



Roj: **STS 565/2019 - ECLI:ES:TS:2019:565**

Id Cendoj: **28079120012019100145**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/02/2019**

Nº de Recurso: **10541/2018**

Nº de Resolución: **91/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3042/2018,**
STS 565/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 91/2019

Fecha de sentencia: 19/02/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10541/2018 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 23/01/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro

Procedencia: AUDIENCIA NACIONAL, SALA DE LO PENAL, SECCIÓN SEGUNDA

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Transcrito por: HPP

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10541/2018 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 91/2019

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Vicente Magro Servet

Dª. Susana Polo Garcia

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 19 de febrero de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 10541/2018, interpuesto por D. Jesús representado por el Procurador D. Celso de la Cruz Ortega bajo la dirección letrada de D. Jacobo Feijelo Casanova y D^o Margarita representada por la procuradora D^a Begoña Cendoya Arguello bajo la dirección letrada de D. Jacobo Teijelo Casanova contra la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal Sección Segunda, de fecha 28 de junio de 2018 . Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción número 3 instruyó sumario 6/2016, por delito de adoctrinamiento activo terrorista y enaltecimiento del terrorismo contra Jesús y Margarita , y lo remitió a la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal cuya Sección Segunda dictó en el Rollo de Sala 10/2016 sentencia en fecha 28 de junio de 2018 con los siguientes hechos probados:

"Primero.- Jesús , mayor de edad, nacido en Marruecos, sin antecedentes penales y con nacionalidad española, y Margarita , mayor de edad, nacida en Méjico, con NIE NUM000 , en situación regular en territorio español, sin antecedentes penales, casados entre sí, desde finales del año 2013 y hasta la detención de aquél en mayo de 2016 han asumido e incorporado a su ideología los postulados de la organización Estado Islámico, además de realizar Jesús labores de captación de terceros, para lo que actuaba en el entorno de la comunicad musulmana de Pinto y Ciempozuelos (Madrid) con el fin de estructurar un grupo cohesionado para adoctrinar y captar personas para la causa salafista radical, mientras que Margarita , tras un proceso de inmersión en el Islam radical, comunicaba con otras personas ensalzando la imposición por la fuerza de esa ideología.

Segundo.- Así Jesús lideraba la estructura de personas vinculadas a las comunidades musulmanas de Pinto y Ciempozuelos, con fines doctrinales y de captación para la causa yihadista, llegando a lograr la condición de Sheikh o sabio del Islam, por lo que incluso prohibió donar sangre a los musulmanes de Pinto aduciendo -"que esa sangre puede ir destinada a salvar vidas de infieles".

Igualmente, mediante la gestión y administración del perfil de Facebook de carácter abierto y público, accesible a una cantidad indeterminada de personas, " Jose Luis ", publicaba imágenes, comentarios y vídeos que humillan a las víctimas y ensalzan el Estado Islámico, refiriéndose muchas de las imágenes a yihadistas en el campo de batalla, que editaba, con el propósito de ampliar seguidores a sus publicaciones, en español, inglés y árabe, no limitándose a compartir el contenido elaborado por otros, llamando a llevar a cabo acciones violentas, con los siguientes contenidos:

* Imágenes de avatar y portada con la bandera de DAESH y un yihadista, con la leyenda en inglés y español: "Los Estados Unidos Islámicos". Con la imagen de portada de un yihadista, dos suras del Corán y la firma Jose Luis .

* Imágenes evocadoras del anterior esplendor del Islam desde un punto de vista belicista, con proclamas utilizadas desde el deseo de yihad contra los cruzados y judíos en cualquier parte del mundo.

* Imágenes apelando a la yihad. Imágenes de yihadistas que compatibilizan la oración con la guerra y exacerbaban el ánimo de los musulmanes del mundo para realizar la yihad. La fotografía es comentada en árabe incitando a la violencia y apelando a la intervención divina a favor de los yihadistas: "Que Dios ayude a nuestros hermanos luchadores, en todas partes. Que Dios unifique sus filas y que haga que sean como un solo hombre. Dios haz que tengan firmeza en sus pasos y certeza en sus tiros. Amén".

