



Roj: **STS 39/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:39**

Id Cendoj: **28079120012018100012**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/01/2018**

Nº de Recurso: **10286/2017**

Nº de Resolución: **13/2018**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **PABLO LLARENA CONDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 13/2018**

Fecha de sentencia: 16/01/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10286/2017 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Vista: 11/10/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Procedencia: Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 1.<sup>a</sup>

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: SOP

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10286/2017 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 13/2018**

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez

D. Andrés Martínez Arrieta

D. José Ramón Soriano Soriano

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Pablo Llarena Conde

En Madrid, a 16 de enero de 2018.



Esta sala ha visto el recurso de casación 10286/2017 interpuesto por el Ministerio Fiscal y por Tomasa , representada por la Procuradora doña Lourdes Cano Ochoa bajo la dirección letrada de don Jacobo Teijelo Casanova, contra la sentencia dictada el 17 de marzo de 2017 por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Primera, en el Rollo de Sala 5/2016 , en el que se condenó a la recurrente Sra. Tomasa como autora de un delito de colaboración con organización terrorista, del artículo 577.2 del Código Penal y se le absolvió del delito de integración en organización terrorista de los artículos 572.2 y 571 del Código Penal , del delito de auto-doctrinamiento terrorista del artículo 575.2 del mismo código y del delito de tentativa de desplazamiento a territorio extranjero controlado por organización terrorista del artículo 575.3 también del Código Penal .

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado Central de Instrucción n.º 2 incoó Sumario n.º 4/2016 por delito de integración en organización terrorista y delito de terrorismo, contra Tomasa , que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Primera. Incoado el Rollo de Sala 5/2016, con fecha 17 de marzo de 2017 dictó sentencia n.º 11/2017 en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

«De las Pruebas practicadas en el Juicio han quedado acreditados los **SIGUIENTES HECHOS, QUE SE DECLARAN PROBADOS:I.-**

Tomasa , nacida el NUM000 de 1997, en Marruecos, de nacionalidad marroquí, en el año 2013 residía en España, en la localidad de Gandía, disponía de NIE y permiso de residencia NUM001 , y estudiaba en el IES María Enríquez, de esa localidad.

Desde primeros del año 2015 Tomasa se fue radicalizando en sus convicciones religiosas y políticas, y empezó a hacer público en las redes sociales que compartía los postulados de DAESH (transliteración del acrónimo árabe formada por las mismas palabras que componen ISIS, Estado Islámico de Irak y Siria, con las siglas en inglés), y a insertar mensajes dirigidos a exponer la conveniencia de hacer la yihad. En ese momento se empezó a plantearse emigrar a una zona de conflicto controlada por el Estado Islámico, para contraer matrimonio con un muyahidín, como forma de llevar a cabo su propia yihad.

El Estado Islámico no sólo trata de captar combatientes en todo el mundo a través de las redes sociales, sino que también a jóvenes mujeres musulmanas, a las que trata de atraer para que se conviertan en esposas y madres de muyahidines, facilitando la ocupación de los territorios controlados por sus combatientes, les promete una vida honorable bajo la ley de la Sharía, sin desdeñar que puedan ser llamadas a luchar en primera línea en caso de que fuese necesario.

Entre los meses de mayo a junio de 2015 Tomasa viajó a Marruecos por motivos familiares, y allí entró en contacto con personas con las que fue afianzando sus convicciones extremistas y su decisión de desplazarse al Estado Islámico. Fue informada de que el viaje se debía realizar a través de Estambul, donde un hermano coordinador recogía a los desplazados para llevarlos a Siria.

A su vuelta a España siguió difundiendo, pero ya con mayor proliferación, fotografías y videos en las redes sociales, utilizando sus perfiles en Facebook y Twitter, o mediante YouTube y Google +, imágenes de propaganda del Estado Islámico, en las que se veía a sus miembros armados, incluso a mujeres, presentándolos como héroes y mártires, así como ejecuciones de infieles o traidores, al mismo tiempo hacía un llamamiento de llevar a cabo la yihad con comentarios como: ¿ hasta cuándo vais a estar sentados? ¿No veis las aleyas que incitan a la yihad, al combate, a la movilización?

Además, mantuvo contactos a través de las redes sociales y por teléfono con distintas personas tanto en España, como en otros países, Marruecos, Argelia, o incluso Siria. En esas conversaciones Tomasa exponía que ella estaba decidida a desplazarse y animaba a sus interlocutores para hacerlo, facilitaba información sobre la forma de realizar el viaje, e incluso en algún caso llegó a ofrecerse a mandar el dinero necesario para el billete. Otras veces daba consejos como que no convenía llevar mucho dinero para evitar ser descubierto, y que lo que el Estado necesita no era dinero sino muyahidines.

En el mes de julio de 2015 accedió a la sala de chat denominado PALTALK, donde se definió como defensora del Estado Islámico, y le facilitaron un enlace para acceder a otra sala de chat denominada "Los partidarios del Califato Islámico". Estos chats de acceso restringido son manejados por miembros del DAESH y utilizados para defender sus postulados, legitimar sus actividades terroristas y captar nuevos miembros.



En el mes de agosto de 2015 renovó el pasaporte y empezó a insertar en su perfil los días 28 de agosto y 1 de septiembre mensajes de despedida: *cerrado, Recordadme con una oración, la cuenta está cerrada durante un momento y volveré... y si no vuelvo perdonadme ¡Qué Allah os de felicidad a todos!*

El 5 de septiembre fue detenida en su domicilio de Gandía.

## II.-

Concretamente Tomasa publicó en su perfil de FACEBOOK con el Nickname Marí Juana , que posteriormente cambió por Aurelia , que significa *"con el permiso de Allah"*, lo siguiente:

El día 13.03.2015 una fotografía con una mano que sujeta un pasaporte con el emblema del DAESH con la torre Eiffel al fondo. Cuando un usuario le pregunto porque ponía la bandera del DAESH, le contesto que ponía la bandera de la unicidad.

El día 14.03.2015 una caricatura de una mujer con nicab, que se agarraba con los brazos a un avión en vuelo, avión que llevaba el símbolo del DAESH, con un texto en árabe que decía: *llevadme con vosotros al Estado Islámico.*

En la misma fecha una caricatura de una mujer con nicab caminando con un hatillo de colores al hombro, con el texto en árabe *"me iré u os arrepentiréis"*.

En el mes de julio de 2015, a raíz de haberle cerrado FACEBOOK el perfil anterior por su contenido, creó otro con el mismo Nickname Aurelia en el que colgó una foto de un muyahidín armado con el texto en árabe: *"si querer la yihad es un crimen, pues que diga el mundo entero que soy un criminal"*. Un video con una decapitación de un prisionero llevada a cabo por integrantes del DAESH, con una leyenda en árabe diciendo que el terrorismo es un deber. También inserto fotografías de mujeres vestidas con nicab, portando armas y la bandera del DAESH. Este perfil también fue cerrado en agosto de 2015, por los mismos motivos.

En agosto de 2015 abrió un nuevo perfil con el nombre de Joaquina en el que puso una caricatura de una mujer con un cinturón bomba. Al haber levantado cierta polémica sobre la inmólación insertó comentarios criticando las persecuciones de las que son objeto los musulmanes, diciendo que se está violando a hermanas en cárceles iraquíes, y que en España, Francia e Italia se está prohibiendo la vestimenta islámica y se está vigilando a cada barbudo "¿ Hasta cuándo vais a estar sentados?" "¿No ves las aleyas que incitan a la yihad, al combate y a la movilización? ¿Qué hacemos con todo eso"

En el canal de YouTube a su nombre descargó un video con los símbolos del DAESH, en que aparece un hombre enarbolando su bandera, así como una reunión de sus miembros armados, preparatoria del ataque que hacen posteriormente contra un puesto del ejército sirio. Este video fue visualizado por un total de 207.899 usuarios. Además, conservaba gran número de videos con contenido relativo al Estado Islámico recibidos de otros usuarios.

