



Roj: **STS 1855/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:1855**

Id Cendoj: **28079120012019100360**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/06/2019**

Nº de Recurso: **485/2018**

Nº de Resolución: **306/2019**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **SUSANA POLO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 5/2018,**  
**STS 1855/2019**

RECURSO CASACION núm.: 485/2018

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Susana Polo Garcia

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 2<sup>a</sup>

#### **TRIBUNAL SUPREMO**

##### **Sala de lo Penal**

##### **Sentencia núm. 306/2019**

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Vicente Magro Servet

D.<sup>a</sup>. Susana Polo Garcia

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 11 de junio de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 485/2018 interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL** contra Sentencia de fecha 24 de enero de 2018 dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Segunda, en el Rollo de Sala 12/2016 por un delito de terrorismo yihadista.

Ha sido parte D. Geronimo , representado por la procuradora D.<sup>a</sup> Carmen Echevarría Terroba, bajo la dirección letrada de D. Marcos García-Montes, D. Hermenegildo , representado por la procuradora D.<sup>a</sup> Consuelo Caro Cebeiro, bajo la dirección letrada de D. Juan Manuel Martín Calvente, y D. Horacio , representado por el procurador D. Mariano López Ramírez, bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> Marina Teresa Rodríguez de Liébana Espinosa.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Susana Polo Garcia.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En el procedimiento ante la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, el 24 de enero de 2018, se dictó sentencia absolutoria de D. Geronimo , D. Horacio y D. Hermenegildo , de los delitos de pertenencia a organización terrorista por los que venían siendo acusados; que contiene los siguientes **Hechos Probados**:



" **ÚNICO**.- El 27 de enero de 2015 dos individuos no identificados descritos como de "raza árabe" intentaron llevar a cabo la compra de dos pistolas "Smith and Wesson" en la armería "Topgun" sita en el n° 8 de la calle Heliotropo de Madrid, a la que llegaron en el vehículo SEAT Toledo 1.6 D con matrícula ...WXY , alquilado por Leonardo , contra el que no se sigue el presente procedimiento, presidente de la mezquita de la calle Peña de Francia de Madrid.

A raíz de estos hechos, se identificó al procesado **Horacio** , como uno de los jóvenes que acudía con frecuencia a dicha mezquita.

Las primeras aportaciones de la investigación permitieron llegar, a través de la actividad en la red de Horacio , hasta el procesado **Geronimo** , ambos vecinos en el barrio de La Cañada de Rivas Vaciamadrid.

El análisis de la actividad en Facebook de **Geronimo** reveló un "perfil de amistad" que utilizaba el indicador " DIRECCION000 " , y tenía, en mayo de 2015, como foto de cabecera la imagen de Abu Baker el Bagdadi, líder del "DAESH".

En el perfil de Facebook de Geronimo con URL .3 con Ila ID NUM000 se capturaron fotografías de Fouad Belkacem, miembro de la organización yihadista "Sharia Belgium", imágenes de Kabier Ahmed, Razwan Javed e Ihjad Ali, miembros de la organización Al Muhajiroun y del Sheik Muhammad Al Arifi.

El 6 de junio de 2012 publicó una imagen de personas ondeando banderas, una de ellas de la organización Estado Islámico, con el comentario. "Dios rezó por el profeta". El 27 de octubre de 2012 publicó una imagen con la expansión geográfica del Estado Islámico por un mapa mundial.

Otro "perfil de amistad" pertenecía a Jose María , que mostraba como fotografía del mismo una bandera del Estado islámico. Así como el perfil @ DIRECCION001 , utilizado por Luis Francisco , condenado por delito de integración en organización terrorista (Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional).

Otro perfil se reveló a través de Facebook con Ángel Jesús , detenido en Francia durante el mes de agosto de 2015 por un delito de terrorismo.

Otros perfiles de redes sociales en los que aparecía **Geronimo** correspondían igualmente a personas relacionadas con Estado Islámico; @ DIRECCION002 ( Avelino ), Celestino @@ DIRECCION003 o DIRECCION004 y @ DIRECCION005 o@ DIRECCION006 . Perfiles e imágenes sin mayores consecuencias.

La observación telefónica de los terminales de Horacio permitió identificar al procesado Hermenegildo , quien dada su amistad con el primero le apoyaba espiritualmente en temas de formación religiosa; asimismo, compartía Hermenegildo con Geronimo un grupo cerrado de Facebook denominado "guardianes de la fe", con la imagen de la bandera libre de Siria con la frase "Solo te tenemos a ti Dios".

A finales del mes de junio de 2015 **Geronimo** desde su teléfono puso un anuncio para poner a la venta un rifle airsoll de bolas sin que su posesión o dicha circunstancia hubiesen tenido alguna consecuencia.

Los días 24 y 26 de junio de 2015 **Horacio** mantiene sendas conversaciones telefónicas con su suegra sobre la situación de los Países Arabes, maldiciendo a los Chiies enemigos de Allah y del Profeta, habiendo estado hablando de religión con un señor en Casablanca; todo ello sin ninguna consecuencia.

En conversación mantenida el 9 de junio de 2015 y en relación con un local llamado "Centro Al-Huda" situado debajo del domicilio de Hermenegildo en el número NUM001 de la CALLE000 de Madrid donde se reunían dos asociaciones seguidoras de la corriente conocida como sufismo (corriente mística del Islam despreciada por otras facciones) Horacio manifestó que había que lapidarios y Hermenegildo afirmó que les iba a tirar una granada e iban a ser víctimas y que llevaba una semana vigilándoles a la entrada de sus reuniones y siguiéndoles cuando las finalizaban; continuando con el tema, en conversación sostenida entre ambos el 18 de junio de 2015, hablan ambos de liberar el local con una buena espada o una bazoca, diciendo **Horacio** : "mejor con la espada para que haya sangre" contestado **Hermenegildo** : "Sí, sí que haya sangre como en la guerra civil", considerando a los asistentes a las reuniones criminales al no hacer el Ramadan, calificando sus prácticas de demoniacas; no teniendo sus comentarios consecuencia alguna.