* Imagen con comentarios de los seguidores dispuestos a ejercer la yihad: "Luchemos con nuestros esfuerzos, nuestros bienes, si hace falta derramar nuestra sangre por Allah. Hay que hacerlo. Allan sabe mejor que nadie lo que hay en nuestros corazones. Alabado sea Allah, el señor de los mundos el todopoderoso, el misericordioso, el dueño de nuestras vidas. Amen".

"Cuenta conmigo, prefiero morir luchando, que en una cama, estoy preparado para la lucha. Allah es grande."

* Imágenes enaltecidas del mártir, interaccionando con sus seguidores y apoyando las imágenes.

* Imágenes incitando a la yihad femenina ataviadas con niqab bajo la bandera del DAESH, con el comentario en árabe: "Hay mujeres tan valientes como los hombres... no aceptan la humillación ni la ofensa."

* Imágenes alusivas al tradicional victimismo islamista sobre supuestas atrocidades sufridas por los musulmanes, ciertas o no, para despertar la indignación y el deseo de venganza.

* Video en que se promueve la participación en la campaña "haz la yihad con tu dinero" y se facilita números de teléfono para donar por whatsapp y se pide ayuda en concepto de armas, dinero y hombres.

* Vídeos sobre las hazañas terroristas marroquíes en Siria, con un discurso que apela a la unidad de los yihadistas en Siria, lamentando las disputas y peleas entre las diversas facciones que luchan contra el régimen sirio.

* Comentarios laudatorios y exculpatorios del grupo terrorista ESTADO ISLAMICO/DAESH referido a la manipulación y masacre de Estados Unidos en Siria: "EEUU culpa al régimen sirio por haber creado al EI para asustar a la oposición en Siria y ganar la confianza y aprobación internacional para aniquilar a su población.

El régimen sirio culpa a EEUU por haber creado un grupo terrorista para proteger sus intereses y justificar posibles ataques....

ahora los dos juntan esfuerzos para acabar con el EI, subhana allah, ¿Quién miente de los dos?"

Aziz interactúa con sus seguidores, una vez establecida su labor de enaltecimiento del terrorismo, captación y adoctrinamiento, intensificando las labores de vigilancia sobre ellos. A la vez tenía un trato de liderazgo sobre el procesado Alberto -quien ha aceptado la condena-ejerciendo sobre él un permanente control, lo que pone de relieve el proceso de captación y adoctrinamiento que desempeña Jesús , ocupando la actividad religiosa un lugar prioritario y frecuentando con él distintos puntos de encuentro para inculcarle una retórica reiterada de asuntos relacionados con aspectos radicales del Islam como mecanismo de adoctrinamiento.

Ambos lograron captar y rodearse de un grupo de marroquíes en Pinto y Ciempozuelos que gradualmente interiorizara los valores salafistas yihadistas de los líderes, siendo los más influenciados Benjamín , Cayetano , David , Edmundo , Eliseo y Emilio , manteniendo un control continuo sobre sus adeptos a fin de que el captado vaya gradualmente asimilando los valores salafistas yihadistas y creando un whatsapp denominado Musulmanes de Pinto cuyos miembros intercambian consultas religiosas y material audiovisual, así como frecuentando con el grupo la mezquita en la que ambos procesados arengaban en reuniones litúrgicas para lograr alcanzar el mayor número de acólitos, llegando Djey a disponer de las llaves de la mezquita, obteniendo así la capacidad logística y el uso de las instalaciones.

De este modo Jesús y Alberto consiguieron captar a Higinio y Íñigo -quienes reconocieron su participación en los hechos y aceptaron la condena como autores de un delito de, autoadoctrinamiento terrorista-

Tercero.- Por su parte, Margarita , quien ha seguido un proceso de radicalización, asimismo como usuaria del portátil HP pavilion nº serie NUM001 en el perfil de Facebook Jose Luis , ha publicado y divulgado los siguientes contenidos de apoyo y alentando a realizar la yihad:

* Imagen de una pistola HK en una funda para camuflada.

