

Roj: **STS 2967/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2967**Id Cendoj: **28079120012017100585**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **13/07/2017**Nº de Recurso: **371/2017**Nº de Resolución: **560/2017**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAN 2/2017,**  
**STS 2967/2017**

## SENTENCIA

En Madrid, a 13 de julio de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 371/17 interpuesto por **EL MINISTERIO FISCAL**, contra sentencia de fecha 25 de enero de 2.017, dictada por la Sección Cuarta, de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, que absolvió a los acusados por un delito de organización terrorista. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado Central de Instrucción nº 5 instruyó sumario nº 9/2015 contra D. Angel Domingo, Nemesio Higinio, Segismundo Nemesio, Alfredo Ernesto, Olegario Leopoldo Y Saturnino Marcos, Alfredo Ernesto por un delito de organización terrorista y, una vez concluso, lo remitió a la Sala de lo Penal, Sección Cuarta de la Audiencia Nacional, y como parte recurrida Angel Domingo representado por el Procurador D. Mariano Cristóbal López y defendido por el Letrado D. Alberto Holgado Lanillos; Nemesio Higinio representado por el Procurador D. Antonio Piña Ramírez y defendido por el Letrado Dª Lourdes Gil Mora Ican; Segismundo Nemesio, representado por la Procurador Dª Ana Fuentes Hernangomez y defendido por la Letrada Mª Rosa Lancho López, Alfredo Ernesto representado por la Procuradora Dª Carmen Echevarría Terrova; Olegario Leopoldo representado por el Procurador D. Antonio Piña Ramírez, y defendido por el Letrada Mª Rosa Lancho López; Saturnino Marcos representado por el Procurador D. Felipe Bermejo Valiente y defendido por el Letrado D. Pablo E. Miquel Bautista; que en la causa dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados**:

**<<hechos.- PRIMERO.-** A) Al menos desde el 20 de junio de 2014 convivían en el domicilio ubicado en la BARRIADA000 DIRECCION000 nº NUM002 de la Ciudad Autónoma de Ceuta, los hermanos Angel Domingo, mayor de edad, con antecedentes penales no computables, Nemesio Higinio, mayor de edad y sin antecedentes penales, y Segismundo Nemesio, mayor de edad y sin antecedentes penales, y lo hacían junto con otro hermano y dos hermanas y la progenitora de todos ellos.

- Leon Blas carecía de profesión, dedicándose habitualmente a perpetrar sustracciones de vehículos y de sustancias estupefacientes -hachís- a individuos que traficaban con drogas, utilizando una navaja con forma de mariposa para amedrentarlos y habiendo tenido también violentos encuentros con funcionarios policiales.

Angel Domingo solía acceder a la terraza situada en la parte alta de su vivienda, realizando allí ejercicios físicos, haciéndolo en compañía del también acusado Alfredo Ernesto, mayor de edad y sin antecedentes penales. A dicho lugar concurrió, al menos en una ocasión, Nemesio Higinio, de profesión camarero.



El acusado Alfredo Ernesto habitaba la vivienda situada en la BARRIADA000 DIRECCION000 n° NUM000 de Ceuta. Se dedicaba, junto con Angel Domingo a llevar a cabo sustracciones de vehículos y de sustancias estupefacientes -hachís- a individuos que comercializaban con dicha droga, haciendo estas actividades su única forma de obtener recursos económicos, pues carecía de actividad laboral.

En el momento de su detención Alfredo Ernesto tenía en su poder una pistola GLOCK Mod. 26 con el número de serie borrado, arma capacitada para el disparo de cartuchos de 9mm parabelum, careciendo de la necesaria licencia y guía de pertenencia.

- El acusado Olegario Leopoldo , hermano del anterior también habitaba la vivienda situada en la BARRIADA000 DIRECCION000 n° NUM000 de Ceuta.

Amante de las palomas, solía frecuentar la terraza de su progenitora donde cuidaba dichos animales.

- Tras las detenciones de Angel Domingo , Nemesio Higinio , Alfredo Ernesto y Olegario Leopoldo que tuvo lugar el 25 de enero de 2015, fueron detenidos el día 12 de marzo de 2015, los acusados Segismundo Nemesio , hermano de los dos primeros y Saturnino Marcos , mayor de edad y sin antecedentes penales.

- Segismundo Nemesio ejercía la venta ambulante de prendas de vestir en Marruecos desplazándose hasta allí diariamente, y frecuentaba la azotea de la vivienda que compartía con sus hermanos para realizar en solitario ejercicios físicos.

Fue militar del Ejército Español durante unos tres años. El día 27 de enero de 2015 aparecieron pintadas en las inmediaciones de los domicilios de los acusados, realizadas con Spray, del siguiente tenor literal: "Lo de Hugo Braulio es poco. El Estado Islámico está de camino" "ALLAH U AKEAR".

No se ha acreditado participación en las mismas de Segismundo Nemesio .

- Luciano Domingo vivía en la BARRIADA000 , DIRECCION000 NUM001 de Ceuta. Carente de actividad laboral, colaboró con Angel Domingo al menos en dos ocasiones en perpetrar sustracciones de hachís a individuos que comercializaban con dicha sustancia estupefaciente.

B) Angel Domingo comparte la ideología del Yihadismo terrorista y justifica sus acciones estimando que atentados tan execrables como el que tuvo lugar el 11 de septiembre de 2001 contra las Torres Gemelas del World Trade Center de Nueva York, constituye una forma de defenderse contra la muerte de musulmanes en Palestina, considerando este ataque como respuesta legítima por parte de Al Queda, siendo simpatizante de sus acciones terroristas.

Tras salir de prisión el 20 de junio de 2014 Angel Domingo , a través de Facebook utilizó los perfiles " Leon Blas " " Florencio Juan " o " Dionisio Claudio ", compartiendo las siguientes fotos y publicando los siguientes vídeos:

1) El 14 de septiembre de 2014, comparte una foto del Vaticano cubierto por banderas yihadistas desde su perfil Arcadio Valeriano , con el siguiente comentario "*llegará este día lo juro por Dios este día está muy cerca*".

2) El 15 de septiembre de 2014, a las 02:19 horas, comparte una foto desde el perfil Arcadio Valeriano con el siguiente comentario: "*Esto es por subestimar y matar musulmanes desde siglos*". Se trata de dos imágenes del ataque el 11/09/2001 contra el World Trade Center de Nueva York por miembros de la organización terrorista Al Qaeda

3) También con fecha de 15 de septiembre de 2014, a las 07:32 horas, desde su perfil de Facebook Arcadio Valeriano comparte con Alfredo Ernesto un vídeo propagandístico del Estado Islámico, con el siguiente comentario "*este es nuestro ejército y estamos muy preparados yais mohamme ni retirada ni rendición, la victoria o el martirio*".