En conversación telefónica que mantuvieron ambos el día 18 de octubre de 2015 sobre el juicio final, **Hermenegildo** manifestó que se acercaba la hora del Juicio, respondiéndole **Horacio** que la hora no es que se acercase, es que estaban en ella, hablando de las señales del Día del Juicio Final y queriendo volver, entre risas, a como era antes, a las espadas, y cargarse a gente, contestando Hermenegildo que no le importaría, no teniendo tampoco sus comentarios consecuencia alguna.

En la entrada y registro en los domicilios de los acusados:

- DIRECCION007 , n° NUM002 de Madrid, domicilio de Geronimo .



- DIRECCION008 , n° NUM003 de Rivas Vaciamadrid, domicilio de Horacio .
- AVENIDA000 , n° NUM004 , NUM005 NUM006 de Madrid, domicilio de Hermenegildo . Practicadas el día 03/11/2015, se intervinieron:

1. Geronimo :

**a) DOCUMENTOS**, entre otros;

- *Un folio manuscrito en árabe* en el que se refleja "no vamos a dejar que occidente nos ensucie, no vamos a dejar pasar el tiempo" y "vamos a romper el candado de nuestra desgracia y nuestros ejércitos acabarán con nuestros enemigos".

- *En otro fragmento* aparece un llamamiento a realizar acciones armadas en venganza a supuestas afrentas al Islam. En concreto, se hace alusión al hecho de caricaturizar al profeta por los que califica de enemigos y se critica a los musulmanes por "seguir durmiendo" mientras son atacados.

- *Un libro* escrito en árabe, "Fikh Al Muyassir", traducido como Doctrina Facilitadora cuyos autores son varios sabios de Arabia Saudí, publicado en la editorial Daraltakoa. De entre los diferentes capítulos en que se divide, el capítulo VI, se refiere al **LIBRO DE LA YIHAD**.

- *Un libro* escrito en árabe, "Ittihaf al Okul", traducido como "Enriquecer los cerebros", a través de la explicación de los tres fundamentos-teorías, de Imán renovador Mohamed Ibn Abdelwahhab.

En el último de todos los capítulos, el que recoge "la obligación de rechazar "Tagut" reivindica la realización de la Yihad por la causa de dios, entendida como el sacrificio de lo más valioso que puede tener una persona, es decir, dar la vida de uno mismo, considerando la Yihad "como lo más alto de la religión".

- *Un folio* manuscrito en el que se hace un llamamiento a las mujeres musulmanas para que se pongan el velo y hay dibujos de dos tipos del velo; el nigab y el hijab.

- *Un folio* manuscrito de unos versos hablando de la muerte, la tumba, pidiendo a Dios el autor que se apiade de él "en la tierra, debajo de ella y el día del juicio final".

- *Un folio* manuscrito de unos versos haciendo referencia a los méritos del profeta e invitando a sus seguidores que "hablen con los mártires que han acompañado al profeta en sus batallas".

**a) EFECTOS INFORMÁTICOS**, entre otros:

El análisis de su *ordenador personal* marca Samsung con n° de serie NUM007 reseñado como **A9 (11-1D1)**;

- El 1 de septiembre de 2015, consultó el *perfil* de Facebook de DIRECCION009 , donde aparece un muyahidín con la bandera negra Yihadista.

- Igualmente, el 7 de septiembre de 2015 consulta el *perfil* de la Red Digital Siria, en la que aparecen dos banderas, la de Harakat Nour al Din al Zenki y la de Jabal Al Nusra.

- El 22 de septiembre de 2015 consulta el *perfil* de DIRECCION010 el norteño, en una de las fotos de este perfil, una persona comenta en árabe: que "Dios te bendiga y que Dios proteja a todos los combatientes musulmanes".

- Asimismo, el 7 de octubre de 2015 realiza la búsqueda en Facebook con el hastag en árabe "Infierno DeLos RusosEnSiria", que lleva a una página con imágenes relativas al tema, entre ellas, una pancarta rusos, os devolveremos a vuestro país sin cabeza", o una imagen con la fotografía de un soldado ruso decapitado por los yihadistas sirios, subida por Carlos .

*Búsquedas en Youtube:*

- El 25 de septiembre de 2015. El Sheij argelino Shams Al Din, Daesh.

- El 7 de octubre de 2015: El infierno de los rusos en Siria.

- El 13 de octubre de 2015: Droga mortal que puede causar la muerte en cuestión de minuto.

- Sus búsquedas en internet revelaron que el 1 de octubre de 2015 visualizó un vídeo titulado "ataques aéreos rusos en posiciones del DAESH en Siria".

El *teléfono* utilizado por éste reseñado como **A39 (1TEL5)**, aparece una *captura* de pantalla de las Torres Gemelas en el atentado de 2001 con una leyenda en árabe en la que se viene a exponer que en cierto modo el Corán predijo la caída de las Torres, una frase literal de la Sura 21 del Corán relativa a la proximidad del Juicio Final.

- Recibió un *vídeo* que reenvió sobre los atentados cometidos en París en la revista Charlie Hebdo.



- *Dos capturas* de pantalla que reflejan un poema de índole yihadista; de fondo se pueden apreciar la imagen de soldados. En el mismo, se habla de los hermanos que han vendido su alma para que la religión esté en alto y por ello han muerto. Venden su alma a Allah respondiendo así a su llamamiento, caracterizándose así estos hermanos por su valentía, hombría y siendo vistos como héroes.

- *Otra captura* que muestra el texto: "*Los salafistas de Tetuán piden al gobierno la apertura de fronteras para permitirles poder ir a la Yihad*", fechado a 13 de octubre de 2015.

En las *notas* del teléfono se ha encontrado:

- El nombre en árabe de varios Sheikhs fundamentalistas:

Sheikh Nasser al -Fand

Sheik Bashir Bin Hassan

Al Aq1a-Al-Shuebi

Yusef A I-Ayeri

Sheik Omar AbdelRahman

- Una carta titulada "*Ojalá mi pueblo supiera*", en la que su autor, desde la tierra de la batalla, para avisar y enseñar a los que vendrán después de los Muyahidines, alerta sobre la yihad en Siria y el Estado Islámico, dando su opinión y soluciones al respecto.

En el *dispositivo informático* reseñado como **1 USBA3**, A31 bis, pendrive insertado en Smart TV, encontrado en la misma habitación donde se hallaba el pasaporte de **Geronimo**, se encontraron numerosos archivos de audio que reflejan desde la simple lectura del Corán hasta llegar al odio a los infieles, el día del Juicio final, la aceptación de la muerte o el martirio y cánticos y sermones que llaman a la realización de la Yihad.

