AUDIENCIA NACIONAL
SALA DE LO PENAL
SECCIÓN CUARTA

ROLLO N°53/11
SUMARIO N°47/11
JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN N°3

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:
Dª ÁNGELA MURILLO BORDALLO
Dª CARMEN-PALOMA GONZÁLEZ PASTOR (PONENTE)
D. JUAN FRANCISCO MARTEL RIVERO

S E N T E N C I A N°10/2012

En Madrid, a veintiuno de febrero de dos mil doce.

VISTAS por la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en juicio oral y público, las presentes actuaciones registradas en esta Sala con el número de Rollo 53/11 y tramitadas por el Juzgado Central de Instrucción n° 3 por los trámites de sumario ordinario registrado con el número 47/11 con respecto al acusado: **Iraitz Guesalaga Fernández**, nacido el 14/02/1983 en Zarautz (Guipúzcoa), hijo de Jesús María y Marina, con D.N.I. 72.443.796, sin antecedentes penales, de ignorada solvencia, en situación de prisión provisional desde el 18/03/2011, representado por el procurador D. Javier Cuevas Rivas y defendido por la letrada Dª. Onintza Estolaza.

El citado acusado fue puesto a disposición del Juzgado Central de Instrucción n° 3 el 18/03/2011 tras su entrega por parte de las autoridades francesas a través del correspondiente procedimiento de Orden Europea de Detención y Entrega, aceptada y resuelta favorablemente por el Juzgado de apelaciones de Pau el 01/02/2011.

Han sido partes, además del citado, el Ministerio Fiscal representado por el Ilmo. Sr. D. Jesús Santos Alonso, actuando como ponente la Ilma. Sra. Dª Carmen-Paloma González Pastor que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado Central de Instrucción nº 3 se incoaron Diligencias Previas 256/10, el 01/09/2010, por delito de colaboración con banda armada, a raíz de la documentación intervenida tras la detención el 20/05/2008, en Francia, de Francisco-Javier López Peña, alias "Thierry", documentación entre la que se halló datos que implicaban a un tal "Iraitz", especialista en programas informáticos, que se corresponde, según la policía, con la persona del posteriormente acusado respecto del que, al ignorarse su paradero, se acordó su prisión en auto de 12/01/2011 y libramiento de la oportuna Orden Europea de Detención y Entrega, resolución que dio lugar a que el Juzgado de apelaciones de Pau acordara, en resolución de 01/02/2011, la entrega del citado que se llevó materialmente a cabo el 18/03/2011, fecha en la que el Juzgado Central de Instrucción nº 5, que se encontraba de guardia, acordó su prisión, ratificada el 21/03/2011 por el Juzgado Central de Instrucción nº 3. Avanzada la causa, se dictó el 10/06/2011 auto acordando la transformación de las anteriores Diligencias Previas en el procedimiento ordinario de sumario 47/11 en el que se acordó el procesamiento del citado el 13/06/2011 y la conclusión el 06/09/2011, que acordó su remisión a esta Sala donde se unió al Rollo de Sala ya formado 53/11.

SEGUNDO.- Con fecha 13 de septiembre de 2.011, se dictó diligencia de ordenación que acordaba dar traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal de conformidad con lo dispuesto en el artículo 627 y siguientes de la L.E.Crim.,

realizado lo anterior, se dio traslado a la defensa del acusado por igual tiempo, de modo que el 01/12/2011, se dictó auto que acordaba la confirmación de la conclusión del sumario y la apertura del juicio oral con respecto al acusado.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito de pertenencia a banda armada previsto en el artículo 515.2° y 516.2° del Código Penal vigente en el momento de cometerse los hechos, que se corresponde con el artículo 571.2 del Código Penal tras la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, del que es autor el acusado, de conformidad con el artículo 28 del Código Penal, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por lo que solicitó la imposición de una pena de prisión de 10 años, inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y pago de las costas del juicio.

CUARTO.- La defensa del acusado, en idéntico trámite, calificó los hechos en disconformidad con la acusación pública, solicitando la libre absolución del acusado.

QUINTO.- Mediante auto de 10/01/2012 se admitieron las pruebas propuestas, y mediante Decreto de 13/01/2012 se señaló la celebración del juicio para el día 17 de febrero de 2.012, fecha en la que éste tuvo lugar quedando las actuaciones pendientes de dictar sentencia.