* Imagen con la leyenda: " De Allah es el poder y de su mensajero y de los creyentes" "hasta que no haya persecución y la religión sea la de Allah enteramente".

* Acceso al grupo de Facebook "consultas islámicas" en el que las cuestiones que se resuelven son de índole salafista

* Acceso al grupo de Facebook "Islamic Messages" de carácter bélico relacionado con el combate con los cruzados, conquistas musulmanas y representaciones yihadistas

* Acceso a perfiles cerrados en los que se emiten fatuas o decretos contra los chiitas

* Múltiples perfiles de Facebook eliminados por su contenido radical

* Acceso al perfil de Facebook " DIRECCION000 " nombre originario del grupo terrorista islamista nigeriano BOKO HARAM.

* Imágenes de muyaidines enarbolando la bandera de DAESH con el mensaje: "no hay Dios más que Allah y Mahoma es el mensajero de Allah. Dios es grande. El honor a Dios, a su profeta y a los creyentes"

* Fotocomposiciones fotográficas de los ideólogos del actual islamismo yihadista, Luis Francisco y Juan Ignacio , con la frase: "solo se muere una vez, así que sea en el camino de Ala"

* Imágenes de yihadistas femeninas con la leyenda de despedida de la madre a sus hijos antes de partir a suicidarse como mártir

* Imagen de mujer yihadista empuñando un fusil con la leyenda del término empleado para referirse a la unidad de Dios.

* Fotos de presos cautivos yihadistas"



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

"Fallo

Que debemos condenar y condenamos a Jesús como autor material y directo de un delito de adoctrinamiento activo terrorista, ya definido, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de seis años de prisión, multa de dieciocho meses, con cuota diaria de dos euros, inhabilitación absoluta por tiempo de doce años y libertad vigilada por tiempo de cinco años.

Asimismo debemos condenar y condenamos a Margarita, como autora material y directa de un delito de enaltecimiento del terrorismo, ya descrito, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de un año de prisión, multa de doce meses, con cuota diaria de dos euros y responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, inhabilitación absoluta por tiempo de ocho años y libertad vigilada por tiempo de cinco años.

Acordamos el comiso de los efectos incautados pertenecientes a los dos penados.

Condenamos a cada uno de ellos al pago de una quinta parte de las costas causadas".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por Jesús y Margarita, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

CUARTO.- Las representaciones de los recurrentes basan sus recursos de casación en los siguientes motivos:

A) Jesús : PRIMERO.- Nulidad por indefensión, derecho a un proceso con todas las garantías, artículo 238 y 240 LOPJ, en relación con el artículo 24 CE, y especialmente la ruptura de la continencia de la causa y ausencia de contradicción en las declaraciones de los coimputados. SEGUNDO.- Nulidad por infracción de un proceso con todas las garantías del artículo 24 CE, en cuanto se trata de una investigación prospectiva, pesquisa general. TERCERO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al haberse vulnerado el art. 24 de la CE, 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 D. Jesús. Además de existir una clara falta de motivación, dado que la sentencia se limita a un copia y pega (drag and drop) del escrito de acusación del Ministerio Fiscal, si bien eliminando un párrafo de las conclusiones del Fiscal. CUARTO.- Por infracción de Ley, al amparo del número primero del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del artículo 577.2 del C.P. QUINTO.- Infracción de ley al amparo del 849 de la ley de enjuiciamiento criminal por falta aplicación del artículo 579 bis 4 del código penal.