2. Horacio :

**A) DINERO EN EFECTIVO POR IMPORTE DE 35.570 EUROS.**

**B) ELEMENTOS DIGITALES, ENTRE OTROS:**

En el *disco duro del ordenador portátil* con nº de serie NUM008, evidencia B1 referenciado como **2HD1** utilizado por Horacio se hallaron más de 14000 archivos de imagen;

- Actividades de ensalzamiento de la actividad terrorista del Estado Islámico, como la ejecución de dos periodistas japoneses, Kenji Goto y Haruna Yukawa el 31 de enero de 2015.

- Imágenes de operaciones policiales contra elementos yihadistas en España.

- Imágenes de destrucción de patrimonio cultural por miembros del Estado Islámico.

- El 15 de agosto de 2015 realizó búsquedas en Youtube sobre videos en los que Abu Bark Al Baghdadadi proclamaba el Califato y llamaba a acabar con los infieles. Igualmente realiza búsquedas del Sheik Khalid Al Rashid.

- 16/08/2015 Vídeos apocalípticos sobre la muerte y el juicio final.

- Septiembre 2015; varios vídeos sobre noticias. Documentales, programas televisión, biografías, sermones, combatientes que fueron buscados y visualizados por Horacio relacionados con la yihad global en general y con el Estado Islámico en particular.

Texto completo fs. 12-16 escrito acusación Ministerio Fiscal.

En la *agenda asociada* al dispositivo referenciado como **2TEL9** se encontró anotado el teléfono NUM009 relativo a " Raton ", identificado como perteneciente a Ángel Jesús, autor del atentado frustrado en Francia en agosto de 2015.

Hermenegildo :

El análisis de la evidencia **3TEL 1**, *teléfono* de su propiedad, reveló su relación con un marroquí que se encontraba en Libia llamado Carlos José manteniendo una conversación el 31/10/2015, sobre la actividad en Libia, bromeando con los vuelos hacia aquel país, la próxima boda de Carlos José y hablando de la yihad con uno mismo.

En el análisis del *ordenador portátil* referenciado como **3HD1** utilizado por **Hermenegildo** se encontraron, entre otros:



- *Videos de combatientes* (septiembre-octubre 2015):

Muyahidines chechenos, soldados del Estado Islámico, combatiente yihadista Al Zubair Al Maghribi, combatiente muyahidín Khattab (ensalza la yihad y asegura que el morir en nombre de Alá (mártir) es un compromiso legal en el Islam), soldados del ejército libre sirio, líderes yihadistas e imágenes de los consolidados líderes de organizaciones Yihadistas: **Osama Bin Laden, Aymán al Zawahiri, Emir Khattab. Abu Musab al Zarqawi, Ahmad Yasín.**

*Videos del DAESH:*

-31/08/2015, Matanza de cuatro soldados iraquíes por DAESH.

-31/08/2015, Yihadista tunecino liquida a policías fronterizos iraquíes.

-28/09/2015, Sheik al Assir liderando a un grupo de terroristas luchando en Siria.

-30/10/2015, miembro del DAESH disparando con un lanzamisiles.-

- *Videos sobre la muerte y el Día del Juicio Final:*

- 18/10/2015, documental sobre el Fin del Mundo y el Día del Juicio Final.

-30/10/2015, Khaled Rached hablando del Día del Juicio de Final.

-*Ensalzamiento de la "Salafiya"* (retorno a los orígenes del Islam):

- 08/09/2015, vídeo sobre las batallas de las Cruzadas. Título: La gloriosa Batalla de Yarmuk: árabes del califato Rashidí contra la Bizancio romana.

- 06/10/2015: Tributo a los guerreros de al Andalus.

*Armamento:*

- 10/10/2015; vídeo: "*Las espadas del profeta 11/10homa*" y "*Una bonita espada*".

-"*Mercurio rojo: volamos hacia...*" El artículo establece un recorrido histórico desde el descubrimiento del mercurio rojo, en la época faraónica, hasta la actualidad, en la que el mineral puede ser utilizado en la fabricación de bombas .

-*Sheikhs:*

- 30/09/2015, Sheikh Mustafá Al-Adawi, conocido por hablar del martirio de Ossama Bin Laden.

- 14/10/2015, conferencia de sheikh Khalid Rashed sobre la situación del Níger (Es el Sheikh Khaled rashed del que hablan Hermenegildo y Horacio ).

- 17/10/2015, detención de Khaled Rashed.

- 18/10/2015, vídeo pidiendo plegarias para Khaled Rashed.

- 17/10/2015, Khalid Al-Rashed hablando del buen musulmán.

- Búsqueda en Youtube del Sheikh Abu Ishaq Al-Huwaini, clérigo egipcio que conforma una de las alas más fundamentalistas del Islam suní.

*Capturas de Facebook:*

- Maximino ; se trata de un *perfil* de un chico egipcio cuyo muro está representado por numerosos vídeos del *sheikh* Abulshaq al-Heweny.

- Pascual ; Pascual publica un vídeo que hace un fotomontaje del día del Fin del mundo con un audio del sheikh Khalid Rashid, recordando a los musulmanes que el día final se acerca.

- Roman ; se trata del perfil de uno de los amigos de Hermenegildo , situado en Sanaa (capital de Yemen). Aparece una fotografía con un arma de guerra y cuchillo de grandes dimensiones.

- DIRECCION011 : el perfil pertenece a una chica tunecina, Delia , cuyo contenido es especialmente violento, caracterizado por las imágenes y vídeos sangrientos de enfrentamientos en territorios árabes.

- DIRECCION012 ; este perfil pertenece a un individuo iraquí, de Bagdad, donde aparecen contenidos llamando a la guerra.

- Casiano ; este perfil de Ángel Jesús se caracteriza por el volumen de publicaciones del sheikh de corte extremista, Khalid Rashid. De hecho, casi todos los vídeos que comparte son de sermones de este sheikh que corresponden con los encontrados en los efectos de Horacio .





- Gerardo ; perfil de un hombre yemení cuyas publicaciones se caracterizan por el alto contenido violencia; documentos, efectos informáticos sin comportar mayores consecuencias.