En TWITTER creo el perfil 100Aasemy, con el nickname Aurelia , donde recibió distintas imágenes de integrantes del Estado Islámico en los que escribió: *Que Allah ayude a los muyahidines para lograr vuestras cabezas.*

En el canal Google + con el nombre Joaquina hizo comentarios a los videos que publicaba en YOUTUBE, con los enlaces correspondientes. Entre ellos los siguientes:

Al video titulado "Un mártir de los soldados del Estado Islámico" le puso el comentario *Allah es grande. Que Allah te acepte como héroe.* Al video "Esos son los soldados del Estado Islámico..." le puso: *permanece y se extiende, con el permiso de Allah. Que Allah os dé la vitoria, leones de Allah.*

Al video "Riete con los myahidines chechenos..." le puso: *héroes, que Allah os dé la vitoria.* Al video "Los poderes de los medios de comunicación del Estado Islámico y sus técnicas" le puso: *Nos basta el orgullo del nombre del Estado, en boca de mayores y pequeños".* Al video "La dignidad de un mártir sacude las montañas..." le puso: *Volved a Allah, aquellos que decís que los muyahidines del Estado Islámico están fuera de la ley de Allah.*

## III.-

El 5 de septiembre de 2015 se llevó a cabo el registro del domicilio de Tomasa en la localidad de Gandía CALLE000 n. NUM002 piso NUM003 , puerta NUM004 . En el registro se incautó una hoja manuscrita en árabe, escrita por la acusada en la que, invocando versículos del Corán, legitima el cortar cabezas o degollar a los infieles.

Se intervino un ordenador, así como sus dos teléfonos móviles, marcas LG y Sony Xperia, y la cantidad de 48.545 euros.».



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

«FALLO

En atención a lo expuesto y por la autoridad que nos confiere la Constitución Española, HEMOS DECIDIDO:

Que, debemos condenar a Tomasa como autora de un delito de colaboración con organización terrorista a la pena de 5 años de prisión, con inhabilitación absoluta que alcanzará hasta los seis años siguientes al de duración de la pena privativa de libertad, y libertad vigilada durante los 5 años; y al pago de la cuarta parte de las costas.

Que debemos absolver a Tomasa de los delitos de integración en organización terrorista, auto-doctrinamiento y tentativa de desplazamiento a territorio extranjero controlado por organización terrorista, de los que también era acusada, declarando las tres cuartas partes de las costas de oficio.

Notifíquese esta resolución a todas las partes, con instrucción de los derechos que les asisten a aquellos frente a la misma, en concreto de su derecho al recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que se deberá preparar ante esta sala en plazo de cinco días desde la última notificación».

**TERCERO.-** Notificada la sentencia a las partes, el Ministerio Fiscal anunció su propósito de interponer recurso de casación por infracción de ley y la representación procesal de Tomasa lo anunció por vulneración de precepto constitucional y por infracción de ley, recursos que se tuvieron por preparados remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**CUARTO.-** El recurso formalizado por el Ministerio Fiscal, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero y único.- Por infracción de ley, al amparo del n.º 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación indebida de los artículos 575.2 y 3 del Código Penal en los términos solicitados que calificó alternativamente los hechos como constitutivos de:

- a) Un delito de captación y adoctrinamiento del artículo 577.2 del Código Penal .
- b) Un delito de terrorismo (autocapacitación o autoadoctrinamiento) del artículo 575.2 del Código Penal . c) Un delito del artículo 575.3 del Código Penal en grado de tentativa (desplazamiento a territorio extranjero controlado por un grupo u organización terrorista con la finalidad de integrarse o colaborar con sus actividades).

Y el recurso formalizado por Tomasa se bajó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con los artículos 238 y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al haberse vulnerado el artículo 24 de la Constitución Española, derecho a la presunción de inocencia, al no considerarse suficientemente acreditados, a través de prueba de cargo suficiente y legítima, los hechos declarados probados en sentencia en relación con la intervención de Tomasa en los mismos.

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con los artículos 238 y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al haberse vulnerado el artículo 24 de la Constitución Española, derecho a un proceso con todas las garantías y proscripción de la indefensión, por la investigación que da lugar a las actuaciones tiene carácter prospectivo, no existiendo un objetivo en su inicio.

Tercero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con los artículos 238 y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al haberse vulnerado el artículo 24 de la Constitución Española, derecho a un proceso con todas las garantías y proscripción de la indefensión, por haberse roto la continencia de la causa, lo cual ha dado lugar a indefensión.

Cuarto.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con los artículos 238 y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al haberse vulnerado el art. 24 de la CE en relación con el artículo 18.1 y 3 de la Constitución Española, así como la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2012 y resto de legislación de la Unión Europea, proscripción de la indefensión por haberse ocultado información a la defensa, la cual consiste en la investigación en otro Juzgado y de forma paralela, en la cual son investigados algunos de los más relevantes interlocutores de la recurrente y que sirven de base a la presente investigación, todo ello a espaldas del Juez.

Quinto.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Concretamente se consideran vulnerados el derecho a la intimidad, y muy especialmente el derecho al secreto de las comunicaciones del artículo 18 de la Constitución



Española . Falta de motivación adecuada del auto inicial de interceptación de comunicaciones. El cauce procesal añadido a lo anterior es el de los artículos 238 y 240 Ley Orgánica del Poder Judicial en cuanto a efecto pretendido, la nulidad de actuaciones en vía de recurso. Con especial referencia al acuerdo de pleno no jurisdiccional de 26 de mayo de 2009 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Sexto.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por indebida aplicación del artículo 577.2 del Código Penal .

Séptimo.- Por infracción de ley. Aun obviando los motivos anteriores, de entender que existe prueba de cargo legítima y suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, al amparo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción del artículo 577.2 del Código Penal en relación con los artículos 16 y 62 del Código Penal , por entender que, en el caso, la interpretación de tales normas debe conducir a apreciar una tentativa inidónea del delito de colaboración con organización terrorista. Alternativamente, debe concurrir la aplicación del artículo 579 bis apartado 4 del Código Penal .

**QUINTO.-** Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, en escrito fechado el 29 de mayo de 2017, solicitó la inadmisión e impugnó de fondo los motivos del recurso interpuesto por Tomasa e interesó su desestimación. Y la representación procesal de Tomasa , en escrito de fecha 25 de mayo de 2017, solicitó la inadmisión e impugnó de fondo los motivos del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal e interesó su desestimación. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento de la vista cuando por turno correspondiera. Y, hecho el señalamiento para la vista prevenida, se celebró el día 11 de octubre de 2017. Al acto compareció el letrado don Jacobo Teijelo Casanova en la defensa de Tomasa que informó para mantener su recurso, solicitó una sentencia absolutoria e impugnó el recurso del Ministerio Fiscal; también compareció el Ministerio Fiscal que impugnó el recurso de la condenada remitiéndose a su escrito de instrucción, seguidamente informó sobre su recurso remitiéndose a su escrito de formalización. Dados los temas a tratar la deliberación se prolongó hasta el día de la fecha.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en su Rollo de Sala n.º 5/2016, procedente del Procedimiento Ordinario 4/2016, de los del Juzgado Central de Instrucción n.º 2, dictó Sentencia el día 17 de marzo de 2017, en la que condenó a Tomasa , como autora criminalmente responsable de un delito de colaboración con organización terrorista, del artículo 577.2 del Código Penal , a la pena de 5 años de prisión, inhabilitación absoluta hasta los seis años siguientes a la duración de la pena privativa de libertad impuesta, y libertad vigilada durante 5 años.

La sentencia absolvió a la acusada de los delitos de los que venía acusada de: a) Integración en organización terrorista ( art. 572.2 y 571 del Código Penal ); b) Auto-doctrinamiento terrorista ( art. 575.2 del mismo código ) y c) Tentativa de desplazamiento a territorio extranjero controlado por organización terrorista (art. 575.3).

### **Recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal.**

**SEGUNDO.-** 1. El Ministerio Público sostiene, como único motivo de su recurso y al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM , que la sentencia de instancia inaplica indebidamente los artículos 575.2 y 575.3 del Código Penal .

