



Roj: **STS 1883/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1883**

Id Cendoj: **28079120012017100358**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/05/2017**

Nº de Recurso: **10778/2016**

Nº de Resolución: **354/2017**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **ANDRES PALOMO DEL ARCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 4267/2016,**
STS 1883/2017,
STS 3527/2017

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 354/2017

Fecha de sentencia: 17/05/2017

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: **10778/2016 P**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 19/04/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. **Andrés Palomo Del Arco**

Procedencia: AUDIENCIA NACIONAL. SALA DE LO PENAL. SECCIÓN TERCERA.

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

Transcrito por: MPS

Nota:

Resumen

- Delito de autocapacitación para la comisión de delitos de terrorismo

o A diferencia de otras novedades típicas incorporadas por la LO 2/2015, no tiene previsión en Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, ni en normativa de la Unión Europea, ni en Convenio del Consejo de Europa.

o Expresamente el informe explicativo del Protocolo al Convenio para la prevención del terrorismo, señala la dificultad de su tipificación, así como la existencia de problemas en diversos sistemas legales.

o El tipo objetivo se formula alternativamente: el acceso habitual a internet o disyuntivamente, la adquisición o tenencia de documentos donde ya no se exige habitualidad, donde muestra la desmesurada extensión de su ámbito, pues ni siquiera se exige que se hubieren leído.

o El contenido de las páginas electrónicas a las que se accede o de los documentos que se adquieren o se poseen, deben estar dirigidos o resultar idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines. Pero esta exigencia, es objetiva, predicable del





contenido al que se accede, se adquiere o se posee. No debe ser confundido como hace el Preámbulo de la LO 2/2005, en clara contradicción con el contenido típico de la norma, con la finalidad del sujeto, al margen de que el conocimiento de esa cualidad del contenido deba ser abarcada por el dolo.

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

Así lo recoge el primer párrafo del art. 575.2 (con la finalidad de capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en este Capítulo) y a tal expresión se remite el segundo párrafo (con tal finalidad) y se reitera en el tercero (con la misma finalidad).

o Elemento subjetivo que obviamente necesita probarse, sin que resulte suficiente para su acreditación, el mero contenido de las páginas de internet examinadas o de los documentos poseídos, pues su colisión con la libertad ideológica y el derecho a la información, determina la dificultad de que sea integrada exclusivamente por el sesgo de la determinada ideología a la que confluyen los contenidos visitados, por aberrante que fuere, de modo que habitualmente resultará la necesidad de que esa acreditación sea externa, diversa al estricto contenido examinado

o Tal finalidad última de la autoformación, el posibilitar llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en este Capítulo y no exclusivamente, como en los instrumentos europeos se circunscribe a los delitos de 'terrorismo' en sentido restringido (los previstos en el art. 573), conlleva en su correlación con los delitos 'relacionados con la actividad terrorista', que se originen solapamientos con diversas de las conductas allí contempladas y problemas concursales, de no siempre fácil resolución; donde el criterio de la absorción impedirá con frecuencia aplicar el subsidiario de la alternatividad (previsto exclusivamente en defecto de los demás establecidos en el art. 8 CP).

o Aun dotada esta forma preparatoria del autoadoctrinamiento de autonomía, no transforma su naturaleza de acto protopreparatorio, de mera voluntad 'cuasimanifestada' (es decir, muy incipientemente manifestada), la previsión de una pena determinada al margen de la concreta tipología terrorista objeto de la capacitación, pues la finalidad exigida, aunque no necesita que la autoformación vaya dirigida a la comisión de un atentado concreto o de una actividad terrorista concreta, sí exige que vaya encaminada a la comisión de una de las tipologías contenidas en el capítulo.

o Pero, no resulta tipificado el autoadoctrinamiento si al margen del contenido de las páginas visitadas o los documentos adquiridos, la finalidad del autor resulta desligada (basta que no resulte acreditada), de la perpetración de alguno de las tipicidades recogidas en el título dedicada a organizaciones y grupos terroristas y a los delitos de terrorismo.

- Delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo

o El art. 578 CP, precisa el Tribunal Constitucional, en su sentencia 112/2016, de 20 de junio, solo "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".

o Tanto el art. 5 del Convenio para la prevención del terrorismo como de la Directiva (UE) 2017/541, aún en plazo de trasposición exige que la justificación conlleve el riesgo (que hemos de entender no concreto sino de aptitud) de que puedan cometerse actos terroristas, cuya consecución en el caso del terrorismo yihadista con las técnicas de persuasión de marketing utilizadas, se plasma cada vez con más frecuencia y eficacia demostrada en los atentados cometidos en todo el orbe, estados europeos incluidos.

o En autos, además de la mera reproducción de concretos sucesos presentando a los musulmanes como víctimas, concretas manifestaciones de odio contra diversos colectivos religiosos, o exposición de actos violentos donde triunfaba la guerrilla urbana con empleos de cócteles molotov, el elemento cualitativo los integran otras publicaciones que ya de manera expresa y potenciando al contenido previo, existe una celebración del terror y de la violencia como forma de operar del Estado Islámico y por ende de sus integrantes, frente a judíos, chiíes y todo aquél que no sea musulmán suní y una inequívoca justificación de su expansión contra los 'infieltes', que colman el comportamiento típico del art. 578, no solo ya por la incitación indirecta que conllevan, sino por el potencial riesgo que para la comisión de delitos terroristas, dada la eficacia de este método yihadista en indeterminados recipiendarios individuales, como resulta de la experiencia de diversos atentados atribuidos con acuñada expresión periodística a "lobos solitarios".





- Compatibilidad con el derecho a la libertad de expresión

o Doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 214/1991, de 11 de noviembre y 235/2007, de 7 de noviembre); y específica consideración en la 112/2006, de 20 de junio.

o Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: aplicación del art. 17 CEDH (abuso de derecho) en Norwood c. Reino Unido, decisión de inadmisión de 16 de noviembre de 2004.

o Especial atención a la sentencia Leroy c. Francia de de 2 de octubre de 2008.

o Requisito del 'peligro creíble' y su concreción en los delitos de justificación del terrorismo yihadista: el Convenio para la prevención del terrorismo en su informe explicativo (§ 100) precisaba que el aspecto significativo de la naturaleza creíble del riesgo debía ser tomada en consideración "conforme a las condiciones establecidas por el derecho interno"; margen de discrecionalidad interna que permite entender ampliamente cumplimentado este riesgo cuando concurre la aptitud para determinar la comisión de un delito terrorista, que en el caso del terrorismo yihadista, su justificación a través de las referidas técnicas de marketing, ha demostrado su eficacia.

o Precisión sobre el derecho francés, invocado por el recurrente.

RECURSO CASACION (P) núm.: **10778/2016 P**

Ponente: Excmo. Sr. D. **Andrés Palomo Del Arco**

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. **354/2017**

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Alberto Jorge Barreiro

D. **Andrés Palomo Del Arco**

D. Juan Saavedra Ruiz

En Madrid, a 17 de mayo de 2017.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de preceptos constitucionales e infracción de Ley número 10778/16P interpuesto por **D. Gerardo**, representado por el procurador D. José Ramón Pardo Martínez y bajo dirección letrada de D. Francisco Javier Sánchez García, contra la sentencia de fecha 30 de noviembre de 2016 dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Tercera.

Es parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Andrés Palomo Del Arco**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción núm. 3 de Madrid, tramitó Procedimiento Abreviado núm. 14/2016 contra D. Gerardo por delito de apología del terrorismo y menosprecio o humillación a las víctimas; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Nacional, Sala Penal, cuya Sección Tercera (Rollo de P.A. núm. 18/2016) dictó Sentencia en fecha 30 de noviembre de 2016 que contiene los siguientes **hechos probados**:

«Probados, y así expresamente se declaran, los siguientes hechos: Gerardo, con Pasaporte Marroquí número NUM000 ME nº NUM001, mayor de edad por cuanto nacido el NUM002 de 1992 y sin antecedentes penales, desde al menos el mes de febrero de 2015, como usuario del perfil de Facebook con ID " Palillo " y nombre Gerardo, fue accediendo a través de internet al contenido de páginas de contenido yihadista radical violento difusoras de los fines del Estado Islámico (anteriormente conocido como ISIS o DAESH), que iba guardando y publicando en su muro sin ningún tipo de restricción de privacidad y de modo habitual o guardando para sí en la memoria de su teléfono móvil en concreto, guardó y publicó, entre otros muchos, los siguientes mensajes:

- El 3 de agosto de 2015, publicó dos fotografías, en las que se ve, en la primera de ellas a varios policías golpeando, con grandes palos, a un musulmán, y, en la segunda, un solar con decenas de cadáveres, al par



calcinados. Ambas fotografías llevaban de origen la misma la leyenda (en árabe) : *"así está la situación de los musulmanes en Burma. El Profeta de Allah dice que quien no se preocupa por la situación de los musulmanes no es musulmán. Pido tu promesa por Allah de que si ves esta imagen dale a compartir para que llegue a los demás . Comparte la causa"* a ambas fotografía y leyenda, Gerardo añadió el mismo comentario : *"así están los musulmanos en Borma (Birmania)", guardando y compartiendo seguidamente ambos mensajes a través de su página. (Publicación 5 y 6, folios 293 y 294 del Tomo I y folios 553 y 554 del tomo II).*

- El 9 de septiembre de 2015 publicó una fotografía, en la que se ve un musulmán en posición de oración (de rodillas, con la frente en el suelo) sobre su espalda, de rodillas y las manos juntas, un cristiano en posición de oración, y de pié sobre los hombros de éste último, un judío con un libro la mano. Este dibujo lleva a su derecha, en árabe, una leyenda, que traducida, dice *"Este dibujo es un trabajo que lo ha hecho un artista español. Se cabrearon los judíos aunque están por encima de los cristianos y el Islam por debajo. Porque saben que cuando se levante el musulmán se caerán todas las demás religiones"* y la leyenda, asimismo en árabe: *"Que Dios le valore al Islam y a los musulmanes. El musulmán que diga amén"*. Gerardo guardó y publicó esta foto, añadiéndole, como comentario, su traducción de lo que aparecía escrito en árabe en ella, esto es : *" La idea fue de un artista español, pero los judíos se han enfadado mucho aunque ellos están encima de los cristianos y los musulmanes ¿Por que saben que cuando se levante el islam caerán los dos"* .

-El 15 de septiembre de 2015, a las 20.15 horas, publicó un video, tomado de la página de Juan Manuel procedente de #FreeSyria en el que se ven imágenes de un bombardeo sobre una población en Siria dando paso a imágenes de niños fallecidos, gravemente heridos en situaciones extremas y apunta a Al-Assad, presidente sirio, como responsable de todo ello, con el mensaje añadido siguiente. *"Después de este vídeo dudo que a nadie le quede ninguna duda de por qué hay miles de sirios huyendo de SU país. Comparte, difunde o súbelo, pero que el mundo lo vea. El silencio también es un crimen de guerra"*. Gerardo guardó y publicó en su muro dicho video y leyenda, añadiéndole el comentario siguiente: *" Mirar lo que sufren los ee sería y luego les llaman terroristas"* (Publicación 8, folio 296 del Tomo I y 554 del tomo II).

- El 20 de noviembre de 2015 publicó un video cogido de la página HIBAPRESS, en la que se ve la imagen de un hombre herido, con una leyenda, en caracteres árabes, en rojo, sobreimpresa, con el siguiente texto: *" dónde está la valentía y el valor de los musulmanes"* y bajo él un texto, asimismo en árabe, que dice *" La tortura de los musulmanes en Burma, por favor compartid para que llegue a todos los musulmanes"*. Gerardo guardó y publicó en su muro dicho video y leyenda, añadiéndole el comentario siguiente: *" Miracomo tratan y castigan los musulmanes en Bangladesh compartir este video para que lo vea todo el mundo"* (Publicación 9. Folio 297 del Tomo I y 553 del tomo II).

- El 21 de noviembre de 2015, sábado, una semana después de los atentados terroristas en París el 13 de noviembre de 2015, Gerardo publica un mensaje consistente en una fotografía, tomada de la página Khalid Rofking Orgullo. Marroquíes en San Sebastián, en la que se ve una mujer árabe abrazando a un niño que llora, y un hombre llevando en brazos un bebé muerto, bajo el lema *"Free Palestine" "Needs more hands... to help them.... To pray for them"* (necesitamos más manos... Para ayudarles... Orar por ellos) y el comentario *"Me duele más los míos. Los míos nadie les llora. Los míos no son noticia. Los míos son los palestinos"* que Gerardo guardó y publicó en su muro. (Publicación 10. Página 298 del tomo I y 550 del Tomo II).