Los acusados fueron detenidos el día 03/11/2015 una vez practicadas las entradas y registros en sus domicilios."

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

"Que debemos **absolver** y absolvemos a **Geronimo , Horacio , Hermenegildo** de los delitos por los que venían siendo acusados por el Ministerio Fiscal, con declaración de oficio de las costas procesales.

Acordamos el alzamiento de cuantas medidas cautelares existan contra Geronimo , Horacio , Hermenegildo , en el presente procedimiento."

**TERCERO.-** Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por el MINISTERIO FISCAL, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**CUARTO.-** Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, el Ministerio Fiscal recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes **motivos de casación**:

**Motivo Único.-** Al amparo del art. 849.1 LECr ., por falta de aplicación del art. 575.2 CP (adoctrinamiento pasivo).

**QUINTO.-** Conferido traslado para instrucción, la representación procesal de D. Geronimo suplica a la Sala tenga por opuesta a la admisión del recurso de casación, interesando se declare la inadmisión del mismo.

La representación procesal de D. Horacio , mediante escrito de 12 de abril de 2018, suplica a la Sala inadmita el recurso de casación o, en su caso, lo desestime íntegramente con expresa condena en las costas del recurso de casación a la parte impugnante.

La representación procesal de D. Hermenegildo , mediante escrito de fecha 25 de abril de 2018, suplicó a la Sala lo tenga por instruido del recurso de casación formalizado, no dando lugar al mismo.

La Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.-** Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 4 de junio de 2019.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La Sección Segunda de Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, dictó Sentencia de fecha 24 de enero de 2018 en el Rollo de Sala 12/2016 , en la que absuelve a los acusados Geronimo , Horacio , Hermenegildo , de los delitos de pertenencia a organización terrorista, y de los delitos de adoctrinamiento activo y pasivo por los que venían acusados.

El Ministerio Fiscal formula recurso de apelación contra la citada sentencia con un único motivo, al amparo del art. 849.1 LECr ., por falta de aplicación del art. 575.2 CP (adoctrinamiento pasivo).

**SEGUNDO.-** El recurrente afirma que la tipificación de las conductas del art. 575.2 tiene todo su sentido y busca configurar un delito de riesgo, adelantando al máximo legalmente posible la protección penal de los valores básicos de nuestra sociedad: la vida, la integridad física y la libertad. Por otra parte, pone de relieve que el Tribunal Supremo ha declarado con respecto al adoctrinamiento en su sentencia 354/2017, de 17 de mayo , que se incrimina un "acto protopreparatorio y eventualmente un acto preparatorio de un acto preparatorio", lo que determina su configuración como un delito de peligro, y en cuanto "al tipo objetivo.....el contenido de las páginas electrónicas a las que se accede o de los documentos que se adquieren o se poseen, deben estar dirigidos o resultar idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista..... Se trata de una exigencia objetiva predicable del contenido al que se accede, se adquiere o se posee. "

Entiende el Ministerio Fiscal que en el presente caso y sin apartarnos de los hechos probados se da ese elemento objetivo de comunicación pública, por una parte, y de asunción personal, por otra, de la ideología radical del yihadismo islamista convertida en propósito de causar la muerte, de matar, de destruir, sirviendo siempre al califato en la persona del máximo dirigente del 'SIS (o DAESH), conocida como Abu Baker EL BAGDADI.



Así, Geronimo hace público en Facebook su preferencia por Abu Baker EL BAGDAD, y la bandera del Estado Islámico, comparte el perfil utilizado por un islamista condenado por integración en banda terrorista por la Audiencia Nacional, Luis Francisco ., y Horacio y Hermenegildo se plantean lapidar o lanzar granadas contra los sufíes que se reúnen en el Centro Al Hada, en la CALLE000 , NUM001 , de Madrid, local vecino del que ocupa Hermenegildo en la misma calle y número.

Además, los acusados, de lo encontrado en sus domicilios, se desprende que han dispuesto, no solo de material propagandístico y de discursos incitando a la violencia yihadista, con visualización de asesinatos y de sus líderes, sino que también han hecho entre ellos proyectos quizá no demasiado avanzados pero en todo caso encaminados a causar la muerte de forma inmediata, en Madrid, o de forma remota, en Irak. Por tanto, si han acogido la doctrina yihadista y se han imbuido con ella con posibilidades de llevarla a la práctica y con ponderación de las armas útiles e idóneas al afecto, cabe preguntarse si los acusados no habían efectivamente buscado y conseguido un mutuo adoctrinamiento pasivo, próximo ya a la conspiración y a la tentativa.

**TERCERO** .- El artículo 849.1 de la LECRIM fija como motivo de casación "Cuando dados los hechos que se declaran probados (...) se hubiera infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal". Se trata, por tanto, como tiene pacíficamente establecido la jurisprudencia más estable del Tribunal Supremo, de un motivo por el que sólo se plantean y discuten problemas relativos a la aplicación de la norma jurídica, lo que exige ineludiblemente partir de unos hechos concretos y estables, que deberán ser los sometidos a reevaluación judicial. Es un cauce de impugnación que sirve para plantear discrepancias de naturaleza penal sustantiva, buscándose corregir o mejorar el enfoque jurídico dado en la sentencia recurrida a unos hechos ya definidos. El motivo exige así el más absoluto respeto del relato fáctico declarado probado u obliga a pretender previamente su modificación por la vía de los artículos 849.2 LECRIM (error en la apreciación de la prueba) o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, del artículo 852 de la ley procesal , pues no resulta posible pretender un control de la juricidad de la decisión judicial alterando argumentativamente la realidad fáctica de soporte, con independencia de que se haga modificando el relato fáctico en su integridad mediante una reinterpretación unilateral de las pruebas o eliminando o introduciendo matices que lo que hacen es condicionar o desviar la hermenéutica jurídica aplicada y aplicable ( STS 511/2018, de 26 de octubre ).

Por tanto, hay que recordar que el cauce casacional empleado tiene como presupuesto de admisibilidad el respeto al hecho probado en la medida que el único debate que se permite en el motivo es el de la subsunción jurídica de los hechos probados declarados por el Tribunal, que, por ello, deben ser escrupulosamente respetados por el recurrente, lo que éste incumple en la medida que los cuestiona.