Expresa el Ministerio Público que pese a haber formulado acusación por un delito de integración en organización terrorista del artículo 572.2 y 571 del Código Penal , sostuvo como calificación subsidiaria la existencia de un concurso real de los delitos de colaboración con organización terrorista ( art. 577.2 del Código Penal y 571 del Código Penal ), auto-doctrinamiento terrorista ( art. 575.2 del mismo código ) y tentativa de desplazamiento a territorio extranjero controlado por organización terrorista (art. 575.3 del mismo texto punitivo). En su recurso, la fiscalía asume el pronunciamiento absolutorio respecto del delito de integración en organización terrorista, pero entiende que la condena de la acusada como autora de un delito de colaboración con organización terrorista, debería ir acompañada de su punición como responsable de un delito de auto-doctrinamiento y de un delito intentado de desplazarse a territorio ocupado por tales organizaciones. El recurso destaca que el Tribunal de instancia declaró probados los comportamientos en los que el Ministerio Fiscal había hecho descansar su acusación por estos dos últimos delitos, y sostiene que esos comportamientos contienen elementos antijurídicos que no están incluidos en el delito de colaboración con organización terrorista que se ha sancionado. Concretamente, el recurso detalla que la condena por colaboración con elementos terroristas responde específicamente a acciones de captación y reclutamiento de otras personas, mientras que la conducta de auto-doctrinamiento, y la de desplazamiento a territorio extranjero para colaborar con estas formaciones, son actuaciones que están referidas al propio sujeto activo, por lo que contienen elementos de antijuricidad diferentes, que impiden que todas las actuaciones puntuales queden absorbidas en el delito de colaboración permanente en el que se asienta la condena. Añade que



el relato fáctico de la sentencia no describe una progresión entre todos estos comportamientos, sino que confluyeron de manera simultánea.

2. La Jurisprudencia de esta Sala es reiterada en expresar que la unidad de hecho o de comportamiento, no siempre es el reflejo de una individualidad natural, esto es, de una única actuación u omisión que afecta a la realidad exterior, sino que puede apreciarse en aquellos otros supuestos en los que varios hechos lesionan del mismo modo el bien jurídico tutelado por las distintas normas concurrentes, en lo que se conoce como unidad jurídica de acción ( SSTS 1323/09, de 30 de diciembre o 379/2011, de 19 de mayo , entre muchas otras) . Y hemos dicho también que el concurso aparente de normas tiene lugar cuando una única acción con relevancia penal -real o material- aparece tipificada aparentemente en varios preceptos del Código, si bien uno de ellos es capaz de recoger toda la antijuricidad del comportamiento, de manera que la aplicación de todas las normas con previsión sancionadora, supondría quebrantar el tradicional principio del " *non bis in idem* " . Un concurso de normas que difiere del concurso ideal de delitos en que, éste, partiendo también de una unidad de hecho, acontece cuando no se excluyen entre sí los distintos preceptos punitivos que lo contemplan ( SSTS 1182/2006, de 29 de noviembre o, la ya citada 1323/09, de 30 de diciembre ); y del concurso real de delitos, que concurre cuando existe una pluralidad de hechos y cada uno de ellos está tutelado por un precepto penal diferente, pero con una significación antijurídica no coincidente, de modo que para responder al diverso contenido del injusto de los hechos, deben ser aplicadas las diversas normas que resultan de referencia.

En definitiva, y siguiendo nuestra sentencia 379/2011, de 19 de mayo , «cuando los hechos delictivos encajan en dos disposiciones penales y no es necesario aplicar las dos para abarcar la total antijuricidad del suceso, nos hallamos ante un concurso de normas a resolver por lo regulado en el art. 8 del Código Penal », y, concretamente en este caso, por su regla 3.ª, que recoge el criterio de la absorción, a aplicar cuando el precepto penal más amplio consume a otro más simple. En todo caso, y como decíamos en esa misma sentencia: «la consunción de una norma sólo puede admitirse cuando " *ninguna parte injusta del hecho* " queda sin respuesta penal, debiendo acudir en otro caso al concurso de delitos».

De este modo, el principio de absorción entraña que el injusto material de una infracción, acoge en sí injustos menores cuando estos se sitúan en una relación cuantitativa de inferioridad o subordinación respecto de aquella; lo que puede contemplarse -entre otros supuestos- cuando se aprecia una progresión en el comportamiento que ataca y buscan agredir a un mismo bien jurídico.

3. El artículo 577 del Código Penal , en su redacción dada por la LO 2/2015, de 30 de marzo, sanciona al que " *lleve a cabo, recabe o facilite cualquier acto de colaboración con las actividades o las finalidades de una organización, grupo o elemento terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo* ". Y en interpretación auténtica, el propio código identifica como actos de colaboración, " *la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones, la construcción, acondicionamiento, cesión o utilización de alojamientos o depósitos, la ocultación, acogimiento o traslado de personas, la organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas, la prestación de servicios tecnológicos, y cualquier otra forma equivalente de cooperación o ayuda a las actividades de las organizaciones o grupos terroristas, grupos o personas a que se refiere el párrafo anterior* "; equiparándose a efectos punitivos la " *actividad de captación, adoctrinamiento o adiestramiento, que esté dirigida o que, por su contenido, resulte idónea para incitar a incorporarse a una organización o grupo terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo* ", así como el " *adiestramiento o instrucción sobre la fabricación o uso de explosivos, armas de fuego u otras armas o sustancias nocivas o peligrosas, o sobre métodos o técnicas especialmente adecuados para la comisión de alguno de los delitos del artículo 573, con la intención o conocimiento de que van a ser utilizados para ello* " .

El precepto trata de evitar que las organizaciones terroristas puedan servirse de individuos que, sin estar incardinados en ellas, coincidan en facilitar el propósito de aquellas de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública. No se exige, por ello, una adhesión ideológica del colaborante con los postulados de la organización a la que presta soporte, ni tampoco que persiga determinados objetivos políticos o ideológicos, o que el sujeto pasivo de la acción se configure de una manera determinada, limitándose el precepto a proteger que la agrupación terrorista pueda verse aventajada o asistida en el desarrollo de sus métodos violentos, de suerte que el sólo conocimiento de que la acción desplegada puede posibilitar, favorecer o contribuir a alterar gravemente la paz pública, atemorizando a los habitantes de una población o a un colectivo social, satisface la esencia de la protección penal, siempre que el sujeto activo -como se ha dicho- no pertenezca a la banda armada, a la organización, o al grupo terrorista que resulta beneficiado en su objetivo.

Y aunque la protección penal que brinda el precepto se materializa sancionando cualquier comportamiento que intencionadamente favorezca de una manera significativa las graves acciones con las que el terrorismo golpea al grupo social, unos de los procederes que el legislador refleja expresamente como delictivo, es el de adoctrinar a otros, así como el comportamiento subsiguiente de captarlos o reclutarlos, esto es, se



sancionan como delictivas aquellas actuaciones que aspiren a engrosar, o que permitan extender, el número de partidarios que la organización terrorista concita.

4. La nueva redacción del artículo 575 del Código Penal, dada por LO 2/2015, adelantando las barreras de protección al bien jurídico antes contemplado, ha añadido la sanción del adoctrinamiento o adiestramiento pasivo, esto es, más allá de sancionarse a quien hace proselitismo respecto de la actuación terrorista, se ha venido a condenar también a quienes se coloquen como destinatarios de actividades dirigidas a expandir los postulados violentos del grupo terrorista o concebidas para adiestrar a cualquiera en métodos que faciliten la comisión de atentados, siempre que la participación como receptor en estas enseñanzas responda a una voluntad consciente de facilitar el terrorismo, y con independencia de que la instrucción sea directamente buscada o adquirida por el sujeto activo, o haya sido dispuesta y le sea pertrechado por otros. Se condena así (art. 575.1) a quien «... con la finalidad de capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en este Capítulo, reciba 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»; además de a quien (art. 575.2 «... con la misma finalidad de capacitarse para cometer alguno de los delitos tipificados en este Capítulo, lleve a cabo por sí mismo cualquiera de las actividades previstas en el apartado anterior»).