B) Margarita : PRIMERO.- Nulidad por indefensión, derecho a un proceso con todas las garantías, artículo 238 y 240 LOPJ, en relación con el artículo 24 CE, y especialmente la ruptura de la continencia de la causa y ausencia de contradicción en las declaraciones de los coimputados. SEGUNDO.- Nulidad por infracción de un proceso con todas las garantías del artículo 24 CE, en cuanto se trata de una investigación prospectiva, pesquisa general. TERCERO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al haberse vulnerado el art. 24 de la CE, 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 Dña. Margarita. Además de existir una clara falta de motivación, dado que la sentencia se limita a un copia y pega (drag and drop) del escrito de acusación del Ministerio Fiscal, si bien eliminando un párrafo de las conclusiones del Fiscal. CUARTO.- Por infracción de Ley, al amparo del número primero del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del artículo 578 del C.P., enaltecimiento. QUINTO.- Por infracción de Ley, al amparo del número primero del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por falta de aplicación del artículo 579 bis 4 del C.P.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal interesa la admisión y apoya el motivo primero de ambos recurrentes que son absolutamente coincidentes en los que se interesa la nulidad; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 23 de enero de 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR. 1. La Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional condenó, en sentencia dictada el 28 de junio de 2018, a Jesús como autor material y directo de un delito de adoctrinamiento activo



terrorista, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de seis años de prisión, multa de dieciocho meses, con cuota diaria de dos euros, inhabilitación absoluta por tiempo de doce años y libertad vigilada por tiempo de cinco años.

Asimismo condenó a Margarita , como autora material y directa de un delito de enaltecimiento del terrorismo, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de un año de prisión, multa de doce meses, con cuota diaria de dos euros y responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, inhabilitación absoluta por tiempo de ocho años y libertad vigilada por tiempo de cinco años.

Acordó también el comiso de los efectos incautados pertenecientes a los dos penados y les condenó a cada uno de ellos al pago de una quinta parte de las costas causadas.

2. Contra la referida condena recurrieron las defensas de los dos acusados, mientras que el Ministerio Fiscal se adhirió al motivo primero de ambos recurrentes, en el apartado en que solicitaban la nulidad de la sentencia recurrida.

Recurso de Jesús

PRIMERO. 1. En el **primer motivo** invoca la defensa, apoyándose en los arts. 238 y 240 de la LOPJ , en relación con el art. 24 de la Constitución , la nulidad por indefensión y por haberse vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, vulneraciones derivadas de la ruptura de la continencia de la causa y de la ausencia de contradicción en las declaraciones de los coimputados.

Señala la parte recurrente que, al inicio de las sesiones del juicio oral, se comunica a las partes que la acusación y las defensas de tres de los cinco acusados habían alcanzado un acuerdo, al reconocer esos tres los hechos a cambio de una rebaja en la pena. La Presidenta de la Sala decide en ese mismo acto separar el enjuiciamiento de los tres acusados conformes del de los ahora recurrentes, dictando para aquéllos el 20 de junio de 2018 una primera sentencia diferente a la ahora recurrida.

Explica después la defensa las vicisitudes que se dieron en el acto de la vista oral del día 18 de junio de 2018, siguiendo el desarrollo que figura en la grabación digital. De manera que, una vez leídos los hechos y la calificación jurídica a los tres primeros acusados, éstos se conformaron con los hechos y con la calificación jurídica, y también sus defensas.

A partir de ello, la Presidenta del Tribunal decide que se va a celebrar el juicio para los otros dos acusados que no se conformaron con la calificación, los ahora recurrentes (Jesús y Margarita). La Presidenta pregunta a la acusación si va a querer que declaren los acusados que se han conformado, a lo que el Ministerio Fiscal responde que no y renuncia así a la prueba de las declaraciones de los tres acusados conformados. Sin que se le formule la misma pregunta a la defensa de los otros dos.

A continuación, señala la parte recurrente que los tres acusados que se conformaron fueron conducidos fuera de la Sala, prosiguiendo el acto de la vista tan solo contra los otros dos, ahora impugnantes. Alega también que en ningún momento se le dio la posibilidad de interrogar a los tres acusados que se aquietaron a la acusación.

La defensa arguye en su recurso que sin haber tenido ocasión de interrogar en momento procesal alguno a los coacusados conformes no se ha cumplimentado el principio de contradicción ineludible en un proceso con todas las garantías. Y además considera que la separación de las dos sentencias implica una clamorosa ruptura de la continencia de la causa y vincula y ancla la decisión posterior del Tribunal en este procedimiento separado, ya que de haber absuelto a los recurrentes habría una sentencia contradictoria por los mismos hechos.