El motivo por infracción de Ley del artículo. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es la vía adecuada para discutir ante este Tribunal si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley. Pero siempre partiendo del relato fáctico que contiene la sentencia, sin alterar, suprimir o añadir los hechos declarados probados por el Tribunal de instancia.

Señala la sentencia 628/2017, de 21 de septiembre , que este precepto, que autoriza la denuncia del error de derecho en la aplicación de una norma penal de carácter sustantivo, impone como presupuesto metodológico la aceptación del hecho probado, hasta el punto que el razonamiento mediante el que se expresa el desacuerdo con la decisión del Tribunal no puede ser construido apartándose del juicio histórico. De lo contrario, se incurre en la causa de inadmisión -ahora desestimación- de los arts. 884.3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

**CUARTO** .- **1.** Debemos recordar que el artículo 575 del Código Penal prevé en el apartado 1 una finalidad del acto típico caracterizada por la obtención de "capacidad" para cometer delitos de terrorismo. Pero, a continuación, subdivide en dos los ámbitos en los que aquélla capacidad puede operar: el adoctrinamiento y el adiestramiento. Diferenciación que recogen los instrumentos internacionales, a los que el legislador remite como motivo de la reforma por Ley Orgánica 2/2015, diferenciando una y otra modalidad de capacidad.

**2.** En cuanto a la relevancia penal del autoadoctrinamiento (y del autoadiestramiento) esta Sala Segunda del Tribunal Supremo ya ha tenido ocasión de exponer extensamente la falta de cobertura en los instrumentos internacionales mencionados en el Preámbulo de la Ley Orgánica 2/2015 de las modalidades de adoctrinamiento pasivo y de autoadoctrinamiento del art. 575.1 y 2 CP , y la necesaria interpretación restrictiva de estas conductas típicas para posibilitar su subsistencia sin quebranto del derecho a la libertad ideológica y del derecho a la información. ( STS nº 354/2017 )

Pese a las referencias del Preámbulo de la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, a la Resolución del Consejo de Seguridad de la ONU 2178 (24/9/2014) y a la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo de la UE, modificada por la Decisión Marco 2008/919/JAI, de tales instrumentos no deriva el tipo penal que nos ocupa. La resolución 2178 del Consejo de Seguridad de la ONU no contempla el auto adoctrinamiento. Tampoco en las citadas Decisiones Marco de la UE.



La Directiva de la UE 2017/541, en vigor desde 20 de abril de 2017, con plazo de transposición hasta septiembre del próximo año, tampoco recoge esta figura del adoctrinamiento de uno por sí mismo. El Consejo de Europa lo rechaza incluso de manera explícita. El listado de delitos contemplados en el Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (STCE nº 196), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, ratificado por España por Instrumento de 23 de febrero de 2009 (BOE núm. 250, de 16 de octubre de 2009), se incrementa en el Protocolo Adicional al Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (STCE nº 217), hecho en Riga el 22 de octubre de 2015, firmado pero no ratificado por España, que entra en vigor para los Estados Parte, el 1 de julio de 2017, en el que se incluye "recibir adiestramiento con fines terroristas" si bien dejando en libertad a los Estados firmantes para decidir sancionar las modalidades de autoadestramiento.

En la STS 354/2017, que también es citada por el recurrente, recordábamos que "respecto del adoctrinamiento, sólo se contempla en una concreta modalidad activa del mismo, el "reclutamiento con fines terroristas" entendido como el hecho de incitar a otra persona a cometer o participar en la comisión de delitos terroristas, o a unirse a una asociación o a un grupo para contribuir a que éstos cometan uno o varios delitos terroristas, pero se evitan expresamente el reclutamiento pasivo y las de autoformación ideológica, conforme admite el Informe explicativo del Protocolo en su apartado 31, pues durante las deliberaciones para su redacción, se hizo evidente que la penalización de la conducta "pasiva" ("hacerse reclutar para el terrorismo") crearía problemas en algunos sistemas legales y encontrar una definición adecuada de "hacerse reclutar para el terrorismo" que comprendiera un comportamiento suficientemente "activo" también presentaba serias dificultades".

Antes de la reforma del 2015, ya dijo esta Sala en STS 503/2008, de 17 de julio, en el apartado 4, que: "La acción terrorista es, pues, algo más que la expresión de ideas. La libre expresión y difusión de ideas, pensamientos o doctrinas es una característica del sistema democrático que debe ser preservada. Incluso, en el momento actual y en la mayoría de los países democráticos, es posible la defensa de tesis que propugnen la sustitución del sistema democrático por otro sistema político que no lo sea. La condición esencial es que esa defensa se lleve a cabo a través de vías admisibles en democracia. Esto excluye las vías y medios violentos. Salvo los casos de apología del terrorismo o provocación al delito, incluso la mera expresión de ideas violentas, sin otras finalidades, no es todavía un delito. Puede justificar, en función de las circunstancias, y siempre con respeto al principio de proporcionalidad, una investigación, un control policial e incluso una restricción temporal de algunos derechos individuales, como por ejemplo, el derecho al secreto de las comunicaciones, en la medida en que tal forma de expresarse representa un indicio razonable de la existencia de un peligro, constituido por la posibilidad cierta de que algunos de los que participan de una u otra forma en la expresión o en la difusión de tales ideas puedan avanzar hacia la acción, o de que ya lo hayan hecho, lo que generalmente se traduce en el primer paso para la constitución de un grupo más o menos organizado orientado al favorecimiento en una u otra forma, o incluso a la ejecución directa de actos terroristas.

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.

No basta, pues, demostrar que el acusado piensa de una determinada manera, o que contacta o se relaciona con otros de la misma o similar ideología. Es necesario, mediante la constatación de hechos significativos, probar, al menos, que ha decidido pasar a la acción. "

**3.** Debemos ahora establecer los elementos del tipo penal imputado a los acusados ( artículo 575.2 del Código Penal ) en el concreto aspecto alegado en el recurso de apelación del Ministerio Fiscal "adoctrinamiento pasivo", o adoctrinarse los acusados a sí mismos, único delito que en el recurso expresamente imputa el





recurrente a los acusados. Por lo que no procede analizar cualquier otra forma que se encuentre fuera del citado tipo penal, como el adoctrinamiento activo o el autoadiestramiento.