HECHOS PROBADOS

Y así expresamente se declara:

Con motivo de la detención de Francisco Javier López Peña, alias "Thierry", en Burdeos (Francia), el 20 de mayo de 2.008, se intervino gran cantidad de documentación y, entre ella, la

rubricada como: Sello BOR/SEJ 15 (4) FICHIERS BUREAUTIQUE/Pagoa 82, fechada en febrero de 2.008 y Sello BOR/SEJ 15 (4) FICHIERS BUREAUTIQUE/Pagoa 84, fechada a principios de abril de 2.008.

Los citados textos, escritos por "Pagoa" y dirigidos a "Thierry", comentan aspectos relativos al informático y al viaje a Urano.

La traducción oficial del primero de los Sellos, entre otros particulares, dice así:

"…Recibimos el mensaje que nos enviasteis en febrero con urgencia. El mensaje que es para Urano, lo recibirán en las fechas que decís…

En septiembre nosotros no fuimos allí. El informático que anda con nosotros fue allí de vacaciones y como se trata de un chico de total confianza, y conociendo lo mucho que le cuestan los cambios de pgp al responsable de allí, le planteamos a este informático que se reuniese con él. Se reunieron y creemos que el responsable quedó contento.

El compañero que fue es el que nos lleva los asuntos de informática, de total confianza, se llama Iraitz. El Ekaitz que anda con vosotros lo conocerá, pues son del mismo pueblo…"

El contenido del segundo Sello, continuando con el mismo tema del informático contiene, entre otros particulares, el texto siguiente:

…"Recordar lo del informático que está en nuestra estructura (el amigo de Ekaitz que anda con vosotros) en relación a la posibilidad de enviarlo a la selva para que ayude a los amigos de la selva en los sistemas de radio. La propuesta la hace el responsable de Urano, pero le dijimos que os lo preguntaríamos nosotros. A ver qué decís, pues él, este año también ira a Urano de vacaciones y está dispuesto a ir…"

Con los citados datos, pudo averiguarse que el tal Iraitz se corresponde con el acusado **Iraitz Guesalaga Fernández**, mayor de edad y sin antecedentes penales, natural de Zarautz (Guipúzcoa), localidad donde también reside el "Ekaitz" que se

menciona en el citado texto que fue identificado como Ekaitz Sirvent Auzmendi, miembro de E.T.A. y detenido en París el 11 de abril de 2.009.

El acusado Iraitz Guesalaga viajó con su pareja, Itxaso Urtiaga Valderrama, a Venezuela desde el 11 de septiembre al 11 de octubre de 2.008, vía Paris.

No consta indubitadamente acreditado que Iraitz viajara con anterioridad a Venezuela, ni que en el viaje de 2.008 tuviera contactos, en la selva venezolana, con otros miembros de E.T.A. para colaborar en la encriptación de documentos de la referida organización.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos relatados no constituyen el delito de pertenencia a organización terrorista por el que Iraitz Guesalaga Fernández ha sido acusado toda vez que las pruebas de cargo no sólo han sido absolutamente insuficientes para desvirtuar la presunción de inocencia que constitucional y legalmente protege al acusado, sino que, además, entiende el tribunal, el procedimiento utilizado para obtenerlas no se ajusta a los parámetros de legalidad tal como se indicará más adelante.

Las pruebas utilizadas por la acusación pública han sido:

En primer lugar, el contenido de los citados Sellos, cuyo texto, hallado en Francia con motivo de la detención del ya citado Francisco Javier López Peña, en mayo de 2008, ha sido recogido en el relato de hechos probados; en segundo lugar, la declaración policial de Itxaso, avalada por la testifical prestada por los agentes que como instructor y secretario le tomaron declaración, pese a no ser ratificada por aquélla ni judicialmente ni en el acto del plenario, y en tercer lugar, el hallazgo en el registro practicado en el domicilio de Itxaso de

los billetes de avión utilizados por el acusado y la citada para ir a Venezuela en septiembre de 2.008.

En consecuencia, la acusación pública no ha acreditado ni la condición de informático del acusado o, al menos, conocimientos de alto nivel en la citada materia, ni los viajes a Venezuela anteriores a 2.008 en los que se pusiera en contacto con otros miembros de la organización de E.T.A. -tal como se alude en los documentos indicados-, ni tampoco que en su estancia en el verano de 2.008 se entrevistara con alguno de ellos para instruirles en el manejo de las comunicaciones encriptadas.