Esta nueva tipificación presenta el mismo bien jurídico que el anteriormente referido delito de cooperación con organizaciones terroristas, esto es, impedir que las organizaciones terroristas cuenten con un sustrato de personas que compartan su credo y que posean aptitud para sostener en el tiempo, de una manera eficaz, la acción criminal que les caracteriza. Es cierto -como sugiere el recurso- que pueden existir supuestos en los que alguno de los comportamientos de adoctrinamiento pasivo descritos en el artículo 575 del Código Penal, no necesariamente agoten la antijuricidad de la colaboración externa con organizaciones terroristas contemplada en el artículo 577 del Código Penal, pero tal situación no es contemplable respecto del supuesto enjuiciado.

Por más que, como se ha dicho, el delito de colaboración con grupos terroristas sea ajeno a que el sujeto activo muestre una adhesión con los objetivos políticos o ideológicos perseguidos por la asociación criminal, cuando -como en este supuesto- la colaboración precisamente consiste en desplegar un comportamiento idóneo para captar o adoctrinar a terceros, incitándoles a incorporarse a la organización o grupo terrorista, o en adiestrarles para cometer cualquiera de los delitos de terrorismo comprendidos en el Capítulo VII, del Título XXII, del Libro II, del Código Penal, resulta obligado que el sujeto activo del delito, cuente con el conocimiento de los postulados o de la técnica que se transmite. Tras la reforma operada en el código penal por la LO 2/2015, se ha producido un corrimiento del umbral en el que arranca la protección penal respecto de las actuaciones terroristas, englobándose en el espacio de punición a cualquier comportamiento que esté destinado a obtener un conocimiento que pueda transmitirse después, siempre que concurra el elemento tendencial antes expuesto. Tradicionalmente, la actividad de adoctrinamiento y adiestramiento de nuevos miembros de organizaciones terroristas, se había combatido sancionando a los sujetos que adoctrinaban o adiestraban a terceros, pero el legislador, saliendo al paso de las nuevas formas de captación o de aprendizaje que facilitan las redes de comunicación y que son frecuentemente utilizadas por organizaciones terroristas de corte yihadista, ha pasado a sancionar el adoctrinamiento o adiestramiento pasivo, esto es, a quienes reciben la formación, con independencia de que lo hagan o no por sí mismos. La opción del legislador pasa así a dar respuesta penal ante cualquier acto que se integre en la secuencia de capacitación, si bien reservando un marco penológico de mayor rigor para aquellos supuestos en los que el sujeto activo, lejos de limitarse a su propia formación, inicia la propagación de lo sabido, replicando el conocimiento para su expansión a terceros.

5. No puede acogerse tampoco que el delito de colaboración con organización terrorista pueda operar en concurso real con el delito intentado de desplazamiento a territorio extranjero controlado por organización terrorista, tal y como sostiene la acusación pública. El artículo 575.3 del Código Penal sanciona al que « para ese mismo fin [capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos relativos a organizaciones y grupos terroristas, o delito de terrorismo], o para colaborar con una organización o grupo terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo, se traslade o establezca en un territorio extranjero controlado por un grupo u organización terrorista ». El precepto supone un nuevo adelantamiento del ámbito de protección penal, sancionándose una actuación que resulta preparatoria del adoctrinamiento pasivo, de la colaboración con una organización terrorista, o de la integración de sus filas, siempre que el comportamiento iniciador consista en ubicarse en el lugar donde ese comportamiento es alcanzable, al fijarse como elemento descriptivo del tipo penal que el sujeto activo se traslade o establezca en un territorio extranjero controlado por un grupo u organización terrorista. En todo caso, como acto preparatorio que es, el comportamiento ha de tener relevancia respecto del bien jurídico que se protege, lo que entraña que el desplazamiento y asentamiento del sujeto activo, lo sea con la intención de prestar una colaboración a la organización terrorista que se ubique dentro del ámbito de actuación del derecho penal, esto es, para prestar una colaboración que facilite o posibilite



que la organización terrorista pueda realizar, mejorar o potenciar su actividad delictiva, favoreciendo sus acciones con actos de información, de vigilancia, de ejecución de atentados, de ocultación de sus miembros, de entrenamiento o, incluso, sosteniendo económicamente su actividad.

Respecto de la tentativa, nuestra jurisprudencia ha proclamado que concurre cuando exista un conjunto o sucesión de actos que estén directamente encaminados a dar vida a la infracción penal, por más que no sean seguidos de esa resultancia pretendida por el agente, bien por no haberse realizado el número de aquellos que fueron precisos (pese al arranque decisorio impulsor del hacer del encausado) por causa o accidente distintos de un interferente desistimiento voluntario, bien porque, realizados de manera efectiva cuantos actos ejecutivos integren el plan delictivo y que debían originar el delito según módulos de necesidad objetivamente apreciables, aquél no surge a la vida por causas independientes de la voluntad del agente ( STS 2075/2002, de 11 de diciembre ). Se exige así, no sólo la voluntad del autor de realizar el delito, sino que se dé principio a la ejecución directamente por hechos exteriores, así como que el resultado delictivo no se produzca por causas independientes del comportamiento del sujeto activo ( STS 357/2004, de 19 de marzo ).

Proyectado lo anterior al caso enjuiciado, y desde la consideración de un relato fáctico que resulta intangible en atención al cauce casacional empleado, debe rechazarse la concurrencia del intento de realización del tipo penal cuya acumulación se reclama. De un lado, el *factum* de la sentencia se limita a expresar que la intención que impulsaba a la acusada, era casarse con un integrante del Estado Islámico, lo que perfila un comportamiento individual que no consiste en apoyar materialmente las acciones terroristas y queda por ello fuera del espacio de protección del bien jurídico que contempla el tipo penal. De otro lado, el relato histórico de la sentencia plasma únicamente que la acusada, en su fuero interno, analizaba la idea de trasladarse a territorio ocupado por el Estado Islámico, sin recoger que se iniciara el desplazamiento, ni expresar siquiera que la decisión definitiva llegara a adoptarse en algún momento. Por último, la fijación de los hechos tampoco refleja que la acusada presentara sinceramente esa ideación, y no que sólo fuera una aparente determinación para estimular a otros a que -como combatientes- abordaran el viaje del que ella se jactaba. De este modo, el relato de hechos probados se limita a expresar que: « Desde primeros del año 2015 Tomasa se fue radicalizando en sus convicciones religiosas y políticas, y empezó a hacer público en las redes sociales que compartía los postulados de DAESH (transliteración del acrónimo árabe formada por las mismas palabras que componen ISIS, Estado Islámico de Irak y Siria, con las siglas en inglés), y a insertar mensajes dirigidos a exponer la conveniencia de hacer la yihad. En ese momento se empezó a plantearse (sic) emigrar a una zona de conflicto controlada por el Estado Islámico, para contraer matrimonio con un muyahidín, como forma de llevar a cabo su propia yihad ». Y añade que « Entre los meses de mayo a junio de 2015 Tomasa viajó a Marruecos por motivos familiares, y allí entró en contacto con personas con las que fue afianzando sus convicciones extremistas y su decisión de desplazarse al Estado Islámico. Fue informada de que el viaje se debía realizar a través de Estambul, donde un hermano coordinador recogía a los desplazados para llevarlos a Siria ». Y termina indicando que: « A su vuelta a España siguió difundiendo, pero ya con mayor proliferación, fotografías y vídeos en las redes sociales, utilizando sus perfiles en Facebook y Twitter, o mediante YouTube y Google +, imágenes de propaganda del Estado Islámico, en las que se veía a sus miembros armados, incluso a mujeres, presentándolos como héroes y mártires, así como ejecuciones de infieles o traidores, al mismo tiempo hacía un llamamiento de llevar a cabo la yihad con comentarios como: ¿hasta cuándo vais a estar sentados? ¿No veis las aleyas que incitan a la yihad, al combate, a la movilización?