4) El 15/09/2014, a las 07:32 horas, comparte una foto desde su perfil Arcadio Valeriano con el siguiente comentario en referencia a las decapitaciones del Estado Islámico "*los dos en el mismo sitio, en Iraq, uno en manos de los americanos y el otro en manos de Isis decapitado, te lo mereces cerdo*". Se trata de una fotocomposición en la que se puede ver al periodista estadounidense, Ricardo Celso , decapitado por miembros del Estado Islámico.

5) El 15/09/2014, a las 07:34 horas, comparte una foto desde su perfil Arcadio Valeriano con el siguiente comentario "*esta es nuestra palestina Dios te bendiga Placido Santos , no tengas piedad de ellos la tierra tiene que ser purificada de satánicos*". En la imagen aparece el líder de la organización terrorista Estado Islámico, Placido Santos .



6) El 15/09/2014, a las 07:39 horas, comparte una foto desde su perfil Arcadio Valeriano con el siguiente comentario a favor del Estado Islámico *"estos son nuestros guerreros el orgullo del Islam los que temen únicamente a Dios"*. En la imagen aparece un mujahidin armado del Estado Islámico.

7) El 18/09/2014, comparte un vídeo desde su perfil Arcadio Valeriano , de 05:59 minutos de duración, con el siguiente comentario *"este es el poder de Dios, este Isidro Vidal , esta es vuestra derrota, y esto es la promesa de Dios si empuñamos las armas en su nombre Alahu Akbar"*. Se trata de un vídeo propagandístico del Estado Islámico con acciones armadas de mujahidines.

8) El 11/10/2014, a las 06:33 horas, comparte una foto desde su perfil Arcadio Valeriano con el siguiente comentario *"mirar señores en el mismo campo de batalla. El de arriba un soldado de Hilario Agapito , los de abajo son del Estado Islámico dos sonrén y el que lucha por la democracia parece ir directamente al infierno"*. Se trata de dos imágenes de soldados muertos, una de un cadáver hinchado y otra de dos cadáveres mujahidines.

9) El 11/10/2014, a las 09:59 horas, comparte una foto desde su perfil Arcadio Valeriano con el siguiente comentario *"un miembro de Isis decapita a un soldado de los incrédulos"*. Se trata de dos imágenes, una de un soldado del ejército sirio y otra de un mujahidin sosteniendo la cabeza decapitada de una mujer.

10) El 11/10/2014, a las 13:24 horas, publica una foto desde su perfil Arcadio Valeriano con el siguiente comentario en referencia a la muerte por martirio *"aquí los tenéis no son tan malo y asesinos y terroristas que mueren sonriendo Dios de parte de quien esta"*. Se trata de dos imágenes de mujahidines fallecidos.

11) Así mismo con el día 13 de noviembre de 2014 publica desde el perfil Dionisio Claudio otro vídeo de acciones militares del DAESH en Siria e Irak.

12) Otro de los vídeos compartidos por Arcadio Valeriano es el editado donde aparecen los procesados Alfredo Ernesto y Nemesio Higinio realizando ejercicios físicos con Angel Domingo , escuchándose de fondo cánticos yihadistas en árabe, explosiones y disparos.

Durante el transcurso del vídeo se puede oír un cántico yihadista ambientado en un lugar en el que ha estallado la guerra, con las siguientes manifestaciones: *"venimos con grito de la verdad, buscamos el enfrentamiento, somos unos leones que luchan en contra de los Tagut partimos el hierro con mucha insistencia", "si viene la guerra con la armonía de las balas, vamos a por los incrédulos aplicando al kasas (Charla: ley islámica)". Los incrédulos, los vamos a llevar a la muerte y van a regar la tierra con la sangre que se va a derramar de las venas de los cuellos. Vienen para iluminar los cielos con la verdad"*.

Mientras continúa el cántico, en el mismo puede apreciarse un silencio e inmediatamente después el sonido de la explosión de una bomba *"venimos para iluminar los cielos con la verdad, y vamos a matar a los enemigos del espíritu los incrédulos. Vamos a por los Nasiriya (Doctrina del chiísmo), vamos a por los que hablan mal de Um Leticia Lorenza (Nuestra madre Leticia Lorenza ), vamos a por los que insultan a Um Leticia Lorenza , les voy a aniquilar uno por uno, que la oscuridad que reina la vamos a convertir en una luz que va a iluminar el universo"*.

Interviene en el cántico un varón con acento argelino manifestando: *"vamos a por los Nasiriya, vamos a por los que hablan mal de Um Leticia Lorenza (Nuestra madre Leticia Lorenza ), vamos a por los que insultan a Um Leticia Lorenza , les voy a aniquilar uno por uno"*. Interviene la voz de otro varón *"El que tenemos entre la Nasiriya en la palabra de Allah Uakbar (Allah es grande)"*, repitiéndose de nuevo el mismo cántico.

Concluyendo con una nueva estrofa: *"si se enciende el fuego, vamos a estar con las espadas quemando la oscuridad del universo, iluminándolo, y vamos a aparecer en el universo, una nueva luna va a seguir con la unicidad de Allah, empleando las espadas y hacer un llamamiento a la comunidad para que levanten las espaldas y no parar la lucha hasta la muerte, porque vivir como esclavo no merece la pena"*. Finaliza con *"Allah Uakbar (Allah es grande)"*.

Nemesio Higinio , figura como administrador del perfil de Facebook " Nemesio Higinio . Su contenido en términos de radicalismo islámico, es limitado.

El perfil presenta como "avatar" la imagen "JE SOIS Nemesio Higinio " en blanco sobre fondo negro, en referencia a la publicación " Hugo Braulio ", en contraposición al apoyo a las víctimas formulando con la proclama "JE SOIS Hugo Braulio ".

Entre los amigos del perfil " Nemesio Higinio ", se encuentran varios perfiles con referencias a organizaciones terroristas, entre ellos el perfil " Alejandro Urbano ", que enarbola la bandera de la organización terrorista Estado Islámico en su imagen de portada, y que a su vez está vinculado al perfil "Hércules de vuelta a Ceuta", administrado por el acusado Olegario Leopoldo .