El citado delito ha sido minuciosamente analizado por esta Sala en nuestra sentencia 734/2017, de 15 de noviembre, en la que se hace constar que "El adoctrinamiento pasivo, consistente en la recepción de doctrina, resulta estructurado, conforme al citado artículo 575.2 del Código Penal, por los siguientes elementos:

A) Objetivamente el sujeto activo que lleva a cabo la conducta típica es el mismo destinatario de los efectos que constituyen su finalidad. Dice el apartado 2 del artículo 575 que las actividades previstas en el apartado anterior el autor las lleve a cabo por sí mismo.

La actividad consiste en recibir adoctrinamiento (o adiestramiento militar o de combate, o en técnicas de desarrollo de armas químicas o biológicas, de elaboración o preparación de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o específicamente destinados a facilitar la comisión de alguna de tales infracciones).

Una de las posibles modalidades de esa recepción ocurre cuando el autor acceda de manera habitual a uno o varios servicios de comunicación accesibles al público en línea o contenidos accesibles a través de internet o de un servicio de comunicaciones electrónicas.

También comete el tipo el que adquiera o tenga en su poder determinados documentos, sin exigencia en este caso de habitualidad.

Supuestos que el nº 2, párrafos segundo y tercero del citado artículo 575 enumeran como ejemplos y no como descripción exhaustiva.

B) En ese tipo de acción se incluye, además, un elemento subjetivo cuya ausencia hace la acción penalmente insignificante: la finalidad de capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en este Capítulo (terrorismo).

Como dijimos en la reciente STS 661/2017, de 10 de octubre, el elemento subjetivo del injusto, expresamente requerido, es diverso y contiene un elemento teleológico redoblado; de forma que el acceso habitual a internet o la adquisición o tenencia documental debe ser con la finalidad de capacitarse, donde el logro pretendido de tal aptitud, a su vez, ha de ser para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en este Capítulo.

Esa doble finalidad debe concurrir en los accesos a servicios de comunicación como resulta de la exigencia de que los contenidos de éstos estén dirigidos o resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines.

Y cuando la conducta consista en adquirir o poseer determinados documentos, la antijuridicidad se acota con este mismo elemento subjetivo: que estén dirigidos o, por su contenido, resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines.

Constituye la finalidad de tales accesos, adquisición o posesión, lo que algún sector de la doctrina denomina la intencionalidad objetiva o, más amplia y tradicionalmente, "elementos subjetivos del tipo". Es de subrayar la dificultad de su constatación o la especificidad de los criterios al efecto. Ha de admitirse una cierta objetivación al respecto en la medida que el significado atribuido a los actos del sujeto deriva más de la acción misma, de su sentido exteriorizado, que de la intención subjetiva del autor, de la que, pese a ello, no cabe prescindir.

En todo caso la afirmación de su concurrencia es un ineludible requisito de la decisión de condena, y debe acomodarse al canon constitucional de presunción de inocencia.

C) La norma exige tales características de los contenidos en la red a la que se accede o en los documentos adquiridos o poseídos, de tal suerte que aquellas tienen que ser abarcadas por el conocimiento del autor que por ello lleva a cabo el voluntario acceso, adquisición o posesión. La exigencia de ese componente finalístico del comportamiento determina que, en lo que se refiere a la denominada por algún sector doctrinal intencionalidad subjetiva, solamente quepa admitir la modalidad dolosa. Esta intencionalidad subjetiva presupone la existencia de la conducta ya penalmente relevante."

2.- Dado que el delito se puede consumir, en esas específicas modalidades, desde el acceso a aquellos específicos contenidos o por la mera adquisición o posesión de los citados documentos, puede decirse que, al menos en tales hipótesis, cabe hablar de lo que viene conociéndose como adelantamiento de las barreras punitivas mediante la incriminación de actos preparatorios (de la capacidad) individuales. Se puede hablar incluso de actos protopreparatorio, si advertimos que, a su vez, la capacidad preparada también ha de vincularse inescindiblemente a una ulterior ejecución de delitos de terrorismo, sin cuya vinculación la auto capacitación sería atípica.



Es decir que el delito se entenderá cometido solamente si se puede constatar que ha existido un efectivo peligro o riesgo del bien jurídico que tutelan los delitos de terrorismo.

Lo que, si es un requerimiento no exento de dificultades cuando se trata del adiestramiento en capacidades operativas, constituye ardua labor cuando la conducta enjuiciada no rebasa la esfera del auto adoctrinamiento. Porque en ese caso la línea que separa la conducta típica de la de mera ilustración penalmente irrelevante es bien delgada. Tanto si ésta se procura profesionalmente como historiador o informador, cuanto si se busca por mera curiosidad. Casos todos ellos en que la ausencia de la concreta finalidad delictiva terrorista excluye toda tipicidad, incluso en casos de idoneidad objetiva de los contenidos a los que se accede o de los documentos que se adquieren.

3.- La necesaria especificación del significado de la expresión típica nos obliga a acudir al contexto en el que adquiere sentido el término significante adoctrinamiento.

Ese contexto viene dibujado por las demás expresiones de la norma: la referencia teleológica (capacitarse para) a la comisión de delitos de terrorismo, o la exigencia de que los contenidos estén dirigidos o los documentos sean idóneos para incitar.

Pero también por las exigencias del principio de intervención mínima del Derecho Penal, especialmente cuando acude a modalidades típicas en las que la lesión del bien jurídico protegido no es inmediata, sino que se sanciona el riesgo sin exigencia del daño.

Para nuestro Diccionario adoctrinar es Enseñar los principios de una determinada creencia o doctrina, especialmente con la intención de ganar partidarios. Y doctrina es (*ibídem*) conjunto de ideas, enseñanzas o principios básicos defendidos por un movimiento religioso, ideológico, político, etc.

Es decir, que adoctrinar es algo más que enseñar o informar. Incluso más que inculcar o infundir en una persona una idea, un concepto, un sentimiento, etc., con ahínco. Tanto el que enseña como el que procura que se le enseñe lo han de hacer con una finalidad que es la de lograr la adhesión de éste, que más que discípulo pasivo (primera acepción en el diccionario de RAE), persona que recibe enseñanzas de un maestro o que sigue estudios en una escuela, deberá tratarse de un discípulo activo (segunda acepción *ibídem*) persona que sigue y defiende las ideas, doctrinas y métodos de un maestro.