Además, mantuvo contactos a través de las redes sociales y por teléfono con distintas personas tanto en España, como en otros países, Marruecos, Argelia, o incluso Siria. En esas conversaciones Tomasa exponía que ella estaba decidida a desplazarse y animaba a sus interlocutores para hacerlo, facilitaba información sobre la forma de realizar el viaje, e incluso en algún caso llegó a ofrecerse a mandar el dinero necesario para el billete. Otras veces daba consejos como que no convenía llevar mucho dinero para evitar ser descubierto, y que lo que el Estado necesita no era dinero sino muyahidines ».

El motivo se desestima.

### **Recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal.**

**TERCERO.-** Su primer motivo los formula por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al entenderse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del artículo 24 de la CE, por entenderse que no existe prueba de cargo suficiente y legítima, respecto de los hechos declarados probados en la sentencia de instancia.

Sostiene la recurrente que la prueba practicada no aporta justificación alguna de que sus manifestaciones hayan contribuido de forma suficiente a anexar nuevos miembros al grupo terrorista, por lo que no puede concluirse que su comportamiento fuera idóneo para el favorecimiento del grupo o que haya supuesto una colaboración con él.



Como se ha explicitado en numerosas resoluciones de esta Sala (SSTS 1126/2006, de 15 de diciembre ; 742/2007, de 26 de septiembre o 52/2008, de 5 de febrero ), " cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a este solo corresponde esa función valorativa, pero sí puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal a quo contó con suficiente prueba de signo acusatorio". Una verificación que alcanza a que la prueba de cargo se haya obtenido sin violar derechos o libertades fundamentales, así como que su práctica responda al procedimiento y supuestos para los que fue legalmente prevista, comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso fundamental de su raciocinio ( STS 1125/01, de 12 de julio ) y que ese razonamiento de la convicción obedece a los criterios lógicos y razonables que permiten corroborar las tesis acusatorias sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, sustentando de este modo el fallo de condena. Una revisión que debe realizarse respecto del juicio valorativo de concurrencia de cada uno de los elementos del delito que el recurso cuestione.

Debe destacarse además que el delito de colaboración con las actividades o las finalidades de una organización o grupo terrorista, en su modalidad de captación, adoctrinamiento o adiestramiento, dirigido a lograr que determinados sujetos se incorporen a aquellos movimientos o que puedan perpetrar hábilmente cualquiera de los delitos de terrorismo que el código penal contempla ( art. 577.2 Código Penal ), no precisa como corolario que se materialice el éxito de la contribución ambicionada, sino que reclama únicamente la puesta en peligro del bien jurídicamente protegido, consumándose el comportamiento delictivo desde que la actividad se orienta a favorecer un resultado provechoso para los fines terroristas, siempre que la ayuda venga pertrechada de un contenido que, racionalmente, muestre capacidad y eficiencia para lograr el éxito.

Puesto que el cauce procesal empleado no presenta como objeto del motivo el análisis de la idoneidad de la aportación de la recurrente, sino la racionalidad del convencimiento que el Tribunal obtuvo de que era un instrumento orientado y adecuado para la captación de terceros, el motivo no puede sino ser rechazado. Existe prueba de cargo que permite obtener la conclusión que extrae el Tribunal, recogiendo en el fundamento jurídico primero de la sentencia que - con el auxilio de un traductor- se analizaron los vídeos, y los textos en árabe insertados en algunas fotografías, que se extrajeron del perfil de las redes sociales informáticas a las que pertenecía la recurrente, añadiendo que las imágenes eran por sí realmente ilustrativas, sin necesidad de entender la letra de los cánticos, ni los textos en árabe. En el fundamento jurídico segundo se expresa que los vídeos y fotografías reflejan aviones tirando bombas y sus efectos devastadores, al tiempo que se escuchan cánticos llamando a llevar a cabo la yihad. Se describe también la imagen de un prisionero que reconoce haber pasado información a la alianza internacional y cómo es finalmente ejecutado de un tiro por un niño. La sentencia relata la observación de un entrenamiento militar de miembros del Daesh (con sus banderas) en una zona del desierto, así como numerosas fotografías de miembros del Daesh armados, haciendo el signo del Estado Islámico. Destaca los comentarios publicados el 13 de agosto de 2015, en los que se sostiene que están violando a *hermanas* en las cárceles iraquíes y que, en España, Francia e Italia, se está prohibiendo la vestimenta islámica y se está vigilando a cada barbudo, interpellando a cualquier seguidor con expresiones como "¿Hasta cuándo vais a estar sentados?", o ¿No ves las aleyas que incitan a la yihad, al combate y a la movilización? ¿Qué hacemos con todo eso?". Y contextualiza esta actuación desde determinadas conversaciones que evidenciaban la comunión de la recurrente con los postulados del Estado Islámico, hasta el punto de ser una de los 11.259 usuarios de un chat denominado " *Los partidarios del Califato Islámico*". Añade la sentencia que, aunque la recurrente no quiso dar explicaciones del contenido del material intervenido, se estimaba acreditado que ella era la administradora y usuaria de los perfiles de los que se extrajeron esos vídeos y fotografías, a la vista de que los agentes policiales que llevaron a término la investigación, declararon en el acto del plenario que localizaron la IP con la que se habían realizado las publicaciones investigadas e identificaron a la acusada como su usuaria, tanto porque el perfil lleva un nombre concordante con el de la acusada ( *Marí Juana* ), como porque reflejaban algunos datos personales también concordantes con ella, como la localidad de Gandía donde reside o el nombre del instituto donde estudiaba. Destaca además que la entidad *Facebook Ireland Ltd*, facilitó -como sustrato del perfil- el número de teléfono que era utilizado por la acusada y que -por resultar posteriormente intervenido- permitió detectar nuevos perfiles en Facebook, Twitter y Youtube, que la acusada creaba cuando le cerraban el anterior. Y añade que, no sólo en el momento de la detención se intervinieron a la recurrente un ordenador y dos teléfonos móviles, que habían sido utilizados para mantener las comunicaciones y los contactos en las redes sociales (conforme al historial de contactos que refleja un informe pericial obrante a los folios 1.209 y ss de las actuaciones y que fue debidamente ratificado en el acto del plenario), sino que la recurrente, pese a no querer aclarar el material aparecido en los perfiles, reconoció ante el juez de instrucción haber escrito el texto obrante al folio 1.018, así como admitió haber sido captada.



De este modo, la convicción del Tribunal de que la recurrente es responsable de los perfiles sociales de internet en los que se asienta la condena y que buscaba con sus mensajes favorecer la causa del Estado Islámico, cuenta con la base probatoria que el recurso niega.

El motivo se desestima.

**CUARTO.-** Su segundo motivo se formula por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al entenderse vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías y proscripción de la indefensión recogido en el artículo 24 de la CE.

Denuncia la recurrente que la investigación que ha dado lugar a la sentencia condenatoria que combate, tiene carácter prospectivo, por lo que entiende que la resolución resulta contraria a Derecho y considera procedente su nulidad. En desarrollo del motivo, el recurso argumenta que el atestado inicial reflejó que la actuación investigadora respondía a un rastreo general en internet para tratar de descubrir la comisión de hechos delictivos y, que fue en el curso de ese rastreo cuando localizaron un perfil que les infundió sospechas de vinculación con el terrorismo islámico. El recurso considera absolutamente injustificada una investigación que arrancó al detectar que la recurrente había publicado el dibujo de una figura femenina colgada de un avión, entendiendo que la imagen está absolutamente desconectada de la ideología integrista que se trataba de prevenir y que se atribuye a la recurrente, sugiriendo que la investigación se ha basado en patrones penalmente irrelevantes pero tomados en sí mismos como *notitia criminis*.

La doctrina constitucional y jurisprudencial de proscripción de las indagaciones prospectivas que se expresa en el motivo, viene normalmente referida a actuaciones de instrucción que comporten una injerencia respecto de derechos fundamentales concretos como la intimidad o el secreto de las comunicaciones ( art. 18 de la CE ), en el sentido de exigirse que el órgano judicial exteriorice la existencia de los presupuestos materiales de la intervención, esto es, de los hechos o datos objetivos que puedan considerarse indicios de la existencia de un delito grave y de su conexión con los sujetos que puedan verse afectados por la medida de investigación injerente, al ser aquellos antecedentes el presupuesto habilitante de la intervención y el prius lógico del juicio de proporcionalidad que ha de realizarse. Esta misma jurisprudencia ha precisado que la naturaleza objetiva de dichos indicios, es una exigencia que atiende a una doble garantía: ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control, y que proporcionen una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer el delito, lo que excluye las investigaciones meramente prospectivas basadas en la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o de despejar sospechas sin base objetiva de los encargados de la investigación penal ( SSTC 259/2005, de 24 de octubre o 150/2006, de 22 de mayo, entre otras).