Entre las publicaciones realizadas en el perfil de Nemesio Higinio , se destaca la realizada el día 25 de julio del 2014, a las 02:53 horas, donde aparece una foto subida con el móvil con el siguiente comentario "Palestina libre por las buenas o con las malas alah u akbar". En la imagen aparece un mujahidín armado leyendo el Corán.

El 6 de agosto de 2014, a las 19:54 horas, publica una foto subida con el móvil. En la imagen se puede observar la bandera de Israel y el texto "ISRAEL. Estado Terrorista".

Entre las fotografías publicadas en su perfil, el 9 de enero del 2015, aparece una fotografía con el texto en árabe "el Islam es una luz que vino a iluminar el universo".

El 15 de enero de .2015, publica una fotografía en su perfil de Facebook, en la que aparece una rosa y una inscripción con letras en árabe "no hay más Dios que Allah y Mahoma es su profeta"

Por su parte el procesado Alfredo Ernesto , también es usuario de los perfiles de Facebook " Alexander Juan " y del perfil " Nemesio Higinio " cuyos contenidos son altamente radicales. Introduce textos tales como "nuestros hermanos muyahidín que luchan Islam falta poco la Guerra Santa" refiriéndose a aquellos musulmanes que no sumen a tal ideario ("estos son traidores renegados del Islam walabi tarde o temprano le llegara la hora le vamos a decapitar").

Hasta el mes de noviembre de 2014, en que el perfil @ Alexander Juan fue eliminado o cerrado, se publicaron los siguientes contenidos:

El 24 de octubre del 2014, el usuario del perfil @ Alexander Juan , publica un vídeo de 04:49 minutos, en la que se muestra una entrevista a diferentes muyahidín en zonas de combate.

El mismo día que la anterior publicación a las 18:58, inserta otro vídeo de 02:36 minutos, En la parte superior izquierda, aparece la bandera de la Organización Terrorista Estado Islámico. En otro fotograma de dicho vídeo se observa un combate entre varios muyahidín con armas de fuego.

A las 19:04 del 24 de octubre de 2014, comparte una fotografía en la que aparece Pablo Urbano apoyado sobre un bastón junto a una montaña nevada.

Minutos después de la publicación anterior, a las 19:14 publicita una fotocomposición en la que se observan siete imágenes de grupos de muyahidín en diferentes formaciones, ondeando en todas ellas la bandera del Estado Islámico.

El 29 de octubre de 2014 a la 01:52, comparte una fotografía en la que aparece la bandera del Estado Islámico de grandes dimensiones, figurando en la parte inferior de la imagen, numerosos yihadistas alzando su arma al cielo en apoyo y pleitesía a la mencionada bandera de dicha organización terrorista.

El 30 de octubre de 2014 a las 18:31, publica un vídeo de 07:22 minutos de duración, en el que se observan a diferentes muyahidín ejercitando entrenamientos, sobre técnicas de combate, utilización de armas de fuego y lucha cuerpo a cuerpo.

El mismo día que la publicación anterior a las 18:59 publicita una fotocomposición en la que aparecen diferentes líderes yihadistas, entre los que se encuentra, Pablo Urbano , Oscar Imanol y Imanol Vicente , con el rótulo en árabe "LOS MAS APRECIADOS".

Olegario Leopoldo . Así mismo este procesado centra su actividad en las redes sociales en los acontecimientos del conflicto en Siria y vierte frases como "Estoy esperando al entrar en el firdaus (paraíso) si Dios quiere" publicada desde su perfil de Facebook, "Hércules de vuelta a Ceuta", el 25 de julio de 2015.

Entre las publicaciones de este perfil, destaca su interés por los atentados de París a la revista " Hugo Braulio ", a manos de dos hermanos terroristas pertenecientes a una célula de la organización Al Qaeda y publica un vídeo con la polémica formada en Francia tras los atentados.

Se puede observar como el perfil de Animales a Ceuta, también administrado por Olegario Leopoldo , exhibe la imagen de una persona que blande la bandera de la organización terrorista del Estado Islámico, publicada por el perfil Amadeo Leandro .

Respecto a Segismundo Nemesio , el análisis de los dispositivos electrónicos (terminales telefónicos, tarjetas de memoria o dispositivos de almacenamiento portátil) que fueron hallados el 24 de enero de 2014 en el dormitorio de habitaba Segismundo Nemesio , permitieron a los investigadores policiales localizar imágenes en las que aparece posando con armas de fuego junto al lema "No hay más Dios que Alah y Mahoma es su profeta".

En la imagen siguiente, hallada también en el efecto 1MSD3, aparece un militar con la bandera del EI en el pecho posando con dos pistolas, una en cada mano, del mismo modo que Segismundo Nemesio en las imágenes anteriores.

Además en los dispositivos incautados pertenecientes a Segismundo Nemesio , se encontró ingente material relativo a la organización terrorista Estado Islámico, entre los que se pueden destacar lo siguiente:

Dispositivo 1MSD3: más de 300 archivos de imágenes con un alto perfil radical yihadista, fundamentalmente en apoyo al EI y a favor de la Yihad *"para alcanzar el paraíso"* (texto extraído de una de las imágenes, 00747918.jpg), así como de soldados combatiendo bajo la bandera del EI. En ellas se pueden leer textos como que *"Leones del estado islámico", "Leones de la unificación", "Le voy a dar una patada y te voy a mandar fuera de Afganistán", "La Yihad es dulce", "Voy a enseñar a mis hijos, si Dios quiere, que catalogar a los transgresores como infieles o no creer a los transgresores es el primer pilar de la fe y que hacer la Yihad por la causa de dios y intimidar a los enemigos de Dios es una obligación en la religión islámica", "Mi futura esposa es terrorista, vas a ser mi amor para siempre. La quiero conmigo terrorista. Su dote va a ser un fusil, anda sin tener miedo a la muerte y sus hijos van a formar ejercito muy fuerte Somos una filunida contra el laico", "Que Dios fortalezca a los muyaidines de la tierra de Sham", "Jabhat Nosra la gente de Sham (frente del apoyo a la gente de Sham) De los muyahidines de Sham en la plaza de la Yihad. Estoy a tu disposición, a tu servicio, oh madre y hermana, a tu servicio oh hermana honrada. Te juro que no vamos a cejar ni vamos a poder descansar ni guardar nuestras espadas hasta vengar para devolveros vuestra honra y dignidad", "Dan la bienvenida a los malditos infieles en sus tierras para hacer la Yihad. Yyles dicen que van a devolver como las cenizas. El que pertenece a Sham degüella a todos los violadores"*.