4.- Tales requerimientos del sentido de la norma penal en este delito, se traducen también en exigencias para el relato de hechos probados que deben predicar la concurrencia de la doble exigencia finalística añadida a las características de los contenidos accedidos, adquiridos o poseídos por el acusado.

Así no basta afirmar estas características de idoneidad o incluso "dirección" objetiva de contenidos y documentos, sino que debe afirmarse que el autor actuó, no solamente conociéndolas, sino que accedió, adquirió o poseyó voluntaria y conscientemente con una doble y sucesiva funcionalidad. La primera que aquello que conocía le afirmaba en su adhesión a la doctrina en que se enmarcaban los conocimientos reflejados en la red o los documentos y la segunda incitaba o estimulaba su voluntad hacia la ejecución de un delito de terrorismo, sea de transmisión de tales conocimientos a otros, sea de incorporación a grupos de esa naturaleza, sea de cooperación con ellos, sea de enaltecimiento de sus integrantes o sea de cualquier otro tipo de aquellos delitos."

4.- El Tribunal a quo en el Fundamento de Derecho Primero, con cita de la Jurisprudencia aplicable y en especial la sentencia de esta Sala 503/2008, de 17 de julio - la que hemos transcrito anteriormente-, afirma que de las declaraciones policiales, de los acusados, del estudio de los vídeos, imágenes, perfiles, fotografías, documentos, libros, capturas de texto, archivos de audio, conversaciones, etc., no se cumple el canon jurisprudencial estudiado, y entiende que no concurre el elemento subjetivo exigido jurisprudencialmente, ni el efectivo peligro o riesgo del bien jurídico que tutelan los delitos de terrorismo, ni concurre ningún dato o circunstancia que permitan acreditar que los acusados hayan decidido o proyectar en el futuro pasar a la acción con la finalidad de imponer sus ideas radicales fuera de los cauces pacíficos. Evidenciando que por sí solas las pruebas practicadas insuficientes para formular un pronunciamiento de condena respecto de los mismos, no quedando desvirtuada la presunción de inocencia, por lo que acuerda la absolucón de los acusados.

**QUINTO.** - 1. Denuncia el Ministerio Fiscal que la sentencia recurrida es arbitraria o que expone irracionalmente su argumentación, para llegar a su tesis, de absolver a los acusados.

Es preciso recordar, como ha hecho esta Sala en diversas resoluciones, el criterio restrictivo implantado por el Tribunal Constitucional en lo que respecta a la extensión del control del recurso de apelación y de casación sobre las sentencias absolutorias cuando se dirimen cuestiones de hecho relacionadas con la apreciación de pruebas personales, criterios instaurados por la sentencia del Tribunal Constitucional 167/2002, que se han visto reafirmados y reforzados en numerosas resoluciones posteriores del mismo Tribunal (SSTC 170/2002,



197/2002, 118/2003, 189/2003, 50/2004, 192/2004, 200/2004, 178/2005, 181/2005, 199/2005, 202/2005, 203/2005, 229/2005, 90/2006, 309/2006, 360/2006, 15/2007, 64/2008, 115/2008, 177/2008, 3/2009, 21/2009 y 118/2009, entre otras). En esas resoluciones el Tribunal Constitucional considera que se vulnera el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías cuando el tribunal de la revisión, sin respetar los principios de inmediación y contradicción, procede a revisar y corregir la valoración o ponderación de las pruebas efectuada por el juez de instancia y revoca, en virtud de una reinterpretación de unas pruebas que no ha practicado, la sentencia absolutoria apelada.

Hemos dicho en SSTs 500/2012, 1160/2011 y 798/2011 que el derecho de defensa del acusado absuelto impide realizar con ocasión del recurso un nuevo juicio de culpabilidad si aquél no es oído con inmediación por el Tribunal que conoce del recurso, como ocurre con el recurso de casación. Cuando el órgano *ad quem* "ha de conocer de cuestiones de hecho y de derecho, estudiando en general la cuestión de la culpabilidad o la inocencia, no puede, por motivos de equidad en el proceso, resolver sin la apreciación directa del testimonio del acusado que sostiene que no ha cometido el hecho delictivo que se le imputa" (entre otras, SSTEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, § 55; 1 de diciembre de 2005, caso Iliescu y Chiforec c. Rumanía, § 39; 18 de octubre de 2006, caso Hermi c. Italia, § 64; 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España, § 27).

La regla que define el alcance del contenido del derecho de defensa se expresa por el TEDH en la Sentencia citada caso Constantinescu c. Rumanía, §§ 58 y 59 de 27 de junio de 2000, de manera inequívoca: "tras revocar la absolución dictada en la primera instancia, el pronunciamiento condenatorio requiere que el acusado haya tenido la posibilidad de declarar en defensa de su causa ante el órgano judicial que conoce del recurso, especialmente si se tiene en cuenta el hecho de que éste es el primero en condenarle en el marco de un proceso en el que se decide sobre una acusación en materia penal dirigida contra él".

En el Pleno no jurisdiccional celebrado el 19 de diciembre de 2012, se decidió que "La citación del acusado a una vista para ser oído personalmente antes de la decisión del recurso ni es compatible con la naturaleza del recurso de casación, ni está prevista en la Ley" (STS 400/2013, de 16 de mayo).

Son numerosas las resoluciones de esta Sala que recuerdan que la doctrina jurisprudencial del TEDH permite la revisión de sentencias absolutorias cuando el Tribunal Supremo actúa dentro de los márgenes de la infracción de ley, revisando cuestiones puramente jurídicas. Es decir, cuando esta Sala se limita a corregir errores de subsunción y a fijar criterios interpretativos uniformes para garantizar la seguridad jurídica, la predictibilidad de las resoluciones judiciales, la igualdad de los ciudadanos ante la ley penal, y la unidad del ordenamiento penal y procesal penal, sin alterar ningún presupuesto fáctico.

En definitiva, los márgenes de la facultad de revisión por esta Sala de sentencias absolutorias son a través del cauce casacional de infracción de ley, con intervención de la defensa técnica, pero sin audiencia personal del reo, se concretan en la corrección de errores de subsunción a partir de los elementos fácticos reflejados en el relato de hechos probados, sin verificar ninguna nueva valoración de la prueba practicada en la instancia.