- El 10 de enero de 2016, domingo, a las 3:11hs pm, publicó una foto, en la que se ve la imagen del Presidente sirio Eusebio totalmente cubierto de sangre con un hacha de carnicero en la mano, y, a su derecha, fotografías de niños y mujeres muertos con graves lesiones, al pie de la foto, en inglés la leyenda *"250.000+ syrian Killed. Since 2011 Uprising. Syrian are besieged, bereaved, displaced, bombed, gassed, sniped, massacred, detained, tortured, raped, mutilated, starved, by Eusebio Regime for almost 4 years...Word remains silence"* (*"más de 250.000 sirios asesinados desde el levantamiento de 2011. Los sirios son asediados, afligidos, desplazados, bombardeados, gaseados, torturados, masacrados, detenidos, torturados, violados, mutilados, muertos de hambre por el régimen de Eusebio durante casi cuatro años... y el mundo sigue guardando silencio*). Bajo esta fotografía y lema, en árabe, la frase *" se pide a todos los amigos compartir la foto de este asesino en las páginas del Facebook y hacer muchos comentarios para llenar a Facebook.... Para este asesino"*. (publicación 11, página 299 del tomo I y página 548 del tomo II). Gerardo guardó y publicó en su muro dicha foto y leyenda.

- El 2 de febrero de 2016, a las 6.42 pm, publica una foto, sacada de una página árabe, en la que se ven 5 niños muertos, amortajados, sobre una misma tabla funeraria, junto a otra en la que se ve el cadáver amortajado de un adulto. Bajo tal foto, en árabe, la leyenda *"Una madre siria dice: Cuando he pedido a mis hijos que Dios no os separe, nunca he pensado que podrían morir a la vez . Que Dios les perdone a nuestra gente de la querida Siria"* (Publicación 12. Folio 300 del tomo I y folio 547 del tomo II) Gerardo guardó y publicó en su muro dicha foto y leyenda.



- Ese mismo día 2 de febrero de 2016, a las 8.35 pm, publica un video en el que se ve a un policía golpeando a un niño. Al pie, en árabe, la leyenda "un policía español maltrata a un niño emigrante de Siria. He querido compartirlo para que lo vean todas las asociaciones humanitarias que no se enteran" Gerardo guardó y publicó en su muro dicho video y leyenda, añadiéndole, en español, el comentario siguiente: " Un policía golpea brutalmente a un niño refugiado de Siria (publicamos lo para que lo sepa todo el mundo)". Este video mereció el comentario de varios usuarios, que advierten a Gerardo que se nota que las imágenes no corresponden a España, sino que se corresponde con imágenes de algún país latinoamericano. (publicación 13. Folios 310 del tomo I y 565 del tomo II).

- El 4 de febrero de 2016, a las 8.42 am, tras entrar en la página de facebook "Pon tu huella", guardó y publicó en su muro el video que en tal página se había publicado con el título "Rusia e Irán matan a nuestros hijos", al que Gerardo añadió el comentario " lo siento parece que a nadie le importó lo que nos está pasando". (publicación 14. folio 302 del tomo I y 547 del Tomo II) en la que se ve el rescate de una persona que permanece atrapada malherida sobre un suelo de escombros, con la cabeza aplastada por una viga derribada.

- El 4 de Febrero de 2016, a las 9.16 am, publica una foto, tomada de la página de Silvio , en la que se ve la cara y torso de un musulmán, en apariencia, dando un discurso, con la mano en alto, y sobreimpreso a tal imagen, un mensaje en caracteres árabes, que reza : "Alá es grande" "Los judíos odian la palabra Allah es Grande. ¿Cuánta gente odia a los judíos? Que escriban "Allah es Grande" . A tal foto y lema se ha añadido, en caracteres árabes, el comentario " Allah es Grande, Allah es Grande. Allah es Grande" (Publicación 15. Folio 303 del tomo I y 566 del tomo II) Gerardo guardó y publicó en su muro dicha foto y leyenda.

- Ese mismo día 4 de febrero, a las 10.09 am, publicó el video del discurso de un líder religioso, Sheik, en el que se vé a éste exponiendo como 40.000 musulmanes están muriendo de hambre, al tiempo que exhibe una fotografía de niños y adultos hambrientos, y dice que hay 35 muertos todos los días, lo que se intercala con imágenes de un niño sirio que cae al suelo diciendo "Allah quiero morirme, Allah quiero morirme" "Allah llévanos al paraíso para encontrar pan" retomándose el discurso con el comentario de que el niño tiene hambre y no encuentra ni pan, y que por estas razones se muere el corazón de sufrimiento mientras apenas unos días antes un solo país quemó medio millón de dólares en el aire en la celebración de las fiestas de navidad y año nuevo... continua la soflama diciendo que ellos son gente de la Sunna, y van a seguir luchando y no van a morir de hambre, aunque tengan que comer hojas de los árboles durante un tiempo, aguantarán levantando sus cabezas y volverán a florecer sus flores, porque estos árboles que están comiendo volverán a salir en la tierra del Sham y en Halab y en muchos otros sitios. Volverán a salir las hojas para que sean árboles verdes con el poder de Allah. Las imágenes del discurso se intercalan con flashes de imágenes de guerra: bombas sobre una mezquita, imágenes de niños muertos. Hombres arrastrando y golpeando a dos mujeres, niños muertos. Una persona, con la cara cubierta con un trapo, enterrada viva hasta el cuello. Imágenes de un helicóptero abatido con guerreros triunfantes armados, sobre él. Más imágenes de niños muertos. Todo ello, acompañado de música salmódica y una sucesión rápida de imágenes. Al pie de la imagen de este vídeo, escrito en árabe, aparece la leyenda "Sheik en una de las mezquitas de Gaza explota por el terror que están pasando en Siria. Qué grande eres Sheik" (publicación 16. Folios 304 del tomo I y 576 del tomo II). Gerardo guardó y publicó en su muro dicho vídeo y leyenda.

- El 6 de febrero de 2016, sábado, a las 10.34 am. Publicó un vídeo de repudio de los Chiís. Se ven la imágenes de individuos autoflagelándose y sobreimpresa la fotografía de un líder musulmán y la leyenda "Nosotros los repudiamos ante Allah. Nos distanciamos de este dicho ante Allah. No son nuestros hermanos. Son los hermanos de Satanás". (publicación 17. Folio 306 del tomo 1, folio 566 y 612 del tomo II) . Gerardo guardó y publicó en su muro dicho video y leyenda, añadiéndole el comentario siguiente: " Parael que quiera saber quien son los malditos chiyis".

A partir de esta fecha, los mensajes empiezan a sucederse con mayor frecuencia, cada vez más radicalizados, en los que cada vez es más explícita y directa la violencia de sus imágenes y las llamadas al martirio empiezan a aflorar. Empieza a hablarse en ellos, directa y explícitamente de la Yihad. Asimismo, las páginas a las que acude Gerardo empiezan a ser páginas marginales, de difícil localización, en las que se incluyen consignas para el caso de que Facebook las localice y cierre, pasándose en ellas nuevos links y enlaces alternativos.

- El 9 de febrero de 2016, a las 5.23 am, publica un video con el título (en árabe) "Nasheed" no sobrevivo sin salvaros", al que se acompaña (en caracteres árabes, el texto : "Perfecto... que no se te olvide inscribirte en el canal y esperarnos con los mejores vídeos. Primero..." en el que con técnica fílmica depurada, música bélica e imágenes de guerra, se escucha una arenga llamando a la yihad sobre imágenes de muyahidines. En uno de los momentos el naseed dice: "Si nuestro sol se convierte en el oscurecimiento, si nuestra tierra se convierte en cenizas, si intimidan a nuestro pueblo bajo el gatillo, si creen que somos un grupo débil, lo juro, lo juro, lo juro, nos van a encontrar en cada río, en ese momento se van a subir unas banderas, las banderas del yihad " (se repite tres veces seguidas) en ese momento se ve en el vídeo como imagen un dibujo



en blanco sobre fondo negro, de un jinete sobre un caballo rampante, de fondo, la luna llena y en su mano, una bandera negra con la sahada, símbolo de las organizaciones terroristas islamistas radicales. Continúa el vídeo con la soflama : "Han llamado al militar del "Bayarez" diciendo: "nos vemos en el jihad". "Quiero que seáis como el relámpago, como el rayo, dispararlos con las flechas, matadlos, matadlos, da igual donde sea, inundados en la sangre" (se repite dos veces seguidas) ..."el texto sigue con similar tenor. Sobre las imágenes finales, la leyenda "no sobrevivo sin salvaros". publicación 18. Folios 307 del tomo I y 613 del tomo II. En el Anexo I, En el DVD publicación 18). Gerardo guardó y publicó en su muro dicho video y leyenda, añadiéndole personalmente el comentario siguiente, en árabe : *"El mejor nasheed del yihad. Allah nos hará ganar y no perder"*. (un "nasheed" es un cántico vocal, sin acompañamiento instrumental, que es considerado por las posiciones radicales islamistas pecaminoso).

- El 9 de febrero, a las 1.52 pm, publicó un video espeluznante en el que se ve el descuartizamiento de cadáveres de musulmanes abatidos y tras ello, arrojar los cuerpos a una bandada de buitres que aguardaban cerca del lugar de las ejecuciones. Como pie del video, la leyenda: *" En Burma (Birmania) los musulmanes son comida de los buitres, pido a Allah que ayude a quien comparta este vídeo y que Allah me perdone a mí y a mis padres y a todos los musulmanes y musulmanas, los muertos y los vivos"*.

El vídeo está emitido con acompañamiento de música salmódica cantada, cuyo texto es una Sura del Corán que habla de que los que son matados por la causa de Allah no están muertos realmente .(Publicación 19, folios 309 del tomo I y 551 y 615 del tomo II. La traducción del texto del salmo que se escucha cantado, fue verificado en el acto del juicio por el intérprete jurado, al no estar traducida en la documental). Gerardo guardó y publicó en su muro dicho video y leyenda.

El 10 de febrero de 2016, a las 9.25 am, publicó una fotografía en la que se ve un bebé, atado por el cuello con un cable de electricidad y obligado a comer en un plato en el suelo como si fuese un perro. Sobre tal foto, sobre impresa en árabe, la leyenda *"Os pido por Allah que compartáis la foto"*. y al pie de la misma, asimismo en árabe. El comentario: *"Foto de un niño musulmán de Burma atado y torturado con fuerza con un cable de electricidad en Burma en el medio del silencio de las asociaciones humanitarias. Compartir"*. (Publicación 20. Folios 310 del tomo I y 552 y 616 del tomo II) Gerardo guardó y publicó en su muro dicho video y leyenda, añadiendo al mismo en su publicación , en español, el siguiente comentario: *"Compartirlo por favor q son demonios esa gente y nadie abla todos q mandan en esta vida yegara su hora se no la vida seria injusto y n es así por desgracia"*.

- 7 minutos más tarde, ese mismo día 10 de febrero de 2016, a las 9.32 am, publica un video con imágenes de guerra: sobre una música heroica, acompasada con el retumbar de lo que suena como los latidos de un corazón, las imágenes son, primordialmente sobre lanzamientos de cócteles molotovs contra vehículos policiales personas lanzándolos, incendiando los vehículos y a los policías, imágenes de preparación de los cócteles molotovs, de la preparación de barricadas, más lanzamientos de cócteles, más vehículos policiales incendiados, todo ello con un "in crescendo" en el volumen y ritmo del acompañamiento musical. (publicación 21, a folios 311 del tomo I y 617 y 567 del Tomo II). Al pie del video, el comentario (en árabe) *"dale al me gusta antes de ver el vídeo"*. Gerardo guardó y publicó en su muro dicho video y leyenda.

- Cinco minutos más tarde, a las 9.30 a.m del mismo día 10 de febrero de 2016, Gerardo publica una fotografía de él mismo, cubierta la cabeza con un gorro y la nariz y boca con un pañuelo, empuñando un arma corta. Junto a él, un amigo, simulando apuntar con un arma larga imaginaria hacia la cámara. A dicha fotografía propia, Gerardo añadió como título, en caracteres árabes, el lema: *" Allah es grande, los traidores y los infieles se van a enterar. Allah nos va a hacer ganar al pueblo del Kuffar"*.

El día 14 de Febrero de 2016, domingo, publicó hasta seis mensajes, dos de ellos, referidos a la muerte heroica:

- A las 12.03 am una fotografía en la que sobre fondo negro está escrito, en caracteres árabes, en blanco, y gran formato, el lema *"Que Allah me dé una buena muerte"*. A tal fotografía acompaña el comentario, asimismo en árabe, que dice *" Nuestro Profeta, la paz sea con Él, ha dicho: cada sirviente renace como ha muerto"*. Y bajo tal lema, el texto en inglés : *"He said the Messenger of Allah peace be upon him: he will be raised every slave's died. Narrated by Muslim"* (esto dice el Mensajero de Allah que la paz sea con él: Él hará renacer a todos los esclavos de la muerte. Narraciones Musulmanas) publicación 23 a folio 313 del tomo I y folios 619 del tomo II). Gerardo guardó y publicó en su muro dicha fotografía y leyenda.