Dispositivo 1USB2 encontrado también en el dormitorio de la primera planta de Segismundo Nemesio contenía un gran volumen de información con contenido yihadista. En particular, tenía en su interior múltiples vídeos, como los que a continuación se destacan:

-Vídeo titulado "1495-aplauden Si luchó maravilloso - Mujahideen de Chechenia Chichan jihad.chechen mujahedesYouTube2.flv" de 05:57 minutos de duración, donde se puede observar a varios muyahidines incluidas mujeres en la región de Chechenia, utilizando armas de guerra y combatiendo.

-Vídeo titulado "1615-elogiar extraños verdadera emoción de cantar-iYouTube.flv", de 05:22 minutos de duración, en el cual, se observan varias imágenes de líderes del grupo terrorista Al Qaeda, como Pablo Urbano o Arturo Sixto , además de imágenes de yihadistas armados.

-Vídeo titulado "1624-anassid dadaba.flv", de 03:12 minutos de duración, donde se observan diversas imágenes de muyahidines algunas portando banderas del Grupo terrorista Estado Islámico.

- Vídeo titulado "(texto en árabe) Taliban Afghanistan.mp4" de 08:21 minutos de duración, donde se observa la planificación y ejecución de un atentado terrorista con camión bomba contra una base aérea militar.

- Vídeo titulado "(texto en árabe). Mp4" de 49:44 minutos de duración, donde se observan diversas imágenes de yihadistas del grupo terrorista Estado Islámico.

SEGUNDO.- El día 24 de enero de 2015 se llevaron a cabo diligencias de entrada y registro en el domicilio habitado por los acusados Angel Domingo , Nemesio Higinio Segismundo Nemesio junto con un hermano y dos hermana más, y la progenitora de todos ellos, ubicado en la BARRIADA000 , DIRECCION000 nº NUM002 de Ceuta, así como en la vivienda perteneciente a Alfredo Ernesto , situada en la BARRIADA000 , DIRECCION000 nº NUM000 .

En el primero de ellos se intervinieron 10 terminales de telefonía móvil, 11 tarjetas SIM, 18 portátiles o sobres de tarjetas telefónicas de diversas compañías.

También se encontraron dos pistolas. La primera de ellas *detonadora*, con la corredera plateada y con nº de serie NUM003 , se hallaba sobre uno de los sillones del salón de la segunda planta, dentro de una bolsa de plástico. La segunda, *una pistola de metal de aire comprimido*, con nº de serie NUM004 se encontraba sobre la mesa del dormitorio habitado por Angel Domingo , en la planta superior.

Con independencia de lo anterior, de los archivos de imagen incautados en los distintos soportes en el domicilio de los acusados Angel Domingo y Segismundo Nemesio , se localizaron 15 fotografías en las que figuraban los tres referidos portando las siguientes armas:

- Una escopeta recortada con culata provista de garganta inglesa.
- Un revolver con tambor de seis recámaras aptas para el disparo de cartucho de 38 Smith Vilsson Special.
- Un revolver de grandes dimensiones con acabado de hacer inoxidable.

No se ha acreditado que las armas que se reflejan en las fotografías fueran auténticas, ni su funcionamiento y aptitud para el disparo.

Así mismo se encontraron diversas armas blancas de gran tamaño:

- Un hacha, reseñada como efecto nº 77, que se encontraba debajo de una alfombra.
- Un cuchillo de grandes dimensiones, aprox. 50 cm, con mango de madera y caracteres árabes en la hoja, reseñado como efectos nº 78.
- Un machete con hoja de sierra y mango negro de unos 50 cms de hoja, reseñado como efecto nº 55.
- Un machete con mango de madera y unos 40 cms de hoja, reseñado como efecto nº 56.
- Pistola lanza arpones marca BEUCHAT, reseñada como efecto nº 62.
- Dos cajas de munición para escopeta del calibre 12 reseñadas como efecto nº 68), conteniendo cada una de ellas cinco cartuchos del calibre 12, junto a un cartucho suelto de las mismas características (un total de 11 cartuchos), en perfecto estado de funcionamiento.
- En el mismo lugar que los machetes anteriormente reseñados, y en unión a éstos, se encontraba una máscara (reseñado con el nº 57), y una bolsa de tela (reseñado con el nº 58), con la inscripción "Autoescuela EUROPA", conteniendo en su interior 150 pares de guantes de látex.
- Spray negro de la marca Pinty Plus (reseñado con el nº 67) .
- Grilletes, junto a sus dos llaves, reseñado como efecto nº 73.

También se ocupó el disco duro del ordenador situado en el Salón de la segunda planta, en el que se encontraron numerosas imágenes de dirigentes de organizaciones terroristas, como Pablo Urbano , así como de la bandera del Estado Islámico y sus combatientes.

Por otro lado, en el ordenador encontrado en el dormitorio de Angel Domingo , se halló una ingente cantidad de imágenes de conflictos yihadistas, con contenido explícitamente violento.

Además de lo anterior, aparecieron imágenes cuyo contenido refleja aspectos técnicos para el combate en conflictos yihadistas y "mártires yihadistas", contrapuestas a la existencia de comparaciones con soldados occidentales, montajes como la decapitación del presidente de Estados Unidos Obama, así como fotografías de funcionarios de las fuerzas y cuerpos de seguridad y el ejército españoles.

En el efecto reseñado como 14 1MSD1, tarjeta micro SD de 2gb, con referencia NUM005 , que fue encontrada en el interior del teléfono móvil 1 TEL presente en el dormitorio de Angel Domingo , se han encontrado diversas imágenes de contenido yihadista.

En el registro practicado en la vivienda perteneciente a Alfredo Ernesto , se incautaron un total de quince teléfonos móviles, dieciocho tarjetas SIM, la pistola GLOCK, modelo 26 antes referida, tres cartuchos de calibre 9 mm., nueve armas blancas (1 sable, 1 espada, 1 hacha, 5 cuchillos y un arma con apariencia medieval), en el segundo registro tres uniformes del ejército español de color verde mimetizado, once pasamontañas, cuatro máscaras, tres gorros de lana, una prenda para cubrirse el rostro, unos guantes de látex, un palo de madera con bola o cabeza gruesa y redondeada en uno de sus extremos, un bate metálico, el mango de un mortero metálico, y dos placas de matrícula.