Más allá de los supuestos en los que se acuerden diligencias de investigación que entrañen una limitación de los derechos fundamentales de los ciudadanos, lo que el recurso cuestiona es que el Estado, para una genérica prevención y persecución del delito, pueda actuar y someter a indagación a una persona, sin que concurra una justificación concreta.

La jurisprudencia de esta Sala ha destacado que la finalidad a la que ha de tender toda instrucción criminal es la de averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en la calificación y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos ( art. 299 LECrim ). La actividad instructora viene configurada por la investigación directa de los hechos, con una función que es, en parte inquisitiva por el interés público por su esclarecimiento, y en parte acusatoria, en cuanto dirigida frente a una determinada persona. Por ello, considera que la simple *notitia criminis* es suficiente para que se ponga en marcha la investigación judicial del delito ( SSTC. 169/90, 32/94 ), autorizándose incluso la imposición de determinadas restricciones en los derechos fundamentales, de manera que se posibilite la investigación y se impida la frustración de los fines que la misma persigue. No obstante, en la medida en que las diligencias acordadas en el curso de una investigación criminal se inmiscuyan o coarten los derechos fundamentales y libertades públicas de una persona, habrán de estar debidamente motivadas en la resolución judicial que así las acuerde, ser necesarias y adecuadas al fin que con las mismas se persigue y mantener una lógica correlación con la restricción individual que comportan, pues, de lo contrario, se estaría legitimando, con la excusa de seguirse una instrucción criminal, una suerte de inquisición general incompatible con los principios que inspiran el proceso penal de un Estado de Derecho como el que consagra la Constitución española.

Como indicábamos en nuestra Sentencia 1140/2010, de 29 de diciembre, la mera pertenencia a una organización terrorista, aunque no se haya perpetrado todavía actuación delictiva concreta, o la mera posibilidad de colaborar con ella, tal y como ahora contemplamos, posibilita por sí misma la puesta en marcha de los aparatos de investigación del Estado, pues las funciones policiales se refieren también al ámbito preventivo. El artículo 11 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, fija la encomienda policial de prevenir la comisión de actos delictivos (art. 11.1.f), investigar los delitos



ya perpetrados, para descubrir a los presuntos culpables ( art. 11.1.g), o captar, recibir y analizar cuantos datos tengan interés para el orden y la seguridad pública ( art. 11.1.h); del mismo modo que el artículo 1 Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo , de protección de la seguridad ciudadana, contempla la salvaguarda de la seguridad ciudadana como función esencial del Estado, como requisito indispensable para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos, con sujeción a la Constitución y a las Leyes.

Como en esa misma sentencia decíamos, esta Sala es consciente de que la investigación de hechos de esta naturaleza reviste una gran complejidad, por la forma en que se generan, y por las amplias posibilidades de que el número de personas que puedan resultar seducidas por las predicaciones de fanáticos religiosos sea imprevisible y totalmente aleatoria. En los mismos términos lo expresamos en nuestra Sentencia 618/2008 de 7 de octubre , recordando también que las manifestaciones de este fenómeno son mucho más complejas, en cuanto a su investigación y prueba, que cualquier otra modalidad delictiva, sobre todo, cuando la actividad que se detecta en las actuaciones policiales y judiciales es embrionaria, sin haberse concretado, afortunadamente, en resultados catastróficos. Por ello, manifestábamos, no es reprochable que los servicios de inteligencia, o las unidades policiales, extiendan sus investigaciones a un amplio espectro de personas que pudieran sentirse atraídas por las practicas que incitan a la violencia en nombre de creencias religiosas y, una vez agotadas sus posibilidades, centren sus sospechas en un número de personas que, finalmente, ponen a disposición de la autoridad judicial.

Es en esa función en la que arranca la detección del comportamiento que justificó esta investigación, el cual vino además acompañado de manifestaciones objetivas que explican que la indagación se centrara en la propia recurrente, como fue la localización de un perfil en la red social Facebook con un url que correspondía a una joven de la localidad valenciana de Gandía, con perfil de usuario a nombre de " Marí Juana " y que, no sólo presentaba el dibujo de una niña colgada de un avión ilustrado con el símbolo del grupo terrorista Daesh en su alas, sino que añadía como leyenda -en grafología árabe- "Llevadme con vosotros al Estado Islámico".

El motivo se desestima.

**QUINTO.-** El tercer motivo se formula al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ , por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y sin sufrir indefensión, del artículo 24 de la Constitución española .

Afirma el motivo que la policía abordó tres investigaciones contra sendas mujeres que se relacionaban con la recurrente (llamadas Celsa , Brigida y María Virtudes ), y que los agentes policiales que llevaban la investigación ocultaron durante ocho meses estas investigaciones al Juzgado de Instrucción actuante. Sostiene que la actuación policial impidió la acumulación de los procesos, produciéndose una ruptura de la continencia de la causa que puede llevar a sentencias contradictorias y que genera la proscrita indefensión para la recurrente.

Sobre este misma coyuntura se formulan los motivos cuarto y quinto del recurso. En ellos, también al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ , se sostiene el quebranto de su derecho de defensa recogido en el artículo 24 de la CE , por habersele ocultado la investigación que se estaba desarrollando por otros juzgados, así como la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones del artículo 18 de la CE , defendiendo que carece de validez el auto inicial de intervención de la línea telefónica correspondiente a la recurrente, pues aunque la restricción del derecho fuera adecuadamente justificada por parte del Juez instructor, se ignora cuál hubiera sido su decisión de haber tenido conocimiento de las investigaciones concurrentes que se le desvelaron ocho meses después.

Como decíamos en nuestra sentencia 974/2012, de 5 diciembre , el principio de contradicción tiene directa relación con el derecho a un proceso equitativo o a un proceso con todas las garantías en los términos del artículo 24.2 CE . El debate contradictorio sobre las pruebas permite a las partes intervenir activamente en su práctica y, en lo que se refiere en concreto a la defensa, le facilita la oportunidad de actuar poniendo de relieve los aspectos que, a su juicio, anulan, alteran o debilitan su valor probatorio, contribuyendo así a la valoración por parte del Tribunal del material aportado por las partes para sustentar sus respectivas tesis. Por ello, la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción, imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes y de evitar limitaciones en la defensa que puedan generar indefensión, prohibida por el art. 24.1 CE , lo que reclama un cuidadoso esfuerzo del órgano jurisdiccional para garantizar la plena efectividad de los derechos de defensa en las distintas fases e instancias del proceso.

También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos destaca que el derecho a la tutela judicial efectiva en los procedimientos penales, comporta que los elementos de prueba sean contradictorios, entrañando la posibilidad de acusación y de la defensa de actuar con igualdad de armas y de tener la oportunidad de conocer y comentar las alegaciones y las pruebas presentadas por la otra parte (véase Rowe y Davis contra el Reino



Unido, núm. 28901/95, ap. 60, TEDH 2000 II). Proclama que el acusado debe tener la oportunidad de organizar su defensa de manera apropiada y sin restricciones, así como la posibilidad de plantear ante el tribunal todos los argumentos pertinentes, pudiendo influir en el resultado del procedimiento (véase Connolly contra el Reino Unido (dec.), núm. 2724595, 26 de junio de 1996 y Moiséyev contra Rusia , núm. 6293600, ap. 220, 9 de octubre de 2008). Y añade que las facilidades de las que debe disfrutar toda persona acusada de un delito, incluyen la oportunidad de conocer, a efectos de preparar su defensa, los resultados de las investigaciones (véase C.G.P. contra los Países Bajos (dec.), núm. 2983596, 15 de enero de 1997 y Foucher contra Francia, 18 de marzo de 1997, apds. 26-38, Informes 1997-II), lo que debe supervisarse considerando el tiempo y las facilidades ofrecidas a un acusado en cada caso en particular y desde una consideración global del proceso (véase Galstyan contra Armenia , núm. 2698603, ap. 84, 15 de noviembre de 2007 y Dolenc contra Croacia , núm. 2528206, ap. 208, 26 de noviembre de 2009).