Por su parte, las pruebas practicadas a instancia de la defensa tenían como objetivo, de una parte, acreditar que el acusado no es la misma persona que se menciona en los citados documentos y, de otra, que el motivo de que Iraitz abandonara España era laboral y, para acreditar estos extremos, aportó, al inicio de las sesiones del juicio, copia del certificado de nacimiento de Ekaitz Sirvent Auzmendi, persona a la que se menciona en los citados documentos a los efectos de identificar a Iraitz como natural del mismo pueblo de Ekaitz, acreditándose a través del citado certificado de nacimiento que Ekaitz no es de Zarauz -como Iraitz- sino de Villafranca de Ordicia (Guipúzcoa), por lo tanto, el Iraitz aquí enjuiciado no sería la misma persona que se cita en los documentos. Tal discordancia no tiene la entidad que se pretende por la defensa, por cuanto el contenido del documento no debe interpretarse en el sentido alegado por la defensa de Iraitz, esto es, que los dos sean naturales de Zarautz, sino que los dos hayan vivido en la misma localidad, y tal dato está perfectamente corroborado, Ekaitz e Iraitz han vivido en Zarauz.

Por otra parte, y con objeto de acreditar que el acusado tenía un modo de vida digno, se aportó al inicio de la vista, esto es, no sólo de forma extemporánea, sino sin tan siquiera haberlo solicitado en su escrito de conclusiones provisionales,

dos certificados, uno relativo a haber trabajado como monitor de natación en Zarauz, antes de abandonar España, y otro, de haber trabajado en una asociación de bertsolaris, certificados, ambos, carentes de valor alguno en la medida en que el último de ellos ni está firmado, ni se indica quien asume la representación de la entidad que lo emite, quienes, por lo demás, ni fueron propuestos como testigos ni, por supuesto, acudieron a la sesión del juicio.

Así las cosas, las pruebas de cargo practicadas se reducen al contenido de los documentos hallados en poder de "Thierry",- ya citados y transcritos- y los billetes de avión a Venezuela del acusado e Itxaso del 11 de septiembre al 11 de octubre de 2.008, hallados en el registro de la vivienda de ésta última y que los propios agentes que lo practicaron ratificaron como testigos en el acto de la vista.

Pues bien, el análisis de estas dos pruebas han permitido al tribunal llegar a sentar, única y exclusivamente, la identidad de que quien aparece en el texto mencionado como "Iraitz", se corresponde con el acusado Iraitz Guesalaga Fernández y que éste junto con Itxaso viajaron a Venezuela desde el 11 de septiembre al 11 de octubre de 2.008.

SEGUNDO.- Sin embargo, además de la inexistencia de prueba de cargo, entiende el tribunal que el valor probatorio pretendido obtener de la declaración policial de Itxaso carece de apoyo legal como consecuencia de la forma de tramitación de las presentes actuaciones en las que podemos distinguir las etapas o fases siguientes: 1°.- Datos que se ofrecen en el oficio inicial sobre los hechos objeto de investigación y solicitud que se formula; 2°.- Resolución que se acuerda, sus prórrogas y contenido de las averiguaciones que se obtienen tras la medida acordada; 3°.- Objetos hallados en el registro practicado en el domicilio de Itxaso; 4°.- Contenido de la declaración policial, judicial y del acto del juicio de la

testigo Itxaso y falta de dato alguno corroborador sobre la versión inicial.

1º.- La presente causa tiene su inicio en el oficio de 27 de agosto de 2.010, por el que la Guardia Civil solicita la intervención telefónica del teléfono 659.73.42.36 de la que es usuaria habitual, Itxaso Urtiaga Valderrama, identificada como compañera sentimental de Iraitz Guesalaga de quien se indica constituye el objetivo principal de la investigación.