Tras producirse las detenciones de Segismundo Nemesio y Saturnino Marcos , se practicó diligencia de entrada y registro en el domicilio de uno y otro.

En el de Segismundo Nemesio se ocupó:

- Un saco que contenía aproximadamente 50 piedras de notable tamaño y de canto redondeado en el dormitorio de Segismundo Nemesio .
- Un machete encontrado escondido en la parte superior del mueble de la cocina.
- Un tirachinas artesanal incautado en el dormitorio de Segismundo Nemesio también escondido en la parte superior del mueble de la cocina.
- Una chaqueta militar número 8405331068235 talla OTAN
- Dinero en efectivo (aproximadamente 1700 euros)
- Cinco teléfonos móviles y tarjetas SIM.



En el registro de la vivienda sita en la BARRIADA000 , DIRECCION000 NUM001 de Ceuta de Saturnino Marcos , se encontró:

-Un chaleco táctico antibalas.

-Cuatro mil euros escondidos en el bolsillo izquierdo de una sudadera que estaba en el armario de la habitación principal (que le fueron devueltos por el instructor). >>

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

**<<Fallo.** Que debemos absolver y absolvemos a Angel Domingo , Nemesio Higinio , Segismundo Nemesio , Alfredo Ernesto , Olegario Leopoldo y Saturnino Marcos , del delito de integración en organización terrorista.

Que debemos absolver y absolvemos a los referidos, Angel Domingo , Nemesio Higinio , Segismundo Nemesio , Olegario Leopoldo y Saturnino Marcos del delito de tenencia ilícita de armas.

Que debemos condenar y condenamos a Alfredo Ernesto como autor responsable de un delito de tenencia ilícita de armas a la pena de dos años de prisión e inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Alfredo Ernesto habrá de hacer efectivas las costas procesales en la proporción que le corresponda, declarándose de oficio todas las demás. >>

**TERCERO.-** Notificada la sentencia a las partes, 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 substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**CUARTO.-** El Ministerio Fiscal, basa su recurso en los siguientes motivos:

#### **Motivos aducidos por El Ministerio Fiscal**

**Motivo Único .-** INFRACCIÓN DE LEY DEL ARTÍCULO 849. 1 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL POR INAPLICACIÓN DEL ARTÍCULO 578 DEL C. P . Y 28 DEL C. P .

**QUINTO.-** Instruidas las partes del recurso interpuesto, la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.-** Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día doce de julio de dos mil diecisiete.

## **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **RECURSO INTERPUESTO POR EL MINISTERIO FISCAL**

**PRIMERO.- El motivo único por infracción de Ley del art. 849.1 LECrim , por inaplicación del art. 578 y 28 CP .**

La sentencia, cuya casación se pretende, tras absolver a todos los acusados del delito de integración en organización terrorista del art. 572 CP , -único delito por el que venían siendo acusados- declara: "que las imágenes difundidas **por alguno de ellos a las redes sociales quizás podrían constituir delito de enaltecimiento del terrorismo** que no ha sido objeto de casación, y ello nos conduce a dictar sentencia absolutoria, porque de tal delito los procesados no se han podido defender".

El Ministerio Fiscal discrepa de dicha declaración -aunque se lleve a cabo con cierta indefinición y dudas (quizás) -por cuanto los acusados sí pudieron defenderse en relación a tales hechos desde el primer momento de su detención en que se pusieron de manifiesto su actividad en las redes sociales. En el auto de procesamiento se incluyeron tales imágenes, junto con videos, audios y mensajes publicados por los acusados en las redes. Contenidos publicados que se contenían en el escrito de conclusiones provisionales del Ministerio Fiscal y una gran parte de la prueba practicada en el juicio oral versó sobre ese material audiovisual publicado.

Y tras recoger la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre las exigencias del principio acusatorio y los supuestos en que no se produce su vulneración, concluye que los hechos constitutivos del delito de enaltecimiento del terrorismo estaban contenidos en el escrito de conclusiones del Ministerio Fiscal y si no se especificaron en la segunda y quinta de las conclusiones de dicho escrito fue debido a que concurso de normas del artículo 8.3 CP , impedía aplicar el enaltecimiento del terrorismo a los acusados como miembros de la organización terrorista, pero en efecto de condena del delito más complejo, no se impide que las infracciones consumidas en este sean susceptibles de ser castigadas como delitos autónomos.



En base a lo expuesto solicita que todos los acusados -salvo Saturnino Marcos al cual no se le ocupó ningún video, ni consta la difusión en las redes sociales de material alguno, sean considerados autores del delito de enaltecimiento del terrorismo del artículo 578 CP, redacción dada por LO 5/2010 y condenados a la pena de dos años de prisión, accesorias legales y costas.

1º El desarrollo argumental del motivo y el contenido de las alegaciones expuestas por las defensas de los acusados al impugnar el motivo hace necesario recordar cómo entre las garantías que incluye el principio acusatorio se encuentra -dice la STS 60/2008, de 26-5, la de que nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse, habiendo precisado a este respecto que por "cosa" no puede entenderse únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un *factum*, sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos, sino también sobre su calificación jurídica" (SSTC 4/2002, de 14 de enero; 228/2002, de 9 de diciembre; 35/2004, de 8 de marzo; 7/2005, de 4 de abril).

En consecuencia, el pronunciamiento del Tribunal debe efectuarse precisamente en los términos del debate, tal como han sido planteados en las pretensiones de la acusación, no pudiendo el Tribunal apreciar hechos o circunstancias que no hayan sido objeto de consideración en ésta y sobre las cuales, el acusado, por tanto, no haya tenido ocasión de defenderse en un debate contradictorio (SSTC. 40/2004 de 22.3, 183/2005 de 4.7). Además este Tribunal ha afirmado que con la prospectiva constitucional del derecho de defensa, lo que resulta relevante es que la condena no se produzca por hechos (o perspectivas jurídicas) que de facto no hayan podido ser plenamente debatidos (por todas STC. 87/2001 de 2.4).

En similar sentido las SSTC. 34/2009 de 9.2, 143/2009 de 15.6, precisan que "al definir el contenido del derecho a ser informado de la acusación, el Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente en anteriores resoluciones que "forman parte indudable de las garantías que derivan del principio acusatorio las que son contenido del derecho a ser informado de la acusación", derecho que encierra un "contenido normativo complejo", cuya primera perspectiva consiste en la exigencia constitucional de que el acusado tenga conocimiento previo de la acusación formulada contra él en términos suficientemente determinados para poder defenderse de ella de manera contradictoria (SSTC. 12/81 de 10.4, 95/95 de 19.6, 302/2000 de 11.9). Esta exigencia se convierte así en instrumento indispensable para poder ejercer la defensa, pues mal puede defenderse de algo quién no sabe qué hechos en concreto se le imputan.