Por otro lado, nuestra doctrina constitucional ha destacado que no es preciso que la contradicción sea efectiva en el momento de la práctica de la prueba sumarial, pues cumplir tal exigencia no siempre es, legal o materialmente, posible. Es la posterior posibilidad de contradicción en el acto del juicio oral la que cumple la exigencia constitucional y la que permite suplir cualquier déficit que conforme a las previsiones legales haya podido observarse en la fase sumarial ( SSTC. 105/2002, de 22 de julio , 206/2003 de 1 de diciembre o 187/2003, de 27 de octubre ).

Lo expuesto conduce a la desestimación de las objeciones recogidas en los motivos anteriormente referenciados. Como bien indica la sentencia de instancia, en el procedimiento no existe material probatorio que haya sido ocultado a la defensa, como tampoco se aprecia que se desvelaran tardíamente los contactos que pudo mantener la recurrente con otros individuos, ni que existan razones procesales que justifiquen una investigación conjunta de las distintas responsabilidades personales. Las investigaciones se iniciaron respecto de la recurrente en el mes de abril de 2015, y en el seno de esa indagación se recogió e informó -entre otros vestigios- del perfil correspondiente a otra usuaria que mantenía relación con ella ( María Virtudes ). Precisamente, la consideración de esta información llevó a la juez central de instrucción a que, el 11 de mayo de 2015, reclamara información de las páginas de ambas usuarias, a la plataforma Facebook. En todo caso, el procedimiento se centraba en la investigación de las eventuales responsabilidades de la recurrente, interviniéndose sus comunicaciones telefónicas y detectándose que, desde los nuevos perfiles que fue abriendo, seguía manteniendo su relación con María Virtudes . Tras la detención de la acusada en septiembre de 2015, en enero del año 2.016 se presentó un atestado ampliatorio en el que precisamente se informaba a la autoridad judicial de que determinadas personas que se relacionaban con la recurrente ( Brigida por un lado, así como Celsa y María Virtudes por otro), habían sido detenidas con posterioridad, con ocasión de las Diligencias Previas 131/2014 y 2/2015 del Juzgado Central de Instrucción número 5. Concretamente, se informaba que Celsa y María Virtudes , habían sido detenidas el 4 de octubre de 2015, y que Brigida , lo había sido en fecha de 28 de noviembre de 2.015.

Ni los antecedentes obrantes en las actuaciones, ni el propio recurso interpuesto por la acusada, centran un motivo en el que sustentar una conexidad entre el eventual actuar ilícito de las distintas investigadas, tanto considerando la regulación legal vigente al momento de iniciarse el proceso y resultar detenidas las encausadas ( art. 17 de la LECRIM , en su redacción dada por la Ley 3/1967, 8 abril), cuanto en la regulación que para los delitos conexos entró en vigor el 6 de diciembre de 2015, con ocasión de la reforma del artículo 17 de la LECRIM operada por Ley 41/2015, de 5 de octubre. Más allá de la posible coincidencia de credo y de una igualmente intensa determinación por defenderlo, no se apunta que las investigadas se concertaran para colaborar de manera unificada con organizaciones terroristas y que compartieran su esfuerzo para lograr nuevas adhesiones, de manera que no se justifica que la instrucción de la causa no hubiera de llevarse separadamente como se hizo, tal y como prescribía el artículo 300 de la LECRIM con anterioridad a la Ley 41/2015, y como hace ahora la nueva redacción del artículo 17.1 de la Ley procesal . Y tampoco se muestra que el tiempo que los agentes policiales tardaron en informar al Juez de instrucción de que se había procedido a la detención de otros individuos que se relacionaban con la acusada, haya impedido a la defensa defender una instrucción conjunta de todas las investigaciones que nunca ha reclamado, o poder desvirtuar la pretensión acusatoria del Ministerio Fiscal desde la evanescente afirmación de que una de las detenidas pudiera ser un agente encubierto. El recurso no acierta a concretar, ni porqué las responsabilidades de los distintos sujetos habían de llevarse en el mismo proceso, ni de qué manera su actual objeción ha podido afectar al desarrollo del proceso que se analiza, más allá de la difusa conjetura de que alguna de las distintas resoluciones judiciales adoptadas en los diferentes procesos, pudiera haber sido divergente de haberse tomado todas ellas por un mismo juez.

Los motivos se desestiman.



**SEXTO.**- Su sexto motivo se formaliza por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1.º LECRIM, por indebida aplicación del artículo 577.2 del Código Penal .

Alega la recurrente que el relato de hechos probados sólo puede calificarse como de autoadoctrinamiento o de enaltecimiento del terrorismo, pero en modo alguno puede integrar el delito de colaboración con organización terrorista del artículo 577.2 del Código Penal . Argumenta que el comportamiento atribuido a la recurrente, por su escasa entidad, no resulta idóneo para incitar a nadie a incorporarse a una organización terrorista, destacando que la recurrente se ha limitado a hacerse eco de unos vídeos no creados por ella, sino que ya estaban publicados en la red, o a aportar una información de fácil obtención sobre cómo trasladarse a los territorios ocupados por el Daesh. Y termina aduciendo que el relato de hechos probados no consigna que, con su actuación, la recurrente lograra convencer a nadie.

En parecido sentido, y por igual cauce de infracción legal, el motivo séptimo sostiene la inidoneidad del comportamiento para la consumación del delito del artículo 577.2 del Código Penal , dado que los mensajes de captación en los que se asienta su condena, estaban siendo vigilados por los agentes policiales actuantes.

Ya se ha expresado en el segundo fundamento de esta resolución, que el adoctrinamiento pasivo del artículo 575 del Código Penal , queda absorbido en la antijuricidad contemplada por el legislador respecto de las conductas de captación o adoctrinamiento activo recogidas en el artículo 577.2 del Código Penal . Este precepto protege que organizaciones terroristas puedan servirse de individuos que, sin pertenecer a ellas, y por cualquier motivo ajeno incluso a compartir sus postulados, estén dispuestos a facilitar el propósito de aquellas de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública. El precepto trata de disuadir de cualquier aportación específicamente orientada a favorecer los métodos violentos de una organización terrorista, de suerte que el sólo conocimiento de que la acción desplegada puede beneficiar o contribuir a quienes tienen por objetivo atemorizar o agredir a un colectivo ciudadano, satisface la esencia de la protección penal, siempre que el sujeto activo no pertenezca a la banda armada o grupo terrorista que resulta beneficiado en su objetivo, pues en tales supuestos el sujeto activo sería responsable por su integración en ella.

Se ha dicho además que la configuración de la protección penal se adelanta a los resultados de la conducta, configurándose como un delito de pura actividad o peligro abstracto, que se consuma con la ejecución de la acción típica, sin necesidad de añadir ningún resultado específico. El artículo 577.2 del Código Penal , sanciona a quienes lleven a cabo cualquier actividad de captación, adoctrinamiento o adiestramiento, que esté dirigida o que, por su contenido, resulte idónea para incitar a incorporarse a una organización o grupo terrorista, fundándose así la punibilidad en lo inadmisibles que resulta para el grupo social asumir el peligro que nace de las conductas descritas, desde una antijuricidad que se manifiesta precisamente por la intención maliciosa que impulsa el comportamiento del sujeto activo. No se exige para la consumación del delito que la obra criminal se materialice en un efectivo refuerzo de la capacidad de acción del grupo terrorista, aún cuando se requiere que el comportamiento facilitador resulte idóneo, esto es, que se compruebe su objetiva aptitud para poner en riesgo el bien jurídico protegido, en el sentido de que el comportamiento del autor debe revestirse de mecanismos hábiles y óptimos para poder mover la voluntad de los destinatarios.