Después aduce que la Sección Segunda de la Audiencia Nacional dictó una primera sentencia el día 20 de junio de 2018 con número 26/2018 (misma Sala, misma composición, mismo rollo de Sala, mismo procedimiento de origen y mismo órgano de origen que la aquí recurrida). En esa sentencia, dice, se aprecian dos párrafos con datos contradictorios con los recogidos en la que ahora se recurre, la número 30/2018, de 28 de junio .

Se queja la parte de que el enjuiciamiento separado ha dado lugar a la ruptura de la continencia de la causa, se han dictado sentencias contradictorias, se le ha impedido del derecho a la defensa al asumir el Tribunal las declaraciones de los coacusados sin reproducirse en el acto del juicio oral y sin ser sometidas además a contradicción.

Considera que en estos casos de indivisibilidad concurre la conexidad material, que es lo que sucede en el caso que aquí nos ocupa. Pues cuando existe una unidad delictiva íntimamente cohesionada en su aspecto material (unidad natural, al tratarse de un proyecto único en varias direcciones), tanto la prueba relativa a tales hechos



como la exigencia de impedir la ruptura de la continencia de la causa y de evitar resoluciones contradictorias sobre un mismo hecho obligan al enjuiciamiento conjunto.

De todo lo anterior se desprende -según expone- que ha existido una ruptura de la continencia de la causa, al no haber sido enjuiciados todos los acusados en el mismo acto del juicio oral, a pesar de concurrir iguales hechos e intervenir los mismos sujetos, dando lugar a sentencias contradictorias, al no atribuir la misma condición a todos los sujetos en todos los procedimientos. Así, el recurrente en el presente aparece como el "jefe de los hechos", si bien, de ser puestos los mismos en relación con la sentencia 26/2018, da lugar a una interpretación sustancialmente diferente, con la consiguiente variación de la sentencia dimanante.

Por todo ello, dada la ya explicada ruptura de la continencia de la causa, mediante el presente recurso, y previos los trámites que resultaren procedentes, se interesa por la defensa que sea apreciada la correspondiente nulidad de actuaciones con base en lo expuesto con anterioridad y se decrete la libre absolución del recurrente.

2. El art. 697 de la LECrim dispone que "Cuando fueren varios los procesados en una misma causa, se procederá conforme a lo dispuesto en el artículo 694 si todos se confiesan reos del delito o delitos que les hayan sido atribuidos en los escritos de calificación, y reconocen la participación que en las conclusiones se les haya señalado, a no ser que sus defensores consideren necesaria la continuación del juicio.

Si cualquiera de los procesados no se confiesa reo del delito que se le haya imputado en la calificación, o su defensor considera necesaria la continuación del juicio, se procederá con arreglo a lo dispuesto en el artículo anterior. Si el disentimiento fuere tan sólo respecto de la responsabilidad civil, continuará el juicio en la forma y para los efectos determinados en el artículo 695".

Pues bien, en el presente caso -tal como se advierte en el recurso- no se confesaron reos de los delitos que se les imputaban los cinco acusados, sino solo dos de ellos, pese a lo cual el Tribunal, infringiendo el referido precepto, operó con el art. 694 de la LECrim, fragmentó el procedimiento y dictó sentencia de conformidad para tres de los acusados, decisión que impedía el art. 697 al no concurrir la conformidad de todos ellos.

Además, el Tribunal utilizó la conformidad de los tres primeros acusados para fundamentar su convicción sobre la responsabilidad penal de los otros dos, según consta en los últimos párrafos del apartado segundo de los hechos probados. Sin que los acusados conformes hubieran siquiera prestado declaración sobre los hechos al darse por terminado el juicio con respecto a ellos una vez que asintieron al escrito de acusación, por lo que sus meras afirmaciones reconociendo los hechos ni siquiera fueron sometidas a contradicción en la vista oral, de lo cual se queja la defensa por ocasionarle indefensión y vulneración de las garantías procesales.