Se ha señalado también que a efectos de la fijación de la acusación en el proceso, el instrumento procesal esencial es el escrito de conclusiones definitivas, el cual debe contener "los hechos relevantes y esenciales para efectuar una calificación pública e integrar un determinado delito", que es lo que ha de entenderse "por hecho punible a los efectos de la necesidad constitucional de conocer la acusación para poder ejercer el derecho de defensa" (STC. 87/2001 de 2.4). Por ello no es conforme con la Constitución ni la acusación implícita, ni la tácita, sino que la acusación debe ser formulada de forma expresa y en términos que no sean absolutamente vagos e indeterminados (SSTC. 36/96 de 11.3, 33/2003 de 13.2, 299/2006 de 23.10, 347/2006 de 11.12).

Asimismo la Sala 2ª TS-STC 655/2010, de 13-7, 1278/2009, de 23-12; 313/2007, de 19-6; tiene señalado que el principio acusatorio exige la exclusión de toda posible indefensión para el acusado, lo cual quiere decir "en primer término, que el hecho objeto de acusación y el que es base de la condena permanezcan inalterables, esto es, que exista identidad del hecho punible, de forma que el hecho debatido en juicio, señalado por la acusación y declarado probado, constituya supuesto fáctico de la calificación de la sentencia. La otra condición consiste en la homogeneidad de los delitos objeto de condena y objeto de acusación" (SS. T.C. 134/86 Y 43/97). El T. S. por su parte tiene declarado sobre la cuestión aquí examinada que "el sistema acusatorio que informa el proceso penal especial exige que exista la debida correlación entre la acusación y la sentencia de forma tal que la defensa del imputado tenga oportunidad de alegar, proponer prueba y practicar en su práctica y en los debates, habiendo conocido con antelación suficiente aquello de lo que se le acusa, y sin que la sentencia de forma sorpresiva pueda condenar por algo de lo que antes no se acusó y respecto de lo cual consiguiente no pudo articularse la estrategia exigida por la Ley en garantía de la posición procesal del imputado", de ahí que "la acusación ha de ser precisa y clara respecto del hecho y del delito por el que se formula y la sentencia ha de ser congruente con tal acusación sin introducir ningún elemento nuevo del que no hubiera existido antes posibilidad de defenderse" (s. T.S. 7/12/96); y que "el establecimiento de los hechos constituye la clave de la bóveda de todo el sistema acusatorio del que el derecho a estar informado de la acusación es simple consecuencia (s. T.S. 15/7/91). "los hechos básicos de la acusación y constituyen elementos substanciales e inalterables y la sentencia tiene que ser congruente respecto de los mismos, sin la introducción de ningún nuevo elemento del que no existiera posibilidad de defensa" (SS. T.S. 8/2/93, 5/2/94 Y 14/2/95). En suma, como se precisa en S. 26/2/94 es evidente: "a) Que sin haberlo solicitado la acusación no puede introducir un elemento "contra reo" de cualquier clase que sea; b) Que el derecho a ser informado





de la acusación exige su conocimiento completo; c) Que el inculpado tiene derecho a conocer temporánea y oportunamente el alcance y contenido de la acusación a fin de no quedar sumido en una completa indefensión; y d) Que el objeto del proceso no puede ser alterado por el Tribunal de forma que se configure un delito distinto o una circunstancia penológica diferente a las que fueron objeto del debate procesal y sobre la que no haya oportunidad de informarse y manifestarse el acusado".

En definitiva, se garantiza que nadie será acusado en proceso penal de una acusación de la que no se ha tenido conocimiento suficiente y, por tanto, que no recibirá un trato de desigualdad frente al acusador que le ocasione indefensión ( SS. TC. 54/85 de 18 abril y 17/89 de 30 de enero ). Constituye asimismo, según el citado T.C., el primer elemento del derecho de defensa, que condiciona todos los demás, pues mal puede defenderse de algo que no sabe en concreto - s. 44/83 de 24 de mayo - Consiste substancialmente este derecho en asegurar el conocimiento del acusado acerca de los hechos que se le imputan y de los cargos que contra él se formulan - SS 14/86 de 12 noviembre , 17/88 de 16 febrero y 30/89 de 7 de febrero - y se satisface, pues, siempre que haya conocimiento de los hechos imputados para poder defenderse de los mismos- s. 170/90 de 5 noviembre.- También el Tribunal Supremo ha reconocido que el derecho a la tutela efectiva comporta, entre otros, el derecho a ser informado de la acusación, como primer elemento del derecho de defensa, que condiciona a todos los demás, SS 4/11/86 , 21/4/87 Y 3/3/89 , teniendo derecho el acusado a conocer temporáneamente el alcance y contenido de la acusación a fin de no quedar sumido en una completa indefensión, cual sucede si de modo sorpresivo es blanco de novedosas imputaciones exteriorizadas y hechas saber cuándo han precluído sus posibilidades de alegación y de proposición de pruebas exculpatorias S.S.9/9/87,8/5/89,25/5/90, 18/5/92, 1824/93 de 14 julio, 1808/94 de 17 octubre, 229/96 de 14 marzo, 610/97 de 5 mayo, 273/98 de 28 febrero, 489/98 de 2 abril, 830/98 de 12 junio, 1029/98 de 22 septiembre y 1325/2001 de 5 julio, entre otras.

Asimismo el TEDH considera que el artículo 6.3 de Convenio Europeo de Derechos Humanos establece que "todo acusado tiene como mínimo los siguientes derechos:

- a) A ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él;
- b) A disponer del tiempo y las facilidades necesarias para la preparación de la defensa". ( Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 24.10.1996 (caso Salvador Torres contra España , 25.5.1999 caso Pelessier y Sassi contra Francia ).

En estas resoluciones el TEDH recuerda que el derecho del art. 6.3 a) del Convenio reconoce al acusado el derecho a ser informado, no solo en la causa a la acusación, esto es de los hechos que se imputan, sino también la calificación jurídica dada a estos hechos. Y además, que esta información sea la suficientemente precisa y detallada para que el acusado pueda utilizar todos los medios oportunos para su defensa. En este sentido considera el Tribunal que "en materia penal es una condición esencial para la equidad de los procedimientos, una información precisa y completa de los cargos contra un acusado, y por lo tanto la calificación jurídica que el tribunal podría llevar a cabo.

