, de figuras como la pertenencia a organización criminal o la conspiración y referirse en este ámbito internacional, exclusivamente, a la punición de hechos concretos y no del mero peligro, por muy concreto que éste sea, sin duda alguna, por considerar que es una técnica de punición mucho más propia de los derechos internos.

7.- Esto último nos lleva a la única solución posible del caso. La forma de abordar el tema no puede ser pretendiendo castigar a un grupo de personas por facilitar que otros combatan en un país extranjero sino se prueban suficientemente ciertos extremos y siempre además con las dificultades derivadas de una más que dudosa atribución de jurisdicción, sino hacerlo a través de los instrumentos jurídicos puramente internos y valorando la situación en relación a la puesta en peligro, aunque sea potencial, de bienes

jurídicos internos. En resumen, cabe decir, que la captación y soporte de combatientes jihadistas, unido a otros elementos, representa claramente una situación que evidencia que ya no nos encontramos ante un grupo de personas con una ideología radical islámica exclusivamente confinada al mundo de las ideas y del pensamiento, sino que se representa externamente y que, tal como ha ocurrido en este caso, esos planteamientos les han llevado a dar apoyo a acciones de defensa violenta de su concepción del Islam en acciones cometidas incluso en lugares fuera del conflicto, atacando e intimidando a aquellos otros Estados que directa o indirectamente, y que en su pensamiento o sentir, son enemigos del Islam. Particularmente, en el presente caso, a aquellos otros pertenecientes al grupo terrorista causante de los atentados de Madrid. La situación que se describe evidencia un peligro real y justifica plenamente la actuación de las normas penales de carácter preventivo previstas en el art. 515.2º del CP y, dado el papel que han jugado algunos de los acusados, a los que les atribuye, en función de los criterios de imputación expresados, no solo la mera pertenencia si más, sino su papel relevante dentro de aquel grupo.

Mismo lugar y fecha.