En la sentencia de esta Sala 713/2017, de 30 de octubre, se argumenta sobre las sentencias de conformidad que "la jurisprudencia de esta Sala Segunda, de la que es exponente la núm. 291/2016, de 7 de abril, con cita de la 188/2015, de 9 de abril, 752/2014, de 11 de noviembre y 483/2013, de 12 de junio, mantiene una regla general negativa respecto de la posibilidad de combatir sentencias de conformidad a través del recurso de casación, que se sustenta en la consideración de que la conformidad del acusado con la acusación garantizada y avalada por su Letrado defensor comporta una renuncia implícita a replantear, para su revisión por el Tribunal casacional, las cuestiones fácticas y jurídicas que ya se han pactado libremente y sin oposición".

Y prosigue diciendo la referida sentencia 713/2017 que las razones de fondo que subyacen en esta tesis, pueden concretarse en tres:

- a) el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos, impugnando lo que ha aceptado libre, voluntariamente y con el asesoramiento jurídico necesario.
- b) el principio de seguridad jurídica, fundamentado en la regla "pacta sunt servanda", que quebraría de aceptarse la posibilidad de revocar lo pactado.
- c) las posibilidades de fraude, derivadas de una negociación dirigida a conseguir, mediante la propuesta de conformidad, una acusación y una sentencia más benévolas, para posteriormente impugnar en casación lo previamente aceptado, sin posibilidades para la acusación de reintroducir otros eventuales cargos más severos, renunciados para obtener la conformidad".

Pero a su vez, advierte esta doctrina jurisprudencial, "esta regla general está condicionada por una doble exigencia:

- a) que se hayan respetado los requisitos formales, materiales y subjetivos legalmente necesarios para la validez de la sentencia de conformidad; y
- b) que se hayan respetado en el fallo los términos del acuerdo entre las partes".



Y también se recuerda en la sentencia 713/2017 que esta Sala ha condicionado la viabilidad del recurso de casación contra sentencias dictadas en régimen de conformidad a que se respeten los presupuestos procesales exigidos por nuestro sistema. Y entre ellos se encuentran por imperativo del art. 697 de la LECr que la adhesión al acta acusatoria del Ministerio Fiscal provenga de todos y cada uno de los acusados. Esta misma idea se reitera, para el ámbito del procedimiento abreviado, en el art. 787.2 de la LECr., cuyo primer inciso pone de manifiesto que la procedencia de la sentencia de conformidad sólo se justifica "...a partir de la descripción de los hechos aceptada por todas las partes" (STS núm. 422/2017, de 1 de junio).

Ya la STS 971/1998, 27 de julio, que por razón de su fecha incluye alguna referencia a preceptos que ya han sido objeto de reforma, recordaba que "...una sentencia de conformidad viene siempre condicionada por la unánime prestación de la conformidad por todos los acusados de un delito: el artículo 691 exige que, si los procesados fueren varios, se pregunte a cada uno sobre la participación que se le haya atribuido, de modo que únicamente podrá el Tribunal dictar sentencia de conformidad en los términos expresados en el artículo 655 si todos se confiesan reos del delito o delitos que les hayan sido atribuidos en los escritos de calificación y reconocen la participación que en las conclusiones se les haya señalado, no considerando los defensores necesaria la continuación del juicio (artículo 697, párrafo primero, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Pero si cualquiera de ellos no se confiesa reo del delito que se le haya imputado -o su defensa considera necesaria la continuación- se procederá a la celebración del juicio (artículo 673, párrafo segundo, y 696 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Que un hecho se considere al mismo tiempo cierto por conformidad, e incierto por el resultado de las pruebas, es un contrasentido evitado con la exigencia de la unanimidad de los acusados al conformarse con la calificación, y la necesidad de celebrarse el juicio oral para todos cuando la conformidad sólo es dada por algunos. Tal hipótesis conducirá a una determinación de los hechos probados, no en razón de esa especie de disponibilidad "sui generis" del objeto procesal, presente en cierto modo en la figura de la conformidad, sino sobre la base de la subsiguiente actividad probatoria desarrollada en el juicio oral con observancia de los principios de inmediación, contradicción y publicidad. De modo que una conformidad expresada por sólo parte de los acusados resultará irrelevante para determinar el sentido de la sentencia que en tal caso habrá de ser para todos los acusados -incluso para los que expresaron la conformidad- el resultado de un juicio contradictorio exactamente igual que si la conformidad no se hubiese manifestado por ninguno; y así las conformidades expresadas sólo por algunos devienen intrascendentes si faltan las de los demás, diluyéndose aquéllas en el ámbito de la actividad probatoria total, a valorar en conciencia por el Tribunal de instancia (artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)."