2º No obstante es cierto que esta jurisprudencia, SSTS, 493/2006 de 4.5 y 61/2009 de 20.1 , tiene declarado "...que el principio acusatorio, íntimamente vinculado al derecho constitucional de estar informado de la acusación y por extensión, estrechamente relacionado con el derecho fundamental a la defensa, que se protegen en el art. 24 CE, tiene su regla de oro en la exigencia de identidad fáctica entre los hechos imputados y los que fundamentan la calificación jurídica efectuada por el tribunal y homogeneidad en dicha calificación respecto a la realizada por la acusación. Desarrollando esta máxima, debe señalarse que el principio acusatorio no se vulnera, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- a) que el tribunal respete el apartado fáctico de la calificación acusatoria, que debe ser *completo* , con inclusión de todos los elementos que integran el tipo delictivo sancionado y las circunstancias que repercutan en la responsabilidad del acusado, y específico, en el sentido de que permita conocer con precisión cuáles son las acciones que se consideran delictivas. Pero estándole radicalmente vedado al tribunal valorar hechos con relevancia jurídico-penal no incluidos en el acta de acusación.
- b) Que entre el tipo penal objeto de acusación y el calificado por el tribunal existe una relación de homogeneidad en relación con el bien jurídico protegido en uno y otro, en el sentido de que todos los elementos del delito sancionado por el tribunal no exista un componente concreto del que el condenado no haya podido defenderse.

En efecto sin variar los hechos que han sido objeto de acusación es posible -respetando el principio acusatorio- condenar por delito distinto, siempre que sea homogéneo con el imputado, es decir de la misma naturaleza y especie, aunque suponga una modalidad distinta dentro de la tipicidad penal y sea de igual o menor gravedad que la expresamente imputada. A esto es a lo que se refieren los conceptos de identidad fáctica y de homogeneidad en la calificación jurídica: a la existencia de una analogía tal que entre los elementos



esenciales de los tipos delictivos que la acusación por un determinado delito, posibilita también per se la defensa en relación con los homogéneos respecto a él. En palabras del ATC 244/1995 son delitos o faltas "generalmente homogéneos" los que "constituyan modalidades distintas pero cercanas dentro de la tipicidad penal, de tal suerte que estando contenidos todos los elementos del segundo tipo en el tipo delictivo objeto de la acusación, no haya en la condena ningún elemento nuevo del que el acusado no haya podido defenderse". Debe así advertirse, en primer lugar, que aquellos elementos no comprenden sólo el bien o interés protegido por la norma, sino también, obviamente las formas de comportamiento respecto de los que se protegen; en segundo lugar, que podría no bastar que un elemento esencial constitutivo del tipo por el que se condena esté genéricamente contenido en el tipo por el que se acusa cuando esta generalidad sea tal que no posibilite un debate pleno y frontal acerca de su concurrencia".

Consecuentemente esta jurisprudencia no utiliza para la determinación de la homogeneidad delictiva a estos efectos, criterios formales, ni sistemáticos, ni sujetos al campo propio de la dogmática técnico-penal, sino que esencialmente utiliza el criterio de la proscripción de la indefensión: lo relevante es que el hecho que configure los tipos sea sustancialmente el mismo y que el acusado haya tenido ocasión de defenderse de todos los elementos fácticos y normativos, que integran el tipo delictivo objeto de condena.

**SEGUNDO.-** Efectuadas estas precisiones previas, el caso presente ofrece la peculiaridad de que no se trata de que la Sala de instancia tras absolver a los acusados del delito de integración en organización terrorista les condena por delito de enaltecimiento de terrorismo por considerar ambos delitos homogéneos -posibilidad que no podría descartarse en términos absolutos dado que en palabras de la STS 789/2014 de 2 diciembre "la justificación y exaltación de sus acciones y finalidades delictivas no deja de ser algo connatural a todo integrante de un grupo terrorista estructurado, dado su finalidad colectiva de cometer acciones delictivas para desestabilizar el orden oficial y político" sino que la sentencia recurrida, aunque se plantee la mera posibilidad ("podrían quizás constituir") de que las imágenes difundidas por "alguno" de ellos-el empleo del singular apunta a un solo de los acusados y no a la totalidad-en las redes sociales constituya delito de enaltecimiento, concluye que este delito "no ha sido objeto de acusación y ello nos conduce a dictar sentencia absolutoria **porque de tal delito los procesados no se han podido defender**".

Es decir porque la propia sentencia, en contra de lo sustentado en el recurso, reconoce -como atinadamente resalta la defensa de Angel Domingo -, al impugnar el motivo-, que con independencia de que se visualizara un video y se visualizaran imágenes de Facebook y se escucharan tres llamadas telefónicas y se examinará la documental al respecto, el debate contradictorio en el acto del juicio oral lo fue respecto a la posible comisión por los acusados del delito de integración en organización terrorista, tipificado en el artículo 571 CP, y si las pruebas sometidas a contradicción acreditaban la formación de una cédula estable y jerarquizada adscrita a la organización terrorista Estado Islámico o DAES, dotada de capacidad y determinación de poder llevar a cabo atentados terroristas en nuestro país, que es lo que atribuía a los acusados el Ministerio Fiscal en su escrito de acusación, pero en ningún caso se planteó el enaltecimiento como conducta típica por parte de la acusación, ni siquiera de manera alternativa-cómo autorizarían los artículos 653 y 732.3 LECrim -, que de haberlo hecho hubiese permitido a las defensas otras estrategias de defensa respecto a este nuevo delito e incluso proponer otras pruebas de descargo para la contradicción en el juicio oral.

**TERCERO.-** Razonamiento de la Sala de instancia que debe asumirse en esta sede casacional, máxime cuando nos encontramos ante una sentencia absolutoria cuya revocación pretende el Ministerio Fiscal para que por esta Sala condene ex novo por el delito del artículo 578 CP, en cuyo examen la más reciente jurisprudencia, por todas STS 378/2017 de 25 mayo, precisa "El tipo exige formalmente una actuación del sujeto que suponga justificar delitos de terrorismo o enaltecer a los que hayan participado en ellos. Es decir proclamar que aquellos hechos tipificados como delitos deban considerarse admisibles y no censurable si no obstante su consideración legal, o decir alabanzas de quien se considera partícipe en su ejecución o atribuirle cualidades de gran valor precisamente, se sobreentiende, por razón de tal participación.