Como datos justificativos de tal inmisión se menciona la detención en Francia, el 20 de mayo de 2.008, de Francisco-Javier López Peña, alias "Thierry", al que entre la documentación intervenida, se habla de un individuo llamado "Iraitz", del que se facilitan como datos de su identificación, de una parte, ser especialista en programas informáticos, y, de otra, ser de la misma localidad que un tal "*Ekaitz que está plenamente integrado en las estructuras clandestinas de la banda y en situación de huido*", -tal como dice uno de los documentos hallados a "Thierry"- datos a través de los que la Benemérita identifica a "Ekaitz" como Ekaitz Sirvent Auzmendi, miembro de E.T.A. y detenido en París el 22 de abril de 2.009 y natural de Zarauz y, precisamente por tales datos, identifican a "Iraitz" como el acusado Iraitz Guesalaga Fernández, natural de Zarautz, de quien ya se informa a la autoridad judicial viajó a Venezuela, acompañado de Itxaso del 11 de septiembre al 11 de octubre de 2.008, y otros anteriores que, sin embargo, no han sido investigados y de los que, en consecuencia, pese a darlos por ciertos, no se aporta dato alguno objetivo, y sin que, por otra parte, tampoco se indique en el oficio haber realizado gestión alguna acerca de los conocimientos informáticos de la persona objeto de investigación; pese a ello y sin más explicaciones, dos años después de la realización del viaje a Venezuela del acusado y su novia, se solicita la intervención del teléfono de ésta última.

Es decir, el 27 de agosto de 2.010, transcurridos más de dos años desde la detención de "Thierry" y sabiendo en ese

momento que Iraitz viajó a Venezuela del 11 de septiembre al 11 de octubre de 2.008, con su novia, desde Francia, como único medio de investigación acerca de la persona del citado, se solicita la intervención del teléfono utilizado por su novia.

2.- Presentada la citada solicitud e incoadas por el Juzgado de Instrucción las pertinentes Diligencias Previas, se da traslado al Ministerio Fiscal quien estima procedente "la prórroga" de la observación telefónica (folios 7 y 8), que es acordada por un periodo de dos meses en posterior auto.

Sin que figure unido a las actuaciones datos de interés averiguados durante el citado periodo, sin que se indique y se explique pormenorizadamente la necesidad de la prórroga mediante el correspondiente oficio explicativo de la necesidad de la misma, sin que figure el avance de la investigación, ni la dación de cuenta al Instructor de las conversaciones grabadas,- para las que se acuerda formar un depósito (folio 53)-, se solicita prórroga de la intervención en oficio de 29 de octubre (folio 54), en base a los mismos datos que figuran en el oficio inicial, esto es, la detención en Francia de "Thierry" en mayo de 2.008, y el viaje a Venezuela del acusado e Itxaso desde el 11 de septiembre al 11 de octubre de 2.011 (folios 55-57), pese a lo cual, la referida solicitud de prórroga, tras ser informada por el Ministerio Fiscal, es prorrogada judicialmente por un mes sin otros datos justificativos que los del inicial oficio (folios 66-69).

Sin que figure dato alguno sobre las conversaciones mantenidas en el citado periodo, ni dación de cuenta sobre lo ya averiguado, ni avance de la investigación, ni justificación alguna sobre la necesidad de continuar la intervención telefónica, en nuevo oficio de 24 de noviembre de 2.010 (folio 83), y con los mismos datos que ya figuraban en el anterior oficio, se solicita nueva prórroga que, tras ser visada por el Ministerio Fiscal (folio 87 y 88), es acordada judicialmente por periodo de un mes, sin que resulte avalada por nuevos datos que legalmente lo justifiquen.

Transcurrido el citado plazo y sin que la fuerza actuante aporte información de interés sobre lo averiguado y la utilidad de la medida acordada, sin que se haya dado cuenta de lo averiguado, ni se haya justificado el porqué de la medida acordada a los efectos de lo que era su objetivo a investigar, esto es, la persona de Iraitz, mediante oficio de 29 de diciembre de 2.010 (folio 105-107), se presenta nueva solicitud de prórroga, reiterando, nuevamente y, en lo sustancial, los mismos datos obrantes desde el escrito inicial, que tras ser informada favorablemente por el Ministerio Fiscal (folio 109), se acuerda en auto de 4 de enero de 2.011, sin que conste debidamente acreditada su necesidad acorde al tiempo transcurrido.