En la corrección de errores de subsunción admisible en casación frente a las sentencias absolutorias se incluyen los errores que afecten a la interpretación de la naturaleza y concurrencia de los elementos subjetivos exigidos por el tipo penal aplicado, cuando la revisión se efectúe desde una perspectiva jurídica, sin modificar la valoración de sus presupuestos fácticos. Pero no es admisible cuando la condena exige una reconsideración de la prueba practicada para modificar los presupuestos fácticos de los elementos subjetivos de la conducta enjuiciada.

El error sobre la concurrencia de los elementos subjetivos podría subsanarse en casación si se basase exclusivamente en consideraciones jurídicas sobre la naturaleza del dolo exigido por el tipo, es decir si se tratase de un error de subsunción. Por ejemplo, si la absolución se fundamentase en la consideración errónea de que el tipo objeto de acusación exige dolo directo, absolviendo el Tribunal de instancia por apreciar la concurrencia de dolo eventual, cuando en realidad el dolo eventual fuese suficiente para la condena. También cuando se calificase por el Tribunal de Instancia de dolo eventual una conducta en la que, a partir exclusivamente de los datos obrantes en el relato fáctico sin reconsideración probatoria adicional alguna, ni modificación de la valoración fáctica sobre la intencionalidad del acusado realizada por el Tribunal, fuese constatable la concurrencia de dolo directo. O cuando el Tribunal de Instancia fundase su absolución en la ausencia de un elemento subjetivo específico que considerase necesario para integrar el tipo, cuando esta apreciación fuese jurídicamente errónea por no ser exigible para la subsunción de la conducta en el tipo objeto de acusación la concurrencia del elemento subjetivo específico exigido por el Tribunal.

Por tanto, el Tribunal de casación puede fundamentar su condena modificando la valoración del Tribunal de Instancia sobre la concurrencia de los elementos subjetivos cuando se basa exclusivamente en consideraciones jurídicas sobre la naturaleza del dolo exigido por el tipo, es decir en un error de subsunción



jurídica, o se apoya en el mero análisis de los elementos estrictamente fácticos obrantes en los hechos probados, pero no puede acudir a la revisión de los presupuestos fácticos de dichos elementos subjetivos, volviendo a valorar para ella las pruebas personales practicadas en el juicio, lo que le está manifiestamente vedado.

La consecuencia de esta doctrina desde la perspectiva procesal de la técnica casacional, es que el motivo adecuado para la impugnación de sentencias absolutorias interesando que se dicte una segunda sentencia condenatoria es únicamente el de pura infracción de ley del núm. 10 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ( STS 58/2017, de 7 de febrero ).

2. Como consecuencia de la jurisprudencia citada, la conversión de una Sentencia absolutoria en condenatoria, solamente es posible, por infracción de ley, y en base a ello, el Tribunal de Casación, partiendo de los hechos probados, realizara la subsunción jurídica que sea correcta, declarando si se ha infringido la ley penal, y, en consecuencia, si así fuera, y la sentencia fuere absolutoria, condenando al acusado, sin que nunca pueda producirse una reforma peyorativa. A tal efecto, partiría de los hechos probados, y en lo que concierne a los elementos subjetivos, revisando la inferencia si esta operación puede llevarse a cabo con los hechos que consten en la resultancia fáctica, sin otro análisis probatorio, de manera que no pueda extraerse esa operación de cualquier otro elemento que no conste en el *factum* o juicio histórico de la sentencia recurrida, y ello para controlar casacionalmente tal método inductivo en orden a conocer la intención del agente.

La sentencia de instancia en el relato de hechos probados no hace afirmación alguna sobre que la posesión de los documentos, cuyos contenidos describe, la lleven a cabo los acusados para formarse o adoctrinarse, ni hace referencia alguna a que contenidos son de los que la organización terrorista "estado islámico" lo hacen avalar en su estrategia de captación y adoctrinamiento.

Tampoco en el *factum* se hace constar que la adquisición o posesión de tales documentos obedeciera a la finalidad de asumir tales contenidos como propios, y que los acusados actuaran con la finalidad de adherirse al ideario de la organización terrorista, ni que la adquisición de los documentos fueran encaminados a la activación de su voluntad de llevar a cabo actos delictivos, en concreto de los delitos de terrorismo que se tipifican en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II del Código Penal.

Además el Tribunal, como hemos indicado, afirma que no ha quedado acreditado el elemento subjetivo exigido jurisprudencialmente, ni el efectivo peligro o riesgo del bien jurídico que tutelan los delitos de terrorismo, ni concurre ningún dato o circunstancia que permitan acreditar que los acusados hayan decidido o proyectar en el futuro pasar a la acción con la finalidad de imponer sus ideas radicales fuera de los cauces pacíficos, sin que le corresponda a este Tribunal acudir a la revisión de los presupuestos fácticos de dichos elementos subjetivos, para declarar acreditado que el mismo concurre en el presente caso.

Por lo expuesto, las conductas descritas llevadas a cabo por los acusados, que se describen en los hechos probados, en cuanto a los documentos encontrados en sus ordenadores y en domicilio de los mismos, no pueden calificarse ni siquiera de "protopreparatorias", en el sentido anteriormente analizado, por lo que no cabe la revocación de la absolución de los acusados como pretende el recurrente, sin modificación del *factum* ; y en cuanto al acceso a las redes, no consta que se trate de un supuesto conocimiento que los acusados expresan para que sean adquirido por ellos mismos, ni por otros, su contenido no puede considerarse un acto de autoformación, lo que resulta determinante, ya que el Ministerio Fiscal en el recurso solo acusa por adoctrinamiento pasivo.

El motivo debe ser desestimado.

**SEXTO** .- Procede declarar de oficio las costas devengadas en esta instancia, al ser el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal ( art. 901 LECrim .).

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º) Desestimar el recurso de casación nº 485/2018 interpuesto por el MINISTERIO FISCAL contra Sentencia de fecha 24 de enero de 2018 dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Segunda, en el Rollo de Sala 12/2016 .

2º) Declarar de oficio las costas devengadas en esta instancia.

Comuníquese la presente resolución a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.



Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menendez de Luarca Alberto Jorge Barreiro Vicente Magro Servet

Susana Polo Garcia Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