Pero no basta esa objetiva, pero mera, adecuación entre el comportamiento atribuido y la descripción que tales verbos típicos significan. La antijuridicidad, pese a ello, puede resultar excluida, incluso formalmente, es decir sin entrar en el examen de determinadas causas de justificación, si aquella descripción no incluye expresamente algún otro elemento que los valores constitucionales reclaman al legislador para poder tener a éste por legítimamente autorizado para sancionar esos comportamientos formalmente descritos como delito. Es decir, no se trata de que debamos examinar si concurre un elemento excluyente (negativo, si se quiere) de la antijuridicidad, como podría ser el ejercicio de un derecho a la libertad de expresión. Se trata, antes, de que se debe comprobar si en el comportamiento formalmente ajustado a la descripción típica concurre además algún otro elemento que haga constitucionalmente tolerable la sanción penal.

A tal elemento ha hecho referencia el Tribunal Constitucional en la sentencia nº 112/2016 en que aborda precisa y específicamente la legitimidad constitucional de la ley que amenaza con sanción penal los



comportamientos enaltecedores o justificadores acomodados en principio al citado artículo 578 del Código Penal .

Es de resaltar que lo que se propuso ponderar tal sentencia no fue sólo la justificación del comportamiento del que acudió solicitando el amparo, sino el eventual conflicto que puede generar la interpretación y aplicación del delito de enaltecimiento del terrorismo ( artículo 578 de Código Penal ) con el derecho a la libertad de expresión [ artículo 20.1 a) de la Constitución Española ]. No solamente, por tanto, en el caso concreto. Sino estableciendo en abstracto las pautas que hagan conforme a los valores constitucionales la decisión del legislador, antes que la del juzgador.

Y el Tribunal Constitucional proclama: **a)** El carácter institucional del derecho a la libertad de expresión; **b)** el carácter limitable del derecho a la libertad de expresión y, singularmente, el derivado de manifestaciones que alienten la violencia y **c)** la proporcionalidad en la limitación penal del ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

Recuerda que en su doctrina sobre tipos penales semejantes ya adelantó respecto a los referidos a la negación y difusión de ideas que justifiquen el genocidio que es constitucional la sanción penal si aquella negación y justificación opera como incitación, aunque *indirecta*, a su comisión ( STC 235/2007 ). Esa salvación constitucional interpretativa del tipo penal se auspicia en la medida que el tipo acude a juicios de valor y por ello cabe reclamar lo que denomina « *elemento tendencial* », aunque éste no venga expresado en la literatura del precepto penal.

A esa exigencia, referida a la intención del sujeto activo, se une otra exigencia que, aunque debe ser abarcada por el dolo del autor, debe constatarse objetivamente: una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades.

Y advierte de la trascendencia de esa exigencia como elemento determinante delimitador de la constitucionalidad del tipo penal. Por lo que concluye: la sanción penal de las conductas de enaltecimiento del terrorismo sancionadas en el artículo 578 supone una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades.

De ahí la relevancia a efectos de tipificación, como cuestión de legalidad ordinaria, pero bajo exigencias constitucionales, de la acreditación de con qué finalidad o motivación se ejecutan los actos de enaltecimiento o humillación. Y de la valoración sobre el riesgo que se crea con el acto imputado. Por más que tal riesgo haya de entenderse en abstracto como « aptitud » ínsita en la actuación imputada, pero no referida a un concreto delito de terrorismo, acotado en tiempo, espacio, por referencia a personas afectadas.

En la misma línea es de cita hoy ya ineludible la Directiva de la UE 2017/541 cuyo « considerando (10) » establece: Los delitos de provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo comprenden, entre otros, la apología y la **justificación del terrorismo** o la difusión de mensajes o imágenes, ya sea en línea o no, entre ellas las relacionadas con las víctimas del terrorismo, con **objeto de obtener apoyo para causas terroristas o de intimidar gravemente a la población**. Esta conducta debe tipificarse cuando conlleve el riesgo de que puedan cometerse actos terroristas. En cada **caso concreto**, al examinar si se ha materializado ese riesgo se deben tener en cuenta las circunstancias específicas del caso, como el autor y el destinatario del mensaje, así como el contexto en el que se haya cometido el acto. También deben considerarse la importancia y la verosimilitud del riesgo al aplicar la disposición sobre provocación pública de acuerdo con el Derecho nacional. (Énfasis añadido)

Lo que se traduce en el contenido del artículo 3 y debiendo advertirse que, conforme a su artículo 28 los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 8 de septiembre de 2018. Informarán inmediatamente de ello a la Comisión.

Consecuentemente esta Sala casacional tendría que valorar si la calificación del Ministerio Fiscal en los datos fácticos que declara probados en la sentencia recurrida reviste ese canon de constitucionalidad.

Y al respecto ni siquiera se afirma como probado el enunciado en el que habría de predicarse el componente subjetivo del tipo constitucionalmente exigible en este delito, constituido, como afirma la sentencia citada 378/2017 , por la tendencia en la voluntad del autor, a querer incitar efectiva y realmente la comisión de delitos de terrorismo "una cosa es proclamar, incluso vociferar , lo que el sujeto "siente", es decir sus deseos o emociones, exteriorizándolos a "rienda suelta" y otra cosa que tal expresión se haga, no para tal expresión emotiva, sino, más allá, para la racional finalidad de procurar que el mensaje, al menos indirectamente, mueva a otros a cometer delitos de terrorismo".



Elemento subjetivo del injusto de esta figura delictiva cuya revaloración por esta Sala casacional estaría vedado en la reproducida doctrina del TEDH, TC y de esta Sala (vid STS. 216/2017 de 29.3 , que hace un detallado resumen de tal doctrina.

**CUARTO.-** En base a lo razonado en el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, deberá ser desestimado con declaración de oficio de las costas procesales.

#### FALLO

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

**Debemos declarar no haber** lugar al recurso de casación, interpuesto por **EL MINISTERIO FISCAL**, contra sentencia de fecha 25 de enero de 2.017, dictada por la Sección Cuarta, de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal , que absolvió a los acusados por un delito de organización terrorista. Se declaran las costas de oficio. Comuníquese dicha resolución, a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Manuel Marchena Gomez D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca D. Francisco Monterde Ferrer D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Carlos Granados Perez

FONDO DOCUMENTAL GENERAL