En ese criterio abundan las SSTS 1014/2005, de 9 de septiembre ; 260/2006, de 9 de marzo ; 88/2011, de 11 febrero ; 73/2017, de 13 de febrero y 422/2017, de 13 de junio.

Precisamente, remarca la sentencia 713/2017, la exigencia de la concurrencia de la conformidad de todos los acusados conlleva como consecuencia que la sentencia que ponga término a un proceso en el que exista una pluralidad de imputados ha de ser el resultado, bien de la apreciación de las pruebas desarrolladas en el plenario, bien de la aceptación del escrito de acusación por parte de todos los imputados.

La carencia de la necesaria unanimidad -precisa- no permite otorgar relevancia alguna a la conformidad de parte de los acusados, al margen de la relativa eficacia probatoria que se le otorgue al reconocimiento de los hechos objeto de imputación, que en modo alguno quedan exentos de necesidad de acreditación.

La conformidad no predicable del universo de los acusados en ese proceso deviene intrascendente y conlleva como consecuente necesidad la celebración de un juicio contradictorio exactamente igual que si la conformidad no se hubiese manifestado por ninguno.

Y en la sentencia 88/2011, de 11 de febrero, que cita el Ministerio Fiscal cuando se adhiere al recurso, se afirma que la unanimidad en la conformidad de los acusados "constituye una exigencia que algún tratadista clásico justificó ante la necesidad de preservar la continencia de la causa, evitando la posibilidad de sentencias contradictorias. Incluso, desde una perspectiva inspirada en el más absoluto pragmatismo, carece de sentido que el desenlace de la conformidad, en aquellos casos en los que no está compartida por todos los imputados, implique la continuación del juicio para los no conformes, eludiendo los beneficiosos efectos que el legislador asocia a la evitación del juicio oral. En definitiva, la sentencia que ponga término a un proceso en el que exista una pluralidad de imputados ha de ser el resultado, bien de la apreciación de las pruebas desarrolladas en el plenario, bien de la aceptación del escrito de acusación por parte de todos los imputados."

3. La aplicación de la precedente doctrina jurisprudencial al caso que ahora se juzga genera, por las singularidades que en él confluyen, una complejidad procesal que dificulta notablemente aplicar en su totalidad la solución legal que postula la parte recurrente y también el Ministerio Fiscal.



Ello se debe a que, en primer lugar, en el caso enjuiciado, a pesar de celebrarse una sola vista oral, se dictaron dos sentencias, según ya se advirtió en su momento: una para los tres acusados conformes con la acusación y otra para los dos restantes, que es la ahora recurrida.

En la primera, de fecha 20 de junio de 2018, fueron condenados los tres acusados conformes: Alberto , como autor de un delito de colaboración con organización terrorista, con la atenuante muy cualificada de reconocimiento tardío de los hechos, a la pena de cuatro años de prisión; Higinio , como autor de un delito de autoadoctrinamiento terrorista, sin circunstancias modificativas, a la pena de dos años de prisión; y Íñigo como autor de un delito de autoadoctrinamiento, sin circunstancias modificativas, a la pena también de dos años de prisión.

Una vez adquirida firmeza, se procedió a la ejecución de esa primera sentencia. En el momento actual, según comunicación remitida al procedimiento, consta que se acordó con respecto a los acusados Higinio y Íñigo la suspensión de condena por un periodo de tres años, y en cuanto a Alberto se decretó su expulsión del territorio nacional, medida que se materializó el día 7 de septiembre de 2018.