Transcurrido nuevamente el plazo y sin que figure actuación alguna en relación a lo investigado, ni datos acerca de la participación de Itxaso en la comisión de delito alguno, se solicita en oficio de 10/01/2011 (folio 128), reiterando los mismos datos ya obrantes, esto es, la detención en Paris de "Thierry" y el viaje a Venezuela de Iraitz e Itxaso, mandamiento de entrada y registro en el domicilio de esta última que, tras ser acordado en auto de 10 de enero y practicado al día siguiente, da lugar a su detención, y a la expedición de Orden Europea de Detención y Entrega con respecto a Iraitz Guesalaga Fernández, del que ya en el oficio inicial de 27 de agosto de 2.010, se indicaba residía en la localidad francesa de Ciboure, facilitando incluso, en aquel momento su domicilio.

3°.-Como contenido relevante del registro practicado en el domicilio de Itxaso, se encuentran: a) los billetes de avión de ida y vuelta del viaje a Venezuela del 11 de septiembre y el 11 de octubre de 2.008 de Iraitz e Itxaso -datos ya obrantes en el oficio inicial- y un billete de tren de alta velocidad (TGV) hasta París del día anterior al viaje a Venezuela; b) videos sobre la situación política y económica de Venezuela de 2.007 y c) otro video con fotos del viaje de 2.008.

Por el contrario, no consta dato alguno acerca de la estancia de Iraitz en Venezuela en años anteriores, ni de entrevistas con otros militantes de E.T.A. o dato alguno de sus enseñanzas informáticas en el citado país.

4°.- La declaración policial de Itxaso contiene, en síntesis, los siguientes datos incriminatorios:… *Reconoce haber estado en Venezuela entre los meses de septiembre y octubre de 2.008…. viajó con el que en ese momento era su pareja, Iraitz Guesalaga,… quien ya había viajado en el 2.007 con una amiga… cuando Iraitz estuvo con ella desapareció durante 3 ó 4 días coincidiendo con Arturo Cubillas….*

La citada versión no fue mantenida en la declaración judicial, donde se negó a declarar (folio 252), ni tampoco en el acto del plenario, añadiendo en ambas ocasiones, haber sido objeto de malos tratos psicológicos, que concretó con amenazas a familiares y haber declarado sin presencia de abogado; no obstante, consta, haber sido visitada diariamente, en dos ocasiones, por el médico forense a quien relató idénticas amenazas, sin que por éste se apreciara indicio alguno de las mismas.

Por el contrario, el trato correcto y la voluntariedad de los datos ofrecidos en las declaraciones policiales fue aseverado, bajo juramento, en el acto de la vista por el Instructor y el Secretario de la citada toma de manifestaciones y del atestado en general.

Así las cosas, la versión policial indicada no sólo carece de fuerza probatoria acreditativa de su contenido pues, incluso aún dándola por cierta, faltaría el requisito jurisprudencialmente exigido de la corroboración objetiva de los datos mencionados por la testigo del juicio, esto es, el conocimiento de informática, la existencia de toros viajes del acusado a Venezuela, la comprobación de las entrevistas mencionadas por Itxaso o el desplazamiento del acusado a zonas del interior de Venezuela.

Pero, con independencia de la carencia de fuerza probatoria aludida, y de que no se haya averiguado ninguno de esos datos corroboradores de la versión ofrecida a la policía por Itxaso, lo que no resulta admitido en derecho, es la prórroga de las conversaciones telefónicas durante 5 meses: a)sin que conste que en la persona objeto de tal medida haya indicios de comisión de delito alguno, -aunque se relacionara con quien era objeto de investigación-; b) sin otro fundamento que el que aparece desde el primer oficio; c) sin que conste dato alguno acerca de la necesidad de la medida, d) sin que la decisión judicial tenga un mínimo soporte indiciario que justifique la desmedida medida, y e) sin que, por lo tanto, se cumplan los requisitos exigidos por la jurisprudencia en la adopción de la citada medida restrictiva de derechos.

TERCERO.- Como consecuencia de lo anterior y en base a lo expuesto, se acuerda la absolución del acusado y la declaración de oficio de las costas procesales.

VISTOS los citados preceptos y demás de general y pertinente aplicación,

F A L L A M O S

QUE DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Iraitz Guesalaga Fernández del delito de pertenencia a organización terrorista, con declaración de oficio de las costas procesales.

Contra la presente resolución puede interponerse recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo que deberá prepararse en el plazo de cinco días a partir de la última notificación.

Así, por esta nuestra sentencia definitivamente juzgando en esta instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Magistrada Ponente Ilma. Sra. Dª Carmen-Paloma González Pastor, estando celebrando audiencia pública el día de su fecha. Doy fe.