De este modo resulta difícil apreciar la existencia de formas imperfectas de ejecución, alcanzándose la consumación cuando estén presentes todos los elementos del tipo, por más que una posterior vigilancia policial los ponga en evidencia. Y resulta además innecesario que se justifique que el comportamiento de la recurrente desembocó en efectivas adhesiones al activismo integrista, o que los instrumentos que dispuso para la persuasión fueran de su personal manufactura, pues la consumación del delito sólo exige que los instrumentos captatorios efectivamente dispuestos, sean mecanismos conducentes para mover la voluntad de eventuales destinatarios y que la recurrente los desplegara para esa finalidad captatoria.

Todas estas exigencias se recogen en el relato fáctico de la sentencia de instancia, que especifica que " Desde primeros del año 2015 [la actuación policial sobrevino en el posterior mes de abril] Tomasa se fue radicalizando en sus convicciones religiosas y políticas, y empezó a hacer público en las redes sociales que compartía los postulados de DAESH (transliteración del acrónimo árabe formada por las mismas palabras que componen ISIS, Estado Islámico de Irak y Siria, con las siglas en inglés), y a insertar mensajes dirigidos a exponer la conveniencia de hacer la yihad".

Añade la sentencia que la recurrente: " A su vuelta a España siguió difundiendo, pero ya con mayor proliferación, fotografías y videos en las redes sociales, utilizando sus perfiles en Facebook y Twitter, o mediante YouTube y Google +, imágenes de propaganda del Estado Islámico, en las que se veía a sus miembros armados, incluso a mujeres, presentándolos como héroes y mártires, así como ejecuciones de infieles o traidores, al mismo tiempo hacía un llamamiento de llevar a cabo la yihad con comentarios como: ¿hasta cuándo vais a estar sentados? ¿No veis las aleyas que incitan a la yihad, al combate, a la movilización?.



*Además, mantuvo contactos a través de las redes sociales y por teléfono con distintas personas tanto en España, como en otros países, Marruecos, Argelia, o incluso Siria. En esas conversaciones Tomasa exponía que ella estaba decidida a desplazarse y animaba a sus interlocutores para hacerlo, facilitaba información sobre la forma de realizar el viaje, e incluso en algún caso llegó a ofrecerse a mandar el dinero necesario para el billete."*

Los motivos se desestiman.

**SÉPTIMO.**- Por último, el motivo séptimo se formula además, por infracción de ley del artículo 849.1.º LECrim, al entender inaplicado indebidamente el artículo 579 bis apartado 4 del Código Penal .

Sostiene la recurrente que la posibilidad contemplada en el artículo 579 Bis 4 del CP , de reducir en uno o dos grados la pena señalada a los delitos previstos en el Capítulo VII, del Título XXII, del Libro II, del Código Penal (que lleva por rúbrica " *De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo* "), cuando " *el hecho sea objetivamente de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido* ", resulta aplicable a todas las figuras delictivas contempladas en dicho Capítulo. Desde esta consideración, entiende que debe apreciarse una menor gravedad en el caso enjuiciado, en atención a que la actuación de la recurrente consistió en publicaciones en redes sociales, cuya peligrosidad no va más allá de divulgar unos postulados y unas imágenes de la organización terrorista, que son habitualmente recogidos por los medios de comunicación de todos los países del mundo.

La posibilidad de atenuación que reclama el recurso, puede ser calificada, desde la perspectiva de su naturaleza, como subtipo atenuado ( STS 716/2015, de 19 de noviembre ), o como cláusula de individualización de la pena ( STS 554/16, de 23 de junio ), lo que en cualquier caso nos conduce a una solución idéntica, al tratarse de una previsión normativa que amplía, en el tramo mínimo, el ámbito de la penalidad, por la apreciación de los presupuestos de menor gravedad en la acción o en el resultado, en atención a la necesidad de respetar el principio constitucional de proporcionalidad. Así se puso de relieve por el Tribunal Constitucional en su STC Pleno 136/1999, de 20 de julio de 1999 , referida al Caso " *Mesa Nacional de Herri Batasuna* ", al realizar una reflexión sobre la proporcionalidad referida específicamente a los supuestos de colaboración con banda armada. Decía el Tribunal Constitucional: "en términos generales, puede afirmarse que nos encontramos ante una constante en lo que al derecho comparado se refiere en materia de legislación antiterrorista, es decir, la previsión de un tipo muy poco específico de colaboración o apoyo a grupos terroristas, condicionado por la necesidad de no dejar fuera, dentro de lo posible, ninguna forma o variedad de respaldo individual o social al fenómeno terrorista. Este coste inevitable en lo que a la determinación de la conducta típica se refiere, sin embargo, sólo resulta constitucionalmente admisible en la medida en que la mencionada apertura del tipo se vea acompañada de la consiguiente ampliación, por así decir, del marco punitivo, que haga a su vez posible la puesta a disposición del Juez de los resortes legales necesarios a la hora de determinar y adecuar la pena correspondiente en concreto a cada forma de manifestación de estas conductas de colaboración con los grupos terroristas. De otro modo, y tal como pone también de manifiesto la legislación comparada, el aplicador del derecho se situaría ante la disyuntiva ya sea de incurrir en evidente desproporción, ya sea de dejar impunes conductas particularmente reprochables".

De este modo, en nuestra STS 716/2015, de 19 de noviembre , señalábamos que el Legislador, dada la variedad de casos y de singularidades delictivas que pueden darse en la práctica, ha estimado pertinente implantar esta posibilidad de atenuación punitiva para adecuar en la medida de lo posible la magnitud de la pena a las circunstancias que se dan en el caso concreto, operando al efecto con el principio de proporcionalidad. El criterio ponderativo de que se vale la norma es el del injusto del hecho, que habrá de fijarse atendiendo al desvalor de la acción ("medio empleado") y al desvalor del resultado ("resultado producido"). En definitiva, nos encontramos ante una manifestación del principio constitucional de proporcionalidad, que debe ser valorada retroactivamente, atendiendo al desvalor de la acción y al desvalor del resultado.

Desde tal consideración, no se identifican razones que justifiquen la disminución penológica pretendida por la recurrente. Siendo que la colaboración ha consistido en una actividad de adoctrinamiento y captación de personas que puedan incorporarse a la actuación terrorista islamista, la utilización de las redes sociales como instrumento de difusión de sus mensajes, posibilita un esparcimiento generalizado y permanente del ideario captatorio y, con ello, una mayor exposición colectiva al riesgo que el tipo penal trata de evitar. Y la información que la recurrente facilitaba no resulta equiparable a la que pueda reflejarse en los medios de comunicación, habida cuenta que el contenido del mensaje viene trufado de apelaciones al heroísmo de quienes secundan el yihadismo y de llamamientos a integrar sus filas. El comportamiento enjuiciado satisface así el contenido ordinario y normal del injusto contemplado en el tipo penal, mostrándose adecuada la pena inicialmente prevista por el legislador, más aún si se considera que fue impuesta en su mínima extensión, y que han quedado absorbidas en la punición de este comportamiento actuaciones que eran también subsumibles en el artículo 575.2 del Código Penal .



El motivo se desestima.

**OCTAVO.-** De conformidad con el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , habiéndose desestimado íntegramente el recurso interpuesto por Tomasa deberá asumir el pago de sus costas, declarándose de oficio las causadas por el Ministerio Fiscal.

#### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Declarar no haber lugar a los recursos de casación interpuestos por el Ministerio Fiscal y por la representación procesal de Tomasa , contra la sentencia dictada el 17 de marzo de 2017 por la Sala de lo penal, Sección Primera, de la Audiencia Nacional, en el Rollo 5/2016 , condenando a la recurrente Tomasa al pago de las costas causadas en la tramitación de su recurso y declarando de oficio las causadas por el Ministerio Fiscal en la tramitación del suyo.

Comuníquese esta sentencia a la mencionada Audiencia Nacional a los efectos legales oportunos, 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 alguno, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Andrés Martínez Arrieta José Ramón Soriano Soriano

Francisco Monterde Ferrer Pablo Llarena Conde