Ante esta situación procesal relativa a una sentencia que se ha consolidado en la fase de ejecución con respecto a los tres acusados que se habían mostrado conformes con el escrito de acusación, no parece razonable ni ajustado a sus derechos fundamentales y a las expectativas derivadas de una sentencia firme que se proceda a su anulación para que se celebre un nuevo enjuiciamiento con relación a ellos.

En cambio, las consecuencias generadas por esa fragmentación procesal de la vista oral del juicio para las dos personas que han recurrido en casación, sí justifica que se acuerde la nulidad del juicio celebrado con respecto a Jesús y Margarita .

En efecto, los dos recurrentes se quejan en el primer motivo de sus respectivos recursos de que hayan sido condenados sin haber podido someter a contradicción las declaraciones de los otros tres acusados, aunque sea solamente desde la perspectiva de la asunción de los hechos imputados por el Ministerio Fiscal, máxime cuando se hace referencia al contenido de su aquietamiento fáctico en la motivación de la sentencia ahora recurrida. Por lo cual, alegan que se les ha generado indefensión y que se ha infringido el derecho a un procedimiento con todas las garantías. Tanto las que otorga la ley ordinaria en lo concerniente a la improcedencia de dividir la continencia de la causa cuando la conformidad de los acusados no incluye a todos ellos (art. 697 del C. Penal), como aquí sucedió, como por la circunstancia de que no pudieran contar los dos recurrentes con la presencia de los otros tres acusados para someter a contradicción las manifestaciones implícitas en su conformidad procesal, que además son después utilizadas en perjuicio de los acusados disconformes con el Ministerio Fiscal.

La vulneración de los derechos fundamentales de los dos recurrentes -el primer motivo del recurso de Margarita tiene el mismo contenido que el de Jesús - determina la declaración de la nulidad de la vista oral celebrada y de la sentencia dictada con respecto a ambos acusados (art. 238.3º de la LOPJ en relación con el art. 24 CE). En vista de lo cual, procede estimar parcialmente los recursos de casación de los dos acusados impugnantes, sin que sea ya preciso, obviamente, entrar a examinar los restantes motivos de los recursos.

La anulación de la sentencia de la Audiencia y del juicio oral que la precedió conlleva la retroacción de las actuaciones al momento anterior al señalamiento de la vista del juicio, debiéndose realizar los trámites necesarios para celebrar uno nuevo por un Tribunal diferente al que enjuició a los acusados, tal como solicita el Ministerio Fiscal en las alegaciones formuladas adhiriéndose al recurso de los acusados.

No se acoge, en cambio, la pretensión de los recurrentes de que se dicte un fallo absolutorio para ambos en lugar de celebrarse un nuevo juicio con respecto a los dos.

SEGUNDO . La estimación parcial de los recursos aboca a la declaración de oficio de las costas de esta instancia (art. 901 LECrim).

FALLO

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

1º) ESTIMAR PARCIALMENTE LOS RECURSOS DE CASACIÓN por infracción de ley constitucional y ordinaria interpuestos por las representaciones de Jesús y Margarita , a los que se adhirió el Ministerio Fiscal, contra la sentencia de la Audiencia Nacional, Sección Segunda, de 28 de junio de 2018 , que condenó a los recurrentes como autores, respectivamente, de un delito de adoctrinamiento activo terrorista y de enaltecimiento terrorista, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, sentencia que queda así anulada.



2º) Se acuerda retrotraer las actuaciones al trámite anterior al señalamiento de la vista oral del juicio para que se proceda a realizar los trámites necesarios para celebrar un nuevo juicio con respecto a los dos recurrentes por un Tribunal diferente al que dictó la sentencia anulada.

3º) Se declaran de oficio las costas de la casación.

Comuníquese esta sentencia a la Audiencia Nacional de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

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

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menendez de Luarda Alberto Jorge Barreiro Vicente Magro Servet

Susana Polo Garcia Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