- A las 1.34 pm, publicó una fotografía en la que se ven varios cadáveres ensangrentados en el suelo de una avenida, vestidos con túnicas blancas, a su lado en pie, otros musulmanes igualmente vestidos contemplan la masacre. La foto lleva al pie, en caracteres árabes, el comentario siguiente: *"Esta es la matanza en Jamaa a nuestro pueblo Suní en Irak cuando iban a hacer el rezo del viernes. Os pido dos segundos para inscribirte para que llegue al mundo entero. Que Allah sea mi guía. Los seguidores del Sheik Mohamed Al-Arifi. Sheik Mohamed Al-Ariff"*. (publicación 24. Folio 620 del tomo II y 364 del tomo I) Gerardo guardó y publicó en su muro dicha fotografía y leyenda.



- A las 1.57 pm, publicó un video, con imágenes de guerra de Gaza. Al pie del vídeo, una leyenda, en árabe, con una dirección de instagram "*La vida diaria de los gazatíes: gaza invadida. Fotos y montaje de Rami El Jatib. Síguenos en Instagram..*" (y la dirección de Instagram). Gerardo guardó y publicó en su muro dicha fotografía y leyenda.
- Dos minutos después, a las 1,59 pm horas, colgó un mensaje consistente en una fotografía, en cuyo margen izquierdo se ve a dos niños jugando, y en la parte derecha de la fotografía, la imagen de los cadáveres de esos mismos dos niños. Sobre la fotografía, impresa en caracteres árabes, la leyenda : "*No salgas antes de decir Que Allah les perdone*" (publicación 26. Folios 316 del tomo I y folio 622 y 549 del Tomo II). Gerardo guardó y publicó en su muro dicha fotografía y leyenda, a la que añadió, en árabe, el comentario "*Que Allah les perdone*".
- A las 2.04 pm, publica un vídeo, en el que se ven imágenes de tres individuos, de espaldas, que están atacando con armas blancas de gran tamaño a un individuo que se encuentra contra la pared, frente a ellos, desarmado y sin defensa, se escuchan gritos aterrorizados. Al pie del vídeo, una leyenda en caracteres árabes que dice: "*No hay más fuerza o poder que el de Allah*". Gerardo guardó y publicó en su muro dicho vídeo y leyenda.
- A las 2,27 pm, publica un vídeo, sacado de la página "Taqwallah" que bajo el título "Rappel sur la mort" (Recordatorio sobre la muerte) hace un recordatorio a la necesidad de tener presente siempre la muerte, y la necesidad de estar preparado para ella. El texto, recitado sobre una música salmódica va acompañado de imágenes bucólicas de un entierro, la preparación del cadáver en una morgue, el traslado, el entierro e imágenes de amaneceres, atardeceres, escenas de vida y de quietud, ensalzan la buena muerte del musulmán creyente, invocando a Allah y glorificándolo. (Publicación 28. folio 318 del tomo I y 624 del tomo II. Carpeta "Anexo I" del DVD). Gerardo guardó y publicó en su muro dicho vídeo y leyenda.
- El 15 de febrero de 2016, publica tres mensajes, a las 4.54 pm, a las 8.35 pm y a las 8.53 m sobre las humillaciones, torturas y asesinatos que sufren los musulmanes en Gaza por Israel y en Birmania. (Publicaciones 29, 30 y 31 documentadas a Folios 319, 320 y 321 del Tomo I. y 7625, 626 y 627 del Tomo II. Grabación en DVD Anexo I). Gerardo guardó y publicó en su muro dichos vídeos y fotografías, con sus respectivas leyendas.
- El 16 de Febrero de 2016 publicó dos vídeos y dos fotos, con sus correspondientes textos añadidos. A las 9.08 am, las 6.54 pm, 8.14 pm y 8.32 pm horas. Ambos vídeos con duras escenas de matanzas de niños, con imágenes de sus cadáveres calcinados y bombardeos sobre barrios de población civil. El primero de ellos conlleva un texto en árabe: "*Peligro +18. Escenario de la quema de los niños. Siria resultado del bombardeo agresivo de los aviones por Rusia y llevarla al pueblo de la salvación!!.. para que se vean los crímenes de los kuffar... que se avergüenzan de ellos y se intimidan: apoyad el vídeo con "no hay Dios más poderoso que Allah, para que no lo quiten"*. A este vídeo y texto, Gerardo añade el siguiente comentario: "*Así acaban los niños y mujeres en Siria con los ataques de Rusia y Francia (Ase no se puede vivir así. Todos los días) alaho akbar alah (Allah'akbar Allah! No hay Dios más poderoso que Allah) es el más grande contra los infieles. Los que matan a los niños por ser musulmanes y los que quieren terminar con la religión verdadera. Estamos en la guerra Santa la tercera guerra mundial contra el Islam 80 países contra un Estado: Iraq y sería(Siria)*". Video que obtuvo tres plácemes en facebook, todos ellos con el comentario "no hay Dios más poderoso que Allah, o Allah es mi guía" (en árabe). Este vídeo fue eliminado días después, quedando de él, sin embargo, rastro en Twitter, al tener ambas cuentas vinculadas. El segundo de los vídeos, es, asimismo, de duras imágenes de matanzas de menores, (bebés) y lleva añadida una leyenda en árabe con el texto "*Estos escenarios dolorosos de las víctimas del bombardeo ruso al barrio Zahor Halab, ¿es este terrorismo con el que quiere terminar Rusia? (escenarios duros)*". El tercer mensaje es la fotografía de un dibujo que representa un montón de calaveras, sobre un charco de sangre, y sobre él una bandera de los EEUU. Sobre ello, una leyenda en Árabe pone: "*Hillaly Clinton: voy a permitir a Israel matar 200.000 palestinos*". El último de los mensajes de este día es una fotografía del Gustavo , en una cama de hospital. Conlleva una leyenda en lengua árabe en la que se indica "*para un segundo si eres musulmán y dale me gusta. Escribe pidiéndole a Alá que se cure*" y seguidamente, asimismo en lengua árabe, se indica la página de la que Gerardo ha extraído el mensaje, como idónea para recibir información, el texto dice : "*Puedes enviarme una solicitud de amistad, seré como tu hermana. Para que te lleguen todas mis novedades que te hacen acercarte a Allah y a nuestro Profeta*". (publicaciones 32, 33, 34 y 35. Documentadas a folios 322 a 326 del tomo I, y 628 a 632 del tomo II. Y folios 588 y 589 del mismo tomo. Grabación, en el DVD, en la carpeta ANEXO I) Gerardo guardó en su muro, y publicó tales videos, fotos y leyendas.
- En los siguientes días, prosigue con la actividad de buscar en internet videos y fotografías de radicalismo yihadista, guardando y publicando en su muro de facebook muchos de ellos, de similar contenido a los ya descritos anteriormente, así, el 18 de febrero, a las 10.28 am horas, el 21 de febrero (domingo) a las 7,27 pm horas, a las 7,27 pm horas y a las 8.30 pm horas. El 23 de febrero dos publicaciones, a las 1.44 pm y a las 5:34 pm horas; el 25 de febrero, una publicación, a las 10.49 pm horas; el 26 de Febrero, dos publicaciones, a las 12.05 y a las 12.47 pm horas. 27 y 28 de febrero (domingo) y 3 de marzo, una publicación cada día; el 7 de mar



una publicación, un vídeo, en el que se ven imágenes de un individuo caminando por un aeropuerto, hablando en árabe, se acerca a un gran mapamundi, y con un rotulador permanente dibuja sobre el globo terráqueo los territorios de Marruecos, en los que incluye los territorios del Sahara, (se entiende: "Sahara Magrebí") (publicación 48: folio 645 del tomo II. La grabación, en el DVD, en la carpeta Anexo I) sobre este vídeo, Gerardo añadió un comentario, en el que dice: *"oye que sahara es de nuestros abuelos y de Marruecos. Putos europeos. Viva Maroco"*. El 8 de marzo, publica 4 videos, a las 6.57 am, 7.05 am, 8,12 am y 9.40 am horas. Sin menoscabo de la dureza de las imágenes de todos ellos, es el tercero de ellos el que tiene un comentario personal añadido de Gerardo : (publicación 51. Folio 649 del tomo II, 342 del tomo I. En el DVD. En la carpeta Anexo 1, la grabación) en el video se ven un grupo de musulmanes, de rodillas en el suelo, desnudos salvo los calzoncillos, con las manos atadas a la espalda con bridas. Sus captores, con grandes palos de madera cilíndricos, agarrándolos por el pelo, les golpean en la cara, la espalda, los brazos expuestos, les dan patadas... sobre esas imágenes, al pie, un texto en árabe que dice: *"Otro vídeo de humillación del pueblo del sunna pero esta vez desde las cárceles del Líbano. Dios envíanos tu victoria. El pueblo del sunna se está muriendo y humillando en todos los sitios. Ver y compartir y ser la voz del derecho"* Gerardo guardó este video en su muro, y lo publicó comentando sobre él lo siguiente: *" Como torturan a los musulmanes sunis.. y luego les llaman terroristas...les hacen serlo"*.El 9 de Marzo, entre las 3.53 am y las 10.31 am horas, publicó hasta 6 videos, todos ellos de radicalismo extremo de signo yihadista: (publicaciones 53 a 58, folios 650 a 655 del tomo II, 344 a 349 del tomo I. La grabación, en el DVD, en la carpeta Anexo I) el primero de ellos, un discurso de Sadam Hussein, en el que alerta que los árabes tienen que espabilar si no quieren que todo el mundo árabe en breve esté dirigido por América. Bajo él, el comentario, en árabe: *" Palabras de Sadam en 1989, el día de hoy, en 2016 se ha hecho realidad, que Dios le perdone a Sadam. Perdóname señor somos un pueblo que mata a sus héroes"*, en el segundo, otro discurso, en árabe, el comentario al pie dice: *"miradlo antes de que la dirección de facebook lo elimine"*, el tercero, sacado de la página "pon tu huella" es una amenaza con el fuego eterno a los que incumplen los preceptos del Corán. Las tres siguientes, extraídas de "Shared palestina", "Shared Annur" y "Marroquíes por el mundo 100%", son imágenes de bombardeos y muertes en las zonas en conflicto, culpando de la muerte de inocentes a israelís, europeos y chiís. El día 15 de marzo de 2016, a las 5.25 hs am publica una entrevista con el presidente de Chechenia, en la que afirma que cuando Estados Unidos ejecutó a Sadam no lo ejecutó solo a él sino a todos los musulmanes (folio 656 del tomo II y 350 del tomo I. La grabación en el DVD, en la carpeta ANEXO I). Gerardo guardó en su muro y publicó todos estos videos, fotos y leyendas.

- El 20 de marzo, publica un "Nasheed" del Estado Islámico (Nasheed: música vocal musulmana, sin instrumentos, porque éstos son considerados pecaminosos según algunas interpretaciones radicales del Coran), que acompaña una imagen del Estado Islámico. La imagen es un dibujo en blanco sobre fondo negro de un caballo blanco al galope, saltando, con las crines al viento, sobre su lomo, la bandera negra del ESTADO ISLÁMICO, perseguido por unos lobos al ataque. Escrito en árabe, en la parte superior derecha, también con caracteres en blanco, el título: *" Nasheed islámico perfecto-Estado Islámico, tortura y aleja"* con el texto *" Si no eres un muyahidín que lucha por el camino de Dios no seas un judío que lucha en el camino de satanás"* y luego, los créditos del video: *"Producido por Abu Sarin El Adnani. Estado Islámico. Dawa Salafia"* y seguidamente, asimismo en árabe, enlaces para contactar directamente con canales de comunicación directa con el Estado Islámico : *"Mi canal de reserva en el caso de que eliminaran este canal: (URL). Para seguir noticias del estado Islámico seguidme en el siguiente blog: (URL). Para escuchar el canal Al-Rayan en directo desde la tierra de la Khilafa, os dejo el link: (URL). Este es otro link del canal Al-Bayan (URL). (URL). Compartid y tendréis vuestra recompensa como ha dicho el Profeta (que la paz sea con él) "Quien enseña el bien tendrá la misma recompensa que quien lo hace". Contado por Muslim"*.

El contenido oral del "Nasheed" es un cántico a la lucha y a la violencia contra los infieles. (Publicación 60. Documentado a folio 658-659-660 del tomo II. La grabación del vídeo, en el DVD, en la carpeta "ANEXO I" documento "Publicación 60 mp4). Gerardo guardó y publicó en su muro esta imagen de ISIS y el Nasheed que la acompaña.

- A las 20,43 horas del 27 de marzo publicó un vídeo en el que un vehículo todo terreno israelí atropella a un palestino, con la leyenda, en árabe : *" este es el terrorismo de verdad por la mayoría de los países del mundo. Quien no se preocupa por las cosas de los musulmanes no está con ellos. Compartirlo que Dios os pague"* escribiendo Gerardo sobre todo ello: *"a los terroristas de Israel nadie les ve. Solo ven a los musulmanes. La verdad es que vuestra tyele solo os enseña lo que le interesa y las mentiras y todos los que les creen son burros"* publicación 61, documentada a folio 661 del tomo II. (Grabación en el DVD, Carpeta: ANEXO I), A las 11.11 horas del día 27 de marzo, Gerardo colgó en su muro y compartió públicamente la imagen de un musulmán trajeado, rezando sobre una alfombra mientras 5 policías uniformados le apuntan con sus armas a la espalda (publicación 62. Folio 662). A las 14,16 horas del día 28 de marzo de 2016, publicó un documental de 50 minutos de duración sobre el estado Islámico (ISIS) y su propaganda, al que añadió el siguiente comentario:



"La verdad de ISIS y por eso no la quieren los políticos" (Publicación 63, folio 663 y video, en el DVD, en la carpeta ANEXO I. documento "publicación 63 mp4).

Ante el incremento de sus publicaciones y la radicalización de las mismas en el alineamiento con el islamismo yihadista, a las 7.41 horas del día 5 de abril de 2016 fue detenido Gerardo. En el momento de su detención le fue incautado su teléfono móvil, en la memoria externa del mismo, se hallaron 14 mensajes guardados conteniendo diversos Nasheeds, cánticos y oraciones de contenido radical yihadista, así como algunos otros con instrucciones sobre cómo y qué se debe enviar por las redes sociales.

Gerardo estuvo trabajando desde el 12 de abril de 2014 en una peluquería, "Peluquería del norte" en la calle Viteri nº 48 de Rentería, pero abandonó dicho trabajo el 31 de julio de 2015, sin que, desde entonces, desarrollase actividad alguna, aunque, en los primeros meses, acudía esporádicamente a dicha peluquería, dejó de pasar por la misma a partir del mes de febrero de 2016».

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

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

Que debemos **CONDENAR** y **CONDENAMOS** a Gerardo como autor de un delito consumado de autoadocinamiento con finalidad terrorista, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de 2 años y 6 meses de prisión e inhabilitación absoluta por 9 años, sustituyéndose la pena privativa de libertad, una vez cumplidas las dos terceras partes de la misma, por la expulsión de Gerardo por seis años del territorio español, así como a la medida de libertad vigilada, una vez obtenga la libertad si regresare a España, por periodo de 5 años. Todo ello con expresa imposición del pago de las costas procesales causadas en el procedimiento.

Para el cumplimiento de la pena principal que se impone en esta resolución, le será de abono todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa, si no lo tuviera absorbido en otra».

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación procesal del condenado, teniéndose por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal del recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes **motivos de casación**:

Motivo Primero.- Por infracción de Ley nº 1 del artículo 849 LECr., por entender que dados los hechos probados, se ha infringido un precepto de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que debe ser observada en la aplicación de la ley penal, por aplicación indebida de la misma.

Motivo Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, por el cauce de los arts. 852 LECr., y 5.4º LOPJ.

QUINTO.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal de conformidad con lo expresado en su escrito de fecha 4 de febrero de 2017 interesó la inadmisión del recurso interpuesto en base a lo dispuesto en el número 3 del artículo 884 y número 1 del artículo 885, impugnándolo subsidiariamente; quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 29 de marzo de 2017 se señaló el presente recurso para deliberación y fallo para el día 19 de abril de 2017; continuando los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Como recogen los antecedentes de hecho de la resolución recurrida y reitera el fundamento cuarto, el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos como constitutivos de delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo y menosprecio o humillación de las víctimas de los artículos 578.1 y 2 CP, si bien, tras aceptar y acoger la tesis formulada por el Tribunal, amplió sus conclusiones, calificando alternativamente los hechos como constitutivos del delito de autoadocinamiento en su modalidad de tenencia de documentos, del artículo 575.2, párrafo tercero, CP, interesando la misma pena en ambas alternativas.

El Tribunal, al calificar los hechos de conformidad con su formulación, argumenta:

Ciertamente la publicación a través de facebook de los mensajes descritos en el relato fáctico, constituye el delito (menor) de enaltecimiento del terrorismo por el que se acusaba, pero, visto el contenido de tales mensajes, el ritmo creciente de la presencia en la red de los mismos, la radicalidad exponencialmente expuesta en ellos, así como la posesión personal y de acceso directo, de documentos de contenido radical yihadista





este Tribunal aprecia que los hechos conllevan un plus de gravedad y de antijuridicidad sobre el mero acto de difundir verificado por un estraneus (sic), en el caso, existe una asunción de ideales y fines cercano al delito de pertenencia, una voluntad dirigida al autoadoctrinamiento buscado de propósito (véase la pericial de inteligencia al respecto, y, más allá de la pericial, las enseñanzas de la experiencia común y pública: las páginas de donde se extraían estos mensajes, son páginas ilegales en su mayoría, de difícil acceso por un usuario medio y que requiere una búsqueda preordenada a su localización específica) por lo que se estima que los mismos son constitutivos del delito previsto y penado en los artículos 575. 2 párrafo tercero vs artículo 579 bis 1 y 2 del Código Penal, que como ley especial (más grave) absorbe y contempla el delito de enaltecimiento del artículo 578 CP, y ello por concurrir la totalidad de los elementos integrantes de tal tipo, tal y como señala la doctrina en relación a que tradicionalmente, la actividad de adoctrinamiento y adiestramiento de nuevos miembros de organizaciones terroristas sólo contemplaba la acción de quienes adoctrinaban o adiestraban a terceros. La nueva redacción dada al Código penal, por Ley Orgánica 2/2015, pretendiendo adaptarse a las nuevas formas de captación de militantes de las organizaciones terroristas de corte yihadista, en las que internet cumple un papel primordial, tipifica la conducta de los sujetos que reciben dicho adoctrinamiento o adiestramiento, y, en su apartado 2, se tipifica la conducta del AUTODIDACTA, que por sí mismo lleva a cabo su adiestramiento o adoctrinamiento de manera autónoma, y, superando con ello las reglas generales de los artículos 17 y 18, se incriminan en esta nueva legislación los actos preparatorios individuales, entendiéndose que un sujeto lleva a cabo su propio adoctrinamiento cuando se acceda de manera habitual a contenidos on line que estén dirigidos o resulten idóneos para incitar a la incorporación a un organización o grupo terrorista, o a quien adquiera o posea, como es el caso, documentos con dichas características, consumándose el delito por el acceso habitual y la tenencia de tales documentos, con la finalidad de capacitarse para la comisión de cualquiera de los delitos de terrorismo contemplados en el capítulo.

2. La representación procesal del condenado, entiende sin embargo indebidamente aplicadas dichas normas.

Inicialmente indica que el recurrente se limitó a ejercer su derecho a la libertad de expresión o a la libertad ideológica, ideología que podrá o no compartirse, de ahí la grandeza del sistema Democrático, garante del ejercicio de Derechos y Libertades del que supuestamente disfrutamos desde la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978; que todo lo supuestamente publicado en su perfil de FACEBOOK con ID " Palillo " y con nombre Gerardo , en ningún caso supone ni un adiestramiento ni un adoctrinamiento realizado con la finalidad de capacitarse para la comisión de delitos de naturaleza terrorista, sino que, como antes se ha mencionado, un legítimo ejercicio de sus libertades de expresión e ideológica. Para concluir, tras analizar el contenido de los vídeos y las fotografías publicadas incorporadas a su "muro" de facebook, que podrán ser considerados como "nocivos" para según qué parte de la población, pero en todo caso no por ello pueden ser considerados ilícitos, ya que como tales mensajes nocivos también vendrían a estar protegidos por el Derecho, ya que la libertad de expresión no solo protege la transmisión de contenidos inocuos o bien recibidos (es decir, los no nocivos), sino también los de contenidos molestos (los nocivos), como al parecer resultan ser los imputados al recurrente.

Si bien de forma subsidiaria, admite que tales hechos, en realidad constituyen, a lo sumo, el también nuevo delito del artículo 579 CP.

3. El delito objeto de condena en la instancia, ha sido incorporado al Código Penal, por la LO 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo, con entrada en vigor el pasado 1 de julio de 2015, donde se otorga una nueva redacción al Capítulo VII del Título XXII del Libro II del Código Penal, rubricado, de las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo.

En el Preámbulo de dicha norma, se alude a la Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 2178, aprobada el 24 de septiembre de 2014, cuyo contenido lo conecta con el terrorismo internacional de corte yihadista caracterizado precisamente, por haber incorporado nuevas formas de agresión, consistentes en nuevos instrumentos de captación, adiestramiento o adoctrinamiento en el odio, para emplearlos de manera cruel contra todos aquellos que, en su ideario extremista y violento, sean calificados como enemigos. Nuevas amenazas que indica deben ser combatidas con la herramienta más eficaz que los demócratas pueden emplear frente al fanatismo totalitario de los terroristas: la ley.

Hasta hora, refiere el Preámbulo, la respuesta penal al terrorismo se articulaba, en la sanción de quienes pertenecían, actuaban al servicio o colaboraban con organizaciones o grupos terroristas, donde el eje del tratamiento penal del terrorismo procedía de la definición de la organización o grupo terrorista y la tipificación de aquellas conductas que cometían quienes se integraban en ellas o, de alguna forma, prestaban su colaboración; pero ahora, sin perder esa perspectiva de tipificación de las conductas articuladas en torno a organizaciones o grupos terroristas, la reforma legal atiende a una actualización de la normativa para dar





cabida al fenómeno del terrorismo individual y a las conductas que constituyen la principal preocupación de la comunidad internacional, en línea con la Resolución 2178 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas citada.

En su contenido dispositivo, con fuerza normativa:

- La sección 1ª lleva por rúbrica «De las organizaciones y grupos terroristas» y mantiene la misma lógica punitiva que la regulación hasta ahora vigente, estableciendo la definición de organización o grupo terrorista y la pena que corresponde a quienes promueven, constituyen, organizan o dirigen estos grupos o a quienes se integran en ellos.

- La sección 2ª lleva por rúbrica «De los delitos de terrorismo» y comienza con una nueva definición de delito de terrorismo en el artículo 573 que se inspira en la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo, modificada por la Decisión Marco 2008/919/JAI, de 28 de noviembre de 2008.

Siempre ya dentro de esta segunda sección, la penalidad para las conductas descritas en el art. 573, se especifican en el art. 573 bis; por su parte el art. 574 establece la tipificación de todas aquellas conductas relacionadas con el depósito de armas y explosivos, su fabricación, tráfico, suministro o la mera colocación o empleo de los mismos, cuando se persigan las finalidades enumeradas en el apartado 1 del artículo 573; el art. 575 tipifica el adoctrinamiento y el adiestramiento militar o de combate o en el manejo de toda clase de armas y explosivos, de carácter pasivo *con la finalidad de capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en este Capítulo*, con inclusión también del autoadiestramiento y autoadoctrinamiento con estos fines, así como la tipificación del fenómeno de los combatientes terroristas extranjeros, es decir, de quienes para integrarse o colaborar con una organización terrorista o para cometer un delito de terrorismo se desplacen al extranjero; el art. 576 sanciona las conductas relacionadas con la financiación del terrorismo; el art. 577 recoge los comportamientos de colaboración, donde además de ejemplificarse la información o vigilancia de personas e instalaciones, 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, se especifica las 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; en el art. 578 se castiga el enaltecimiento o justificación públicos del terrorismo, los actos de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas; y en el art. 579 la incitación pública y la difusión de mensajes o consignas susceptibles de incitar a otros a la comisión de delitos de terrorismo, así como la previsión de las formas preparatorias clásicas.

Y cierran ya el capítulo el 579 bis, que prevé penas de inhabilitación, medidas de libertad vigilada, la atenuante específica de abandono, confesión y colaboración, también la posibilidad de degradación de la pena cuando el hecho sea objetivamente de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido; y el art. 580 que regula la reincidencia internacional en esta materia.

4. Del listado de comportamientos típicos ahora recogidos con carácter novedoso, no todos ellos derivan del contenido de los instrumentos y resoluciones internacionales citados; entre ellos el delito objeto de condena en la instancia, el autoadoctrinamiento; y si bien ello no impide que el legislador nacional tipifique una determinada conducta, sí resulta relevante tal circunstancia, por una parte, porque no sirve de justificación la normativa europea citada; y de otra, en cuanto a la interpretación de precepto, por cuanto ponderado el fenómeno yihadista y su forma legal de combatirlo, diversas instancias europeas encontraron dificultades para la tipificación de conductas atinentes exclusivamente a una actividad individual de contenido meramente ideológico.

5. Así la Resolución 2178 de Naciones Unidas, aprobada por el Consejo de Seguridad en su 7272ª sesión, dedica su apartado sexto a las conductas objeto de tipificación en esta materia, donde el autoadoctrinamiento no lo contempla:

Recuerda su decisión contenida en la resolución 1373 (2001) de que todos los Estados Miembros velen por el enjuiciamiento de toda persona que participe en la financiación, planificación, preparación o comisión de actos de terrorismo o preste apoyo a esos actos, y decide que todos los Estados se cercioren de que sus leyes y otros instrumentos legislativos internos tipifiquen delitos graves que sean suficientes para que se pueda enjuiciar y sancionar de modo que quede debidamente reflejada la gravedad del delito:

a) A sus nacionales que viajen o intenten viajar a un Estado distinto de sus Estados de residencia o nacionalidad, y demás personas que viajen o intenten viajar desde sus territorios a un Estado distinto de sus Estados de residencia o nacionalidad, con el propósito de cometer, planificar o preparar actos terroristas o participar en ellos, o proporcionar o recibir adiestramiento con fines de terrorismo;





b) La provisión o recaudación intencionales de fondos, por cualquier medio, directa o indirectamente, por sus nacionales o en sus territorios con intención de que dichos fondos se utilicen, o con conocimiento de que dichos fondos se utilizarán, para financiar los viajes de personas a un Estado distinto de sus Estados de residencia o nacionalidad con el propósito de cometer, planificar o preparar actos terroristas o participar en ellos, o proporcionar o recibir adiestramiento con fines de terrorismo; y,

c) La organización u otro tipo de facilitación deliberadas, incluidos actos de reclutamiento, por sus nacionales o en sus territorios, de los viajes de personas a un Estado distinto de sus Estados de residencia o nacionalidad con el propósito de cometer, planificar o preparar actos terroristas o participar en ellos, o proporcionar o recibir adiestramiento con fines de terrorismo.

6. Entre los instrumentos de la Unión Europea, tampoco se contempla el auto doctrinamiento.

Así, la Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, por la que se modifica la Decisión Marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo; cuya innovación es la adición a las conductas contempladas entre los delitos ligados a las actividades terroristas: a) provocación a la comisión de un delito de terrorismo; b) captación de terroristas; y c) adiestramiento de terroristas.

Y de igual manera, la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo, con entrada en vigor el 20 de abril de 2017 y plazo de transposición hasta el 8 de septiembre de 2018; donde se distingue entre delitos de terrorismo (de similar contenido, aunque con mayor concreción que nuestro art. 573), delitos relacionados con grupo terrorista (dirección y participación) y delitos relacionados con actividades terroristas, donde se incluyen: provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo, captación para el terrorismo, adiestramiento para el terrorismo, recepción de adiestramiento para el terrorismo, viaje con fines terroristas, organización o facilitación de viaje con fines terroristas, financiación del terrorismo y otros delitos instrumentales.

7. El Consejo de Europa por su parte, rechaza de manera más explícita, tipificar el auto doctrinamiento terrorista.

Así el Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (STCE nº 196), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, ratificado por España por Instrumento de 23 de febrero de 2009 (BOE núm. 250, de 16 de octubre de 2009), contempla la provocación pública para cometer delitos terroristas, reclutamiento con fines terroristas y el adiestramiento para fines terroristas, al margen de algunos delitos "accesorios" (complicidad, organización de su comisión o la orden de cometerlos y la contribución a su comisión).

Listado incrementado con el Protocolo Adicional al Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (STCE nº 217), hecho en Riga el 22 de octubre de 2015, firmado pero no ratificado por España, que entra en vigor para los Estados Parte, el 1 de julio de 2017, con los delitos de participar en una asociación o grupo con fines terroristas, recibir un adiestramiento con fines terroristas (dejando en libertad a los Estados para sancionar las modalidades de autoadiestramiento), viajar al extranjero con fines terroristas, financiar viajes al extranjero con fines terroristas y organizar o facilitar de otro modo viajes al extranjero con fines terroristas.

Es decir, mientras que para el adiestramiento con fines terroristas, entendido como "dar instrucciones para la fabricación o el uso de explosivos, armas de fuego u otras armas o sustancias nocivas o peligrosas, o para otros métodos y técnicas específicos con vistas a cometer delitos terroristas o a contribuir a su comisión", también se contempla su modalidad pasiva, incluso se posibilita sancionar el autoadiestramiento si lo tolera el ordenamiento interno; respecto del adoctrinamiento, solo se contempla en una concreta modalidad activa del mismo, el "reclutamiento con fines terroristas" entendido como el hecho de incitar a otra persona a cometer o participar en la comisión de delitos terroristas, o a unirse a una asociación o a un grupo para contribuir a que éstos cometan uno o varios delitos terroristas, pero se evitan expresamente el reclutamiento pasivo y las de autoformación ideológica, conforme admite el Informe explicativo del Protocolo en su apartado 31, pues durante las deliberaciones para su redacción, se hizo evidente que la penalización de la conducta "pasiva" ("hacerse reclutar para el terrorismo") crearía problemas en algunos sistemas legales y encontrar una definición adecuada de "hacerse reclutar para el terrorismo" que comprendiera un comportamiento suficientemente "activo" también presentaba serias dificultades.

SEGUNDO.- 1. En definitiva, tan largo preámbulo, sirve para destacar la falta de cobertura en los instrumentos internacionales mencionados en el Preámbulo de la LO 2/2015 de las modalidades de **adoctrinamiento pasivo** y de **autoadoctrinamiento** del art. 575.1 y 2 CP, y la necesaria interpretación restrictiva de estas conductas típicas para posibilitar su subsistencia sin quebranto del derecho a la libertad ideológica y el derecho a la información.

2. La previsión típica de estos dos primeros apartados del art 575 es la siguiente:



1. Será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años 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.

2. Con la misma pena se castigará a quien, 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.**

Se entenderá que comete este delito quien, con tal **finalidad acceda de manera habitual a uno o varios servicios de comunicación accesibles al público en línea o contenidos accesibles a través de internet** o de un servicio de comunicaciones electrónicas cuyos contenidos estén dirigidos o resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines. Los hechos se entenderán cometidos en España cuando se acceda a los contenidos desde el territorio español.

Asimismo se entenderá que comete este delito quien, con la misma **finalidad,adquiera o tenga en su poder documentos** que estén dirigidos o, por su contenido, resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines.

3. Como indica el apartado explicativo de la reforma, tradicionalmente la actividad de adoctrinamiento y adiestramiento de nuevos miembros de organizaciones terroristas se había perseguido penalmente desde su perspectiva activa, a los sujetos que adoctrinaban o adiestraban a terceros; pero la pretensión de adaptarse a las nuevas formas de captación de militantes de las organizaciones terroristas de pauta yihadista, donde internet juega un papel fundamental, la LO 2/2015 incorpora la conducta pasiva, la de quienes reciben dicho adoctrinamiento o adiestramiento.

Pero también, los que se procuran esa capacitación de manera autónoma, donde la novedad dogmática se renueva, pues ello supone, frente a las reglas generales de los arts. 17 y 18, la incriminación de actos preparatorios individuales.

4. El alejamiento respecto de una acción concreta, en estos comportamientos de autoadoctrinamiento ideológico, donde se incrimina un acto protopreparatorio y eventualmente un acto preparatorio de un acto preparatorio, determina su configuración como un delito de peligro.

5. Extraña en primer lugar, la equiparación punitiva en conductas de tan diferencial riesgo, entre las referidas al adiestramiento, es decir la obtención de conocimientos o aptitudes prácticas militares o de combate, o en el desarrollo de armas químicas o biológicas, o para la fabricación de explosivos; con la mera formación ideológica, pues a falta de interpretación auténtica del término adoctrinamiento, habrá de estarse al establecido en el Diccionario de la lengua española de la RAE, que en su aspecto pasivo supondría el hecho de inculcarse -infundirse con ahínco- de determinadas ideas o creencias. Equiparación, que determina en todo caso, que esta actividad de aprehensión de credos, debe tener una especial intensidad, sin que baste el mero acercamiento ideológico.

Si bien, dada la concreción de las actividades de autoadoctrinamiento típicas recogidas en la norma, la intensidad, solo podrá dirimirse del contenido propio de los servicios de comunicación a que se acceda o de los documentos que se tuvieran o incluso meramente se hubieren adquirido.

6. El tipo objetivo se formula alternativamente: el acceso habitual a internet o disyuntivamente, la adquisición o tenencia de documentos donde ya no se exige habitualidad, donde muestra la desmesurada extensión de su ámbito, pues ni siquiera se exige que se hubieren leído.

7. El contenido de las páginas electrónicas a las que se accede o de los documentos que se adquieren o se poseen, *deben estar dirigidos o resultar idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines.* Pero esta exigencia, es objetiva, predicable del contenido al que se accede, se adquiere o se posee. No debe ser confundido como hace el Preámbulo de la LO 2/2005, en clara contradicción con el contenido típico de la norma, con la finalidad del sujeto, al margen de que el conocimiento de esa cualidad del contenido deba ser abarcada por el dolo.

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



Así lo recoge el primer párrafo del art. 575.2 (*con la finalidad de capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en este Capítulo*) y a tal expresión se remite el segundo párrafo (*con tal finalidad*) y se reitera en el tercero (*con la misma finalidad*).

9. Elemento subjetivo que obviamente necesita probarse, sin que resulte suficiente para su acreditación, el mero contenido de las páginas de internet examinadas o de los documentos poseídos, pues su colisión con la libertad ideológica y el derecho a la información, determina la dificultad de que sea integrada exclusivamente por el sesgo de la determinada ideología a la que confluyen los contenidos visitados, por aberrante que fuere, de modo que habitualmente resultará la necesidad de que esa acreditación sea externa, diversa al estricto contenido examinado.

10. Exigencia subjetiva que determina la atipicidad de actos de adoctrinamiento que se realicen con finalidades investigadoras o de mera curiosidad y deja fuera de este tipo los efectuados para cometer delitos de naturaleza no terrorista (como pudiera ser un asesinato común), sin embargo permite su aplicación, tanto a su realización con la finalidad de prepararse para cometer un acto terrorista individual y completamente desvinculado de un grupo u organización terrorista concreta, para integrarse en una de estas estructuras (art. 572.2 CP), como para simplemente colaborar de forma puntual con las mismas (art. 577 CP), de modo que posibilita castigar como autor de estos delitos en su modalidad consumada a quien tan solo se prepara o forma para cometer delitos que castigan a su vez actuaciones que, cuando se ejecuten, se desenvolverán también en el ámbito meramente preparatorio de delitos 'terroristas' en sentido estricto, hasta extremos donde casi resulta viable entrar en bucle (ad exemplum: la provocación para la autocapacitación para la difusión pública de mensajes que tengan como finalidad posibilitar el autoadoctrinamiento para difundir...).

11. Tal finalidad última de la autoformación, el posibilitar *llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en este Capítulo* y no exclusivamente, como en los instrumentos europeos se circunscribe a los delitos de 'terrorismo' en sentido restringido (los previstos en el art. 573), conlleva en su correlación con los delitos 'relacionados con la actividad terrorista' (vd. Directiva UE y Convenio del Consejo de Europa antes mencionados), que se originen solapamientos con diversas de las conductas allí contempladas y problemas concursales, de no siempre fácil resolución; donde el criterio de la absorción impedirá con frecuencia aplicar el subsidiario de la alternatividad (previsto exclusivamente en defecto de los demás establecidos en el art. 8 CP).

Así, en relación al caso de autos, respecto de quien desarrolla la conducta de formación autodidacta, no se indica para qué delito, pero se afirma que también integra un delito de enaltecimiento del art. 578 (cuya efectiva concurrencia o no después analizamos), debería considerarse que el art. 575 es la mera capacitación para cometer un delito de los comprendidos en el capítulo, acto preparatorio donde los haya, de modo que no existe razón para afirmar su prevalencia sobre el delito de enaltecimiento que se dice ya cometido; especialmente cuando no se afirma ni razona la capacitación para la comisión (en abstracto) de otro delito diverso de terrorismo de mayor gravedad que ese enaltecimiento; de modo que el criterio de la absorción sería ontológicamente el que debía dirimir el concurso, en cuanto goza de aplicación preferente al de gravedad, solo operativo en defecto de los criterios de especialidad, subsidiariedad y consunción (cifr. art. 8 regla 4ª).

12. Aun dotada esta forma preparatoria del autoadoctrinamiento de autonomía, no transforma su naturaleza de acto protopreparatorio, de mera voluntad 'cuasimanifestada' (es decir, muy incipientemente manifestada), la previsión de una pena determinada al margen de la concreta tipología terrorista objeto de la capacitación, pues la finalidad exigida, aunque no necesita que la autoformación vaya dirigida a la comisión de un atentado concreto o de una actividad terrorista concreta, sí exige que vaya encaminada a la comisión de una de las tipologías contenidas en el capítulo.

Pero, no resulta tipificado el autoadoctrinamiento si al margen del contenido de las páginas visitadas o los documentos adquiridos, la finalidad del autor resulta desligada (basta que no resulte acreditada), de la perpetración de alguna de las tipicidades recogidas en el título dedicada a organizaciones y grupos terroristas y a los delitos de terrorismo.

13. Tal anticipación de las barreras de protección, a través de esta tipificación de un acto preparatorio tan sumamente incipiente, conlleva la suma dificultad de concretar sobre esta tipología (a cambio de lo que sucede por ejemplo con el enaltecimiento del terrorismo, a pesar de su relación con el art. 18 CP contenida en el apartado III del expositivo de la LO 7/2000, que lo incorpora al Código Penal) los actos de provocación, conspiración y proposición (expresamente previstos en el art. 579.3 CP) para su comisión.

TERCERO.- Consecuentemente, conforme a lo expresado hasta ahora, del examen del intangible relato de hechos probados contenido en la sentencia recurrida, no resulta la comisión de un delito de autoadoctrinamiento *con la finalidad de capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos* del Capítulo VII del Título XII, *de las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo*.





Media, efectivamente acreditada y valorada de manera detallada, la cumplimentación del tipo objetivo, la posesión documental y la navegación por paginas con contenidos susceptibles de incitar a la incorporación a organización o grupo terrorista, pero nada se indica sobre elemento subjetivo requerido de buscar esa capacitación para cometer "cualquiera de los delitos tipificados en este Capítulo", ni por tanto, nada se concluye sobre la valoración probatoria de su existencia, pues como hemos referido en el fundamento anterior, no basta la mera radicalización ideológica ya derivada de su voluntaria y frecuente navegación en determinadas páginas de internet, ya inferida por el contenido de los documentos obrantes en su poder.

Ni siquiera cabe identificar la adhesión ideológica con la autoformación para la incorporación en la organización o movimiento terrorista, o para colaborar con la misma, o para la persecución de sus fines, o para la comisión de cualquier otro delito previsto en este Capítulo VII del título XXII; resta un tramo para llegar a estas incipientes resoluciones manifestadas, que precisa concreción en la tipicidad criminal buscada (no la referencia a un delito concreto sino al tipo delictivo), que obviamente debe ser acreditado.

Mientras que en autos, no se precisa ni acredita, cuál de las actividades delictivas relacionadas con *organizaciones y grupos terroristas* o con *delitos de terrorismo*, era la destinataria de la capacitación autodidacta relatada. Solamente se concluye y ello en la fundamentación jurídica, una "asunción de ideales", que aunque no se explicita, resulta obvio que la resolución recurrida refiere al radicalismo yihadista, pero ello tampoco deviene en manifestación de resolución delictiva alguna.

En la STS 503/2008, de 17 de julio, referida a los atentados del 11-M en Madrid, el caso más extremo de acto terrorista perpetrado en nuestro país, en el apartado 4 de su fundamento preliminar se contiene:

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

Consecuentemente, para afirmar la existencia de una banda armada, grupo u organización terrorista, no basta con establecer que los sospechosos o acusados sostienen, y comparten entre ellos, unas determinadas ideas acerca de una religión, un sistema político o una forma de entender la vida.

*Es preciso acreditar que quienes defienden esas ideas, convirtiéndolas en sus fines, **han decidido imponerlas a los demás mediante medios violentos**, como ya se ha dicho, orientados a intimidar a los poderes públicos y a intimidar y aterrorizar a la población. Dicho de otra forma, **es preciso establecer que, desde la mera expresión y defensa de unas ideas, han iniciado de alguna forma, incluso con la decisión efectiva de llevarlo a cabo, su paso a la acción con la finalidad de imponer sus ideas radicales fuera de los cauces pacíficos, individualmente y como grupo**.*

Tal cosa puede manifestarse de múltiples formas, aunque a efectos penales siempre será preciso algún hecho verificable y significativo, que acredite al menos el inicio de acciones encaminadas a la obtención de medios idóneos para el logro efectivo por ellos mismos o por terceros de aquella finalidad, o bien que ya han procedido de alguna forma, mediante acciones de captación, adoctrinamiento o apoyo, suministro de efectos, sustento ideológico o en cualquiera otra de las muy variadas formas en que tal clase de cooperación puede manifestarse, a colaborar con quienes ya desarrollan efectivamente tales actividades, se preparan para hacerlo o ya lo han hecho.

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

'Decisión' que en esta nueva tipología consistente en una actividad protopreparatoria tipificada en el art. 575.2, debe proyectarse a una mínima **exigencia de la manifestación incipiente de la concreción de la tipología de terrorismo para la que se capacitaba**. En autos, ni afirmada, ni argumentada, ni probada.





CUARTO.- Pero en autos, el relato de hechos transcribe no solo un actividad de autoformación, sino también la réplica e incorporación por parte del acusado a su muro de facebook de diversos de los contenidos a los que accedía, relacionados con el fundamentalismo islámico y la yihad.

Actividad que en la sentencia de instancia subsume en el delito de enaltecimiento de terrorismo (aunque este delito resultara desplazado como consecuencia a la solución dada al concurso normativo allí afirmado, ahora deshecho).

1. Alega sin embargo el recurrente que el contenido de esas incorporaciones, no va más allá de una crítica a la situación de los diversos pueblos musulmanes en el mundo y a la actitud de diversas naciones frente a esta situación y a divulgar (*dar "publicidad"*) la existencia del "Estado Islámico"; y así resume ese contenido:

Los hechos que se le imputan de 3 de agosto de 2015 en su muro de facebook hacen mención a la situación de los musulmanes de Burma, sin más intención que la de hacer ver los supuestos padecimientos que sufren los musulmanes en dicho lugar.

Los hechos que se le imputan de 9 de septiembre de 2015 en su muro de facebook hace mención a la situación de las religiones (islam, judía y cristiana) en el mundo.

Los hechos que se le imputan de 15 de septiembre de 2015 en su muro de facebook se limitan a señalar o destacar el sufrimiento del pueblo sirio debido a la cruenta guerra en la que están inmersos en ese país.

Los hechos que se le imputan de 20 de noviembre de 2015 en su muro de facebook vuelven a referirse a la supuesta situación que padecen los musulmanes en Burma.

Los hechos que se le imputan de 21 de noviembre de 2015 en su muro de facebook se refieren a la situación de sufrimiento de los Palestinos.

Los hechos que se le imputan de 10 de enero de 2016 en su muro de facebook suponen una crítica al actual presidente Sirio, Basar Al-Assad, por su actitud ante la guerra civil que sufre el país que gobierna.

Los hechos que se le imputan de 2 de febrero de 2016 en su muro de facebook suponen una nueva crítica a la situación que se vive en Siria y a los padecimientos que vienen sufriendo los emigrantes sirios.

Los hechos que se le imputan de 4 de febrero de 2016 en su muro de facebook suponen una crítica ante la postura de Rusia en la guerra de Siria y el vídeo publicado no deja de ser el discurso de un líder religioso musulmán, Sheik, que critica la situación de los musulmanes en la actualidad.

Los hechos que se le imputan de 9 de febrero de 2016 en su muro suponen nuevamente una durísima crítica de la situación de los musulmanes en Burma.

Los hechos que se le imputan de 10 de febrero de 2016 en su muro de facebook suponen otra muy dura crítica de la situación de los musulmanes en Burma.

A su vez los otros hechos que se le imputan ese mismo día en su muro de facebook (varios vídeos y diversas fotografías, apareciendo mi mandante supuestamente en una de ellas con la cabeza cubierta con un gorro y la nariz y boca con un pañuelo y empuñando una arma corta, una pistola de juguete según su declaración), suponen hacer ver la situación de gravedad y de inestabilidad que se vive en los países musulmanes y en la necesidad de tener que actuar para evitar dicha situación de constante guerra e inestabilidad, pero no implican acto de adiestramiento o de adoctrinamiento alguno, ya que no se aprecia en dicha foto que, más allá de una mera crítica o actitud reivindicativa, se pretenda cometer por su parte un delito de naturaleza terrorista.

Los hechos que se le imputan de 15 de febrero de 2016 en su muro de facebook vuelven a criticar la situación de supuesta crueldad que padecen los musulmanes en Gaza por Israel y en Birmania (Burma).

Los hechos que se le imputan de 16 de febrero de 2016 en su muro de facebook consisten en dos vídeos que critican la situación en Siria y la actitud de países como Rusia, Francia y los EEUU.

En los días siguientes (18 de febrero, 21 de febrero, 23 de febrero, 25 de febrero, 26 de febrero, 27 de febrero, 28 de febrero, 3 de marzo, 7 de marzo, 8 de marzo, 9 de marzo y 15 de marzo de 2016) publica supuestamente en su muro de facebook una serie de fotografías y vídeos que critican los sufrimientos de los musulmanes, inclusive los padecidos por los musulmanes sunís por otros musulmanes, en diferentes lugares del mundo (Marruecos, Palestina, Chechenia..etc).

El 20 de marzo de 2016 supuestamente publicó un NASHEED (música vocal musulmana sin instrumentos) del estado islámico, que si bien puede no compartirse desde un punto de vista ideológico por obvios motivos, no deja ser un uso, quizás indebido, de su libertad de expresión pero que no supone la asunción "per se" de la doctrina islamista radical, sino la publicación de un hecho que sucede en el mundo, de la misma manera





que los noticieros del mundo informan de los diversos vídeos que emite o realiza tal organización. Su mera publicación, sin mayor comentario u opinión, no implica que mi mandante esté ya captado o capacitado para llevar a cabo actos terroristas.

Los hechos que se le imputan el 27 y el 28 de marzo de 2016 suponen una crítica de la actitud de Israel sobre el pueblo palestino y un documental que trata sobre el ISIS, al parecer, desde un punto de vista distinto al occidental.

Por último se le imputa ser tenedor en la memoria externa de su teléfono móvil de 14 mensajes guardados conteniendo diversos NASHEEDS, que pueden ser objeto de múltiples interpretaciones dependiendo de la persona receptora de los mismos.

2. Ciertamente, al margen de que la difusión pública de mensajes o consignas que simplemente por su contenido sean idóneos para incitar a otros a la comisión de alguno de los delitos del Capítulo dedicado a las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo, podría integrar el tipo del art 579.1, como en alegación subsidiaria admite el recurrente, ese comportamiento típico constituido por una figura accesoria resultaría desplazada si a su vez esa conducta integra el ilícito de enaltecimiento o justificación del terrorismo.

La parca aportación personal del acusado determina un especial detenimiento del contenido de los vídeos y fotografías incorporados a su página de facebook, con mención a lugares, expresiones e iconografía asociado al terrorismo islámico, tanto para disociar el mero reportaje descriptivo, neutral, no laudatorio; y de otro el contenido referido a enseñanzas o doctrinas religiosas que no conllevan su defensa violenta, frente al terrorismo de esta índole que parte de un extremado sesgo radical de las mismas con invocación a la violencia para su defensa.

Y así el propio significado de 'yihad', no siempre y necesariamente violento (así la STS 556/2006 al mencionar la yihad, necesita precisar que alude a su acepción de guerra contra todos aquellos que no compartan sus creencias, sus prácticas religiosas y su forma de vida en cualquier parte del mundo); o el significado la 'shahada' que el Estado Islámico utiliza como emblema, que no integra sino la profesión que constituye la adhesión a la fe musulmana ("no hay más dios que Alá y Mahoma es su profeta"), primero de los pilares del Islam. También sucede con la concepción sobre la muerte, como misericordia de Dios, la posibilidad constante de la muerte, la necesidad de estar preparado, el acceso a la última vida (ajira), tras la muerte; lo que en modo alguno precisa que esa muerte sea violenta.

3. Excluida la alternativa de la humillación a las víctimas de los delitos de terrorismo, nunca afirmada ni imputada, resta analizar pues, la primera disyuntiva del art. 578, que sanciona el enaltecimiento o la justificación pública de los delitos comprendidos en los artículos 572 a 577 o de quienes hayan participado en su ejecución.

Los elementos que conforman el delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo, concorde pacífica jurisprudencia, son los siguientes:

1º La existencia de unas acciones o palabras por las que se enaltece o justifica. Enaltecer equivale a ensalzar o hacer elogios, alabar las cualidades o méritos de alguien o de algo. Justificar quiere aquí decir que se hace aparecer como acciones lícitas y legítimas aquello que sólo es un comportamiento criminal.

2º El objeto de tal ensalzamiento o justificación puede ser alguno de estos dos:

a) Cualquiera de las conductas definidas como delitos de terrorismo de los arts. 572 a 577.

b) Cualquiera de las personas que hayan participado en la ejecución de tales comportamientos. Interesa decir aquí que no es necesario identificar a una o varias de tales personas. Puede cometerse también ensalzando a un colectivo de autores o copartícipes en esta clase de actos delictivos.

3º Tal acción de enaltecer o justificar ha de realizarse por cualquier medio de expresión pública o difusión, como puede ser periódico o un acto público con numerosa concurrencia y hoy día, dada la evolución tecnológica, a través de internet.

No obstante, el art. 578 CP, precisa el Tribunal Constitucional, en su sentencia 112/2016, de 20 de junio, solo "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**".

4. Cuando se redactó el art. 5 el Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (STCE nº 196), provocación pública para cometer delitos terroristas (definido como la difusión o cualquier otra forma de puesta a disposición del público de mensajes con la intención de incitar a cometer delitos terroristas, cuando





ese comportamiento, ya preconice directamente o no la comisión de delitos terroristas, cree peligro de que se puedan cometer uno o varios delitos), indica su informe explicativo que se tuvo en consideración la opinión de la Asamblea parlamentaria y del Comisario de los Derechos del Hombre, que sugirieron que dicha norma abarcara "la difusión de mensajes de elogio del autor de un atentado, el denigramiento de las víctimas, la llamada a financiar organizaciones terroristas u otros comportamientos similares" que pudieran constituir actos de incitación indirecta a la violencia terrorista.

También refiere que se deja a los Estados un cierto margen de discrecionalidad en la definición de la infracción, si bien ejemplifica indicando que **la presentación de una infracción terrorista como necesaria y justificada podría ser constitutiva de una infracción de incitación indirecta**. En todo caso se exige que **sea cometida ilegal e intencionadamente y que genere riesgo de la comisión de una infracción terrorista**.

De otra parte, la reciente Directiva (UE) 2017/541, aún en plazo de trasposición, igualmente tipifica en su art. 5, la provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo que conforme a su considerando 10, estos delitos "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".

Ciertamente también exige que la norma europea que conlleve el riesgo (que hemos de entender no concreto sino de aptitud) de que puedan cometerse actos terroristas, cuya consecución en el caso del terrorismo yihadista con las técnicas de persuasión de marketing utilizadas, se plasma cada vez con más frecuencia y eficacia demostrada en las aperturas de periódicos y demás medios de información.

En ambas normas, con expresa atención a que la redacción de los comportamientos típicos que contemplaban no presentaran contradicción con los derechos a la libertad de expresión y de información.

5. Desde tales requisitos y las precisiones realizadas, tras el examen del contenido de los vídeos y fotografías referidas en el relato de hechos probados, tal como permite el art. 899 LECr y obviamente sin alterar los términos recogidos en el factum, resulta que:

Efectivamente en la mayoría de los vídeos y fotografías respecto de las incorporaciones al muro del facebook por parte del acusado referidas en el relato de hechos probados (a diferenciar especialmente del informe de la Oficina Central de Inteligencia de la Dirección de la Ertzaina que parte del 22 de julio de 2014, mientras que el factum de varias fechas después, el 3 de agosto de 2015) únicamente muestran diversas noticias donde se destaca la represión contra musulmanes en diversas partes del mundo, aunque en gran parte son referidas a Siria, donde en ningún momento menciona al ISIS ni al ISL ni al Estado Islámico (IE), sólo víctimas de abusos y bombardeos, aunque se muestra crítico con Rusia, Francia y despectivo en la publicación 11 del 10 de enero con el Presidente sirio Eusebio al que se muestra totalmente cubierto de sangre con un hacha de carnicero en la mano.

Sólo en las publicaciones 32 y 60 a las que luego aludiremos y en la última, la 63, de fecha 28 de marzo de 2016, donde se integra por un vídeo de 50 minutos que se anuncia como "la verdad del ISIS y por eso no la quieren los políticos", que resulta ser un reportaje titulado " *Islamic State. Birth of a format*", donde se desestructuran las técnicas publicitarias que utilizan y se critican sus ejecuciones y sus puestas en escena y así la publicitada de cristianos coptos de Egipto, se califica como un ejercicio lleno de sadismo como los cirujanos al servicio de Hitler. También se describen las ventajas para sus partidarios en los territorios donde se asienta y las consecuencias para sus opositores a los que se obliga a cavar su propia tumba.

Por otra parte, las alusiones que se contiene a la "buena muerte", en la publicaciones 23 y 28 del día 14 de febrero de 2016, ninguna connotación directa o indirecta a muerte violenta contienen.

En cuanto a sheikh expresamente nombrado, únicamente consta Cristobal, al dar noticia de un atentado en Irak (publicación 24, de 14 de febrero de 2016) y para desearle que recupere la salud (publicación 35, de 16 de febrero de 2016), personaje notorio, con un discurso negatorio de la dignidad de la mujer, quizás acreedor de otras tipologías, pero que en relación con la ahora analizada, resulta de difícil conexión cuando es uno los imanes de la "incredulidad", a los que el ISIS en anuncio por diversos canales, manda matar por respaldar la campaña de los "Cruzados contra la Estado islámico".

Por contra, sí existen algunos documentos incorporados que incitan al odio, como es la publicación 15, del 4 de febrero de 2016, llamando a proclamar que Dios es grande a todos a los que odien a los judíos; y la publicación 17, del 6 de febrero de 2016, fotografía de personas autoflagelándose y un rostro y un letrero sobreimpresos "Nosotros los repudiamos ante Allah. Nos distanciamos de este dicho ante Allah. No son nuestros hermanos. Son los hermanos de Satanás", donde el recurrente añade "para el que quiera saber quien son los malditos chiyis". También en el documento 60, de 20 de marzo de 2016, se contiene una equiparación entre judíos y combatientes en el camino de Satanás.





Otros vídeos, presentan actos violentos, como es el caso de la publicación 21, de 10 de febrero de 2016, y la publicación 27, de 14 de febrero de 2016; en la primera, un ataque coordinado de varias personas con el rostro cubierto empleando cócteles molotovs a una tanqueta aparentemente policial, la que incendian totalmente con sus ocupantes dentro, sin indicación alguna sobre lugar e intervinientes, aunque aparece grabada en la calle en que suceden los hechos un letrero de información para los viandantes con indicaciones que parecen escritas en kurdo, si bien se insta a darle al "me gusta"; y el segundo, donde varias personas con armas blancas atacan a otra acorralada contra la pared, también sin indicación alguna, salvo la expresión en árabe, "no hay más fuerza que el de Alá".

También, en ocasiones, aunque a partir del lamento por el sufrimiento de concretos episodios, invoca la necesidad de la lucha o incluso la potencial derivación al terrorismo:

i) Publicación 16, del 4 de febrero de 2016, vídeo de la alocución de un sheik, donde en directa referencia a Sham (Siria), alude a 40.000 musulmanes encerrados muriéndose de hambre; e indica que como gentes de la sunna van a seguir luchando y no van a morir de hambre. Al pie de la carátula vídeo, tras la indicación de su incorporación, escrito en árabe, aparece la leyenda "Sheik en una de las mezquitas de Gaza explota por el terror que están pasando en Siria. Qué grande eres Sheik".

ii) Publicación 51, del 8 de marzo de 2016, donde con la publicación de "otro vídeo de la humillación de la sunna", en cárceles del Líbano, añade el recurrente, "como torturan a los musulmanes sunís y luego les llaman terroristas...les hacen serlo".

Pero si hasta aquí, podíamos encontrarnos ante una situación de ambigüedad, restan otro conjunto de documentos incorporados a su muro, donde la justificación y más ocasionalmente el enaltecimiento del terrorismo, resultan nítidamente expresados a la vez que determinan un sofisticado corolario de los vídeos y fotografías antes aportados, que pese a su aparente neutralidad, se revelan en esta ponderación conjunta como meramente preparatorios de esta culminación justificativa:

i) Publicación 18, del 9 de febrero de 2016, de un vídeo con el comentario adicionado por el recurrente: "El mejor *nasheed* del yihad. Allah nos hará ganar y no perder", elaborado con un lenguaje fílmico prototípico de identificación del héroe. En el texto se alude a levantar las banderas de la yihad si intimidan a nuestro pueblo bajo el gatillo, momento en que en la imagen dibujada es un jinete sobre un caballo rampante, de fondo, la luna llena y en su mano, una bandera negra con la sahada; sigue el texto que incorpora entre otras, esta estrofa reiterada: *Quiero que seáis como el relámpago, como el rayo, dispararlos con las flechas, matadlos, matadlos, da igual donde sea, inundados en la sangre.* Y sigue: *Bombardead hoy, hay una montaña que se llama Hamás, somos un número mundial, nos vamos a liberar a Gaza con la espada, no habrá paz ni recaída. Nos quieren humillar por Dios, cortad con ellos como hace tiempo, les metemos miedo y les humillamos como a todos nuestros enemigos.*

ii) Publicación 32, del 16 de febrero de 2016, donde con la adición de otro vídeo sobre muertes de niños y mujeres en Siria, escribe el propio recurrente: "Estamos en la guerra Santa la tercera guerra mundial contra el Islam 80 países contra un Estado: Iraq y sería (Siria)".

iii) Publicación 60, del 20 de marzo de 2016, donde publica un *nasheed*, con el explícito título del *Nasheed islámico perfecto - Estado Islámico, tortura y aleja*; y un subtítulo: " *Si no eres un muyahidín que lucha por el camino de Dios no seas un judío que lucha en el camino de Satanás.* En los créditos del video: *Producido por Abu Sarin El Adnani. Estado Islámico. Dawa Salafia.* Así como la indicación de varias páginas de internet para poder visionarla si eliminaran la inicialmente indicada. En el texto del *nasheed*, invocación al terror como profeta propio, una llamada a invadir los campos de batalla, a que los enemigos (la religión de los infieles y la coalición militar) saboreen la punta de la flecha, a expandir el terror y el pánico.

iv) Además de la reproducción de vídeos y fotografías relacionados con la yihad obtenidas de internet, existe una aportación personal de elaboración propia del recurrente, de especial significación: la publicación 22, de 10 de febrero de 2016, una fotografía de él mismo, cubierta la cabeza, nariz y boca, empuñando un arma corta muy similar en la forma a la empleada por un menor muyahidín Oscar en la ejecución de un ciudadano ruso y otro kazajo en el vídeo de la publicación 63. Junto a él, un amigo, simulando con los brazos vacíos apuntar con un arma larga imaginaria hacia la cámara. Gerardo al incorporarla, la tituló, en caracteres árabes: *Allah es grande, los traidores y los infieles se van a enterar. Allah nos va a hacer ganar al pueblo del kuffar.* Vocablo este que es el plural de kafir, infiel, pagano, en alusión a todo aquel que no fuere musulmán.

6. En definitiva, una deliberada justificación del Estado Islámico (EI) y de su propagación a través del terror y la guerra frente a los kuffar, los no musulmanes sunís. De manera explícita, aunque en ocasiones no sea con lenguaje verbal, sino iconográfico y fílmico también a través de *nasheed*, con el texto de los versos cantados pretendidamente líricos pero sin resquicio a duda en conjunción con las imágenes que les acompañan, sobre su significado del empleo en esta "guerra santa", del terror y de la violencia contra "los infieles", en cualquier





parte del orbe, pues además de nombrar a Rusia, Francia, Israel, Estados Unidos, Birmania, Europa entera y mostrar en los vídeos banderas de diferentes países y citar de manera innominada a 80 Estados, califica esa "guerra santa", como la tercera guerra mundial. Sin que el recurrente, se limite a la mera reiteración de contenidos circulantes en la red, sino que adiciona sus propios comentarios justificativos del contenido que expone, utiliza el plural en estos comentarios de elaboración propia: "estamos en guerra", "Allah nos va a hacer ganar"; e incluso lo incrementa con significativo contenido de elaboración propia.

No se trata pues de mera información sobre el terrorismo, tampoco resta en la mera difusión pública de sus mensajes y consignas, sino que la trasciende para en sofisticada y depurada interrelación de lenguajes iconográficos, fílmicos e inclusive pretendidamente líricos, devenir en aprobación y justificación de la guerra que mantiene el Estado Islámico y de su expansión a través del terror y las armas contra todo infiel en cualquier lugar; y de ahí su adecuada subsunción a través del art. 578 CP.

Como indica la STS 656/2007, de 17 de julio, el término *enaltecer*, según el Diccionario de la Real Academia, es sinónimo de ensalzamiento y ensalzar significa a su vez, engrandecer, exaltar, alabar. Exaltar, es elevar a alguien o a algo a gran auge o dignidad, *realzar el mérito o circunstancias de alguien*. Alabar es elogiar, *celebrar con palabras*. Se coloca así al sujeto pasivo en una posición preferente de virtud o mérito convirtiéndolo en referente y ejemplo a imitar. *El sujeto activo con su comportamiento coloca a las acciones punibles, y a sus autores como modelo otorgándoles un valor de asimilación al orden jurídico, pese a contradecirlo frontalmente*.

El otro verbo que utiliza el artículo, es *justificar*, que según el mismo Diccionario, es probar una cosa con razones convincentes o con testigos o documentos y también rectificar o hacer justo algo. En definitiva, *argumentar a favor del sujeto, disculpar sus acciones y aproximarlas o incluirlas en los actos permitidos por el ordenamiento jurídico, pese a vulnerarlo de modo directo*. Esto es, como ha dicho esta Sala, en reciente sentencia 149/2007 de 26 de febrero, hacer aparecer como acciones lícitas o legítimas aquello que solo es un comportamiento criminal, bien entendido que el objeto de ensalzamiento o justificación puede ser cualquiera de las conductas definidas como delitos de terrorismo o cualquiera de las personas que hayan participado en su ejecución y *puede cometerse también ensalzando a un colectivo de autores o copartícipes en esta clase de actos delictivos*.

Y como indica el informe de la Ertzaintza, en resumen de acontecimientos notorios, desde que el líder de Al Qaeda emitió un fatwua denominada "frente Islámico Mundial para la Yihad contra Judíos y Cruzados", donde afirmaba la situación de guerra contra el Islam, la obligación del ejercicio de la acción individualizada en esa guerra, por parte de cualquier musulmán en cualquier lugar que se encontrara, ha sido el sustento de la ideología que conduce a la acción de activistas solitarios; ideología asumida por el denominado Estado Islámico (EI), que inicialmente comprendería territorios de Siria e Irak. Adicionando a su vez un programa de favorecimiento de la peregrinación a este territorio de simpatizantes para engrosar las filas del EI, para culminar en un segundo estadio donde el objetivo compartido sería actuar en las propias zonas de residencia atentado contra policías, afines o contra cualquier ciudadano occidental. A cuyo fin, la estrategia de adoctrinamiento, preferentemente a través de las redes sociales, se configuró desde postulados propios de un marketing capitalista a la manera de la promoción de un nuevo producto: genera en el individuo la necesidad de 'adquirir' (asumir) el producto (el deber de individual de actuar en Occidente).

Marketing, que informa la Policía autonómica, observa con frecuencia, aplicado en las cuatro etapas que describe la sentencia de instancia: 1) victimismo (el musulmán es una víctima); 2) culpabilización (identificación de grupos responsables); 3) solución ¿soy buen musulmán? ¿qué debo hacer?; y 4) activismo (justificación de la violencia).

En autos, además de la mera reproducción de concretos sucesos presentando a los musulmanes como víctimas, concretas manifestaciones de odio contra diversos colectivos religiosos, o exposición de actos violentos donde triunfaba la guerrilla urbana con empleos de cócteles molotov, en las referidas publicaciones 18, 22, 32 y 60, ya de manera expresa y potenciando al contenido previo, existe una celebración del terror y de la violencia como forma de operar del Estado Islámico y por ende de sus integrantes, frente a judíos, chiíes y todo aquél que no sea musulmán suní y una inequívoca justificación de su expansión contra los 'infieles', que colman el comportamiento típico del art. 578, no solo ya por la incitación indirecta que conllevan, sino por el potencial riesgo que para la comisión de delitos terroristas, dada la eficacia de este método yihadista en indeterminados recipiendarios individuales, como resulta de la experiencia de diversos atentados atribuidos con acuñada expresión periodística a "lobos solitarios".

QUINTO.- El segundo y último motivo que formula el recurrente es infracción de precepto constitucional, al amparo de los arts. 852 LECr y 5.4º LOPJ, por vulneración del derecho a libertad de pensamiento y de expresión de los arts. 16.1 y 20 CE.

1. Argumenta que se han estimado como actos constitutivos de delito de naturaleza terrorista, lo que en realidad suponen un mero ejercicio por su parte de tales Derechos Fundamentales; y pone de ejemplo a Francia





que permite un análisis y un debate de esta materia desde distintos puntos de vista, de una forma pública y notoria, lo que permite que los ciudadanos interesados puedan adoptar una posición crítica de la realidad; lo que conecta con que el Consejo Constitucional Francés haya rechazado que se pueda tipificar como delito la consulta de páginas de contenido yihadista.

2. Efectivamente, debe ponderarse con cautelosa valoración para determinar si a pesar de tratarse de tonos hostiles e incluso de la defensa de objetivos contrarios al orden legal y constitucional establecidos, no pudieran ser entendidos los mensajes o manifestaciones proferidas como defensa de actitudes violentas en la consecución de esos objetivos (STEDH de 11 de diciembre de 2007, *Kara Koyun y Taranc. Turquía*). Como señala la STS 812/2011, de 21 de julio, por remisión a la STS 31/2011, de 2 de febrero: en esta clase de delitos es importante no sólo el tenor literal de las palabras pronunciadas, sino también el sentido o la intención con que hayan sido utilizadas, su contexto, las circunstancias concomitantes, pues es evidente que el lenguaje admite ordinariamente interpretaciones diversas y, a los efectos de establecer la responsabilidad por un delito de esta naturaleza, es preciso determinar con claridad en cuál de los posibles significados ha sido utilizado en cada concreta ocasión.

También las SSTS 206/2017, de 28 de marzo o la 846/2015, de 30 de diciembre, con cita de la 224/2010, de 3 de marzo y 585/2007, de 20 de junio, resaltan la necesidad de un análisis particularmente riguroso, de las concretas circunstancias en las que el acto humillante, hostil o vejatorio se produce, las frases y/o acciones en que se materializa, y su ocasión y escenario a fin de una ponderación equilibrada.

De manera más específica la STS 224/2010, de 3 de marzo, precisa: *el tipo penal de la exaltación/justificación en la doble modalidad del crimen o de sus autores, en la medida que constituye una figura que desborda la apología clásica del art. 18, puede adentrarse en la zona delicada de la sanción de opiniones, por deleznable que puedan ser consideradas, y, lo que es más delicado, pueden entrar en conflicto con derechos de rango constitucional como son los derechos de libertad ideológica y de opinión, reconocidos, respectivamente en los arts. 16-1º y 20-1ª) de la Constitución .*

Es por ello que reconociendo la tensión que existe entre este delito y el derecho a la libre expresión de ideas y libertad ideológica, (como expresamente se reconoce en la sentencia de esta Sala 585/2007 de 20 de Junio), la labor judicial, como actividad individualizada que es en un riguroso análisis, caso por caso, habrá de examinar tanto las concretas frases o expresiones producidas así como la ocasión y el escenario en el que fueron pronunciadas y, en fin, todas las circunstancias concurrentes, para determinar si está dentro del ámbito del tipo penal o extramuros de él, sin olvidar que el principio favor libertatis debe jugar, necesariamente en los casos de duda, ante la naturaleza constitucional de los derechos de libertad de expresión e ideológica que podrían quedar afectados por el tipo penal, derechos que constituyen una de las más acusadas señas de identidad de la Sociedad Democrática.

(...)el delito de exaltación/justificación del terrorismo o sus autores se sitúa extramuros del delito de la apología clásica del art. 18 CP , pero sin invadir ni cercenar el derecho de libertad de expresión. Zona intermedia que, como ya hemos dicho, debe concretarse cuidadosamente caso a caso.

3. La jurisprudencia del TC, manifestada en sus sentencias 214/1991, de 11 de noviembre y 235/2007, de 7 de noviembre, precisa el contenido de esa zona intermedia y excluye del ámbito de protección de las libertades del art. 20 CE: el discurso del odio, aquellos mensajes de contenido racista o xenófobo, que incitan a la xenofobia, al odio racial y, en general, a la denigración y la violencia contra determinados colectivos, exclusión que vinculan a la idea de la dignidad humana, y de la igualdad, en seguimiento de la jurisprudencia del TEDH.

Así, la STC 235/2007, de 7 de noviembre precisa que *el reconocimiento constitucional de la dignidad humana configura el marco dentro del cual ha de desarrollarse el ejercicio de los derechos fundamentales y en su virtud carece de cobertura constitucional la apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos cuando ello suponga una humillación de sus víctimas (STC 176/1995, de 11 de diciembre , FJ 5). Igualmente, hemos reconocido que atentan también contra este núcleo irreductible de valores esenciales de nuestro sistema constitucional los juicios ofensivos contra el pueblo judío que, emitidos al hilo de posturas que niegan la evidencia del genocidio nazi, suponen una incitación racista (SSTC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 8 ; 13/2001, de 29 de enero , FJ 7). Estos límites coinciden, en lo esencial, con los que ha reconocido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en aplicación del apartado segundo del art. 10 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH). En concreto, viene considerando (por todas, Sentencia Ergogdu e Ince c. Turquía, de 8 de julio de 1999) que la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado "discurso del odio", esto es, a aquél desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular. En este punto, sirve de referencia interpretativa del Convenio la Recomendación núm. R (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 30 de octubre de 1997, que insta a los Estados a actuar contra todas las formas de expresión que propagan, incitan o promueven el*





odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia (SSTEDH Gündüz c. Turquía de 4 de diciembre de 2003, § 41 ; Erbakan c. Turquía, de 6 de julio de 2006).

De igual modo, la STC 112/2016, expresamente referida a un delito de enaltecimiento de terrorismo, siguiendo la línea ya descrita en las SSTC 177/2015, 22 de julio y 136/1999, de 20 de julio, precisa: (...) *no cabe considerar ejercicio legítimo de las libertades de expresión e información a los mensajes que incorporen amenazas o intimidaciones a los ciudadanos o a los electores, ya que como es evidente con ellos ni se respeta la libertad de los demás, ni se contribuye a la formación de una opinión pública que merezca el calificativo de 'libre' (FJ 15). Del mismo modo, la utilización de símbolos, mensajes o elementos que representen o se identifiquen con la exclusión política, social o cultural, deja de ser una simple manifestación ideológica para convertirse en un acto cooperador con la intolerancia excluyente, por lo que no puede encontrar cobertura en la libertad de expresión, cuya finalidad es contribuir a la formación de una opinión pública libre" (FJ 4). Y, además, que "[es] obvio que las manifestaciones más toscas del denominado 'discurso del odio' son las que se proyectan sobre las condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas. Pero lo cierto es que el discurso fóbico ofrece también otras vertientes, siendo una de ellas, indudablemente, la que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no compartan el ideario de los intolerantes (FJ 4).*

(...) *con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el particular-, hay que concluir que la sanción penal de las conductas de enaltecimiento del terrorismo sancionadas en el art. 578 -"el enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código [delitos de terrorismo] o de quienes hayan participado en su ejecución"- 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.*

Para concluir que **el elemento determinante delimitador de la constitucionalidad, de que la conducta desarrollada por el recurrente pudiera ser considerada una manifestación del discurso del odio, que incitaba a la violencia.**

4. Por su parte la STS 206/2017, de 18 de marzo cita la 4/2017, de 18 de enero, donde se recuerda que el bien jurídico tutelado en el art. 578 CP, protegido, ha sido descrito en la STS 812/2011, 21 de julio, como "... la interdicción de lo que las SSTEDH de 8 de julio de 1999, *Sürek c Turquía*, 4 de diciembre de 2003, *Müslüm c Turquía* -y también nuestro Tribunal Constitucional STC 235/2007 de 7 de noviembre- califican como el discurso del odio, es decir la alabanza o justificación de acciones terroristas, que no cabe incluirlo dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de exposición o ideológica en la medida que el terrorismo constituye la más grave vulneración de los Derechos Humanos de aquella comunidad que lo sufre, porque el discurso del terrorismo se basa en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y en definitiva en el aterrorizamiento (sic) colectivo como medio de conseguir esas finalidades". En el mismo sentido se había pronunciado la STS 299/2011, 25 de abril.

5. El art. 17 CEDH prohíbe el abuso del derecho:

Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrán ser interpretadas en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo.

Así, el art. 17 del CEDH, es aplicado por el TEDH cuando se invoca el derecho a la libertad de expresión por quienes pretenden mantener la viabilidad de actos encaminados a la destrucción de los derechos y libertades enunciados en el Convenio (*Glimmerveen y otros c. Países Bajos*, decisión de la Comisión de 11 de octubre de 1979; *Remer c. Alemania*, decisión de la Comisión de 6 de septiembre de 1995; *Marais c. Francia*, decisión de la Comisión de 24 de abril de 1996; *Lehideux e Isorni c. Francia*, sentencia de 23 septiembre 1998; *Garaudy c. Francia* (dec.), de 24 de junio de 2003 , *Norwood c. Reino Unido* (dec.), de 16 noviembre 2004; *Witzsch c. Alemania* (dec.), de 13 diciembre 2005).

En el caso *Norwood c. Reino Unido*, decisión de inadmisión de 16 de noviembre de 2004, donde el demandante (que había sido condenado a multa de 300 libras esterlinas como autor de un delito consistente en exponer, con hostilidad hacia un grupo racial o religiosa, cualquier escrito, signo u otra representación que aparente un carácter amenazante, ofensivo o injurioso, susceptible de llevar a una persona a sentirse acosada, alarmada, o angustiada), alegaba que la libertad de expresión incluye no sólo lo que es inofensivo, sino también lo que es irritante, polémico, excéntrico, herético, de mal gusto y provocativo, siempre y cuando no haya una incitación a la violencia; afirmaba que la crítica de la religión no se puede equiparar a un ataque contra sus seguidores y añadía que vivía en una zona rural que no es propensa a grandes tensiones raciales y religiosas, y no se ha





demostrado que un solo musulmán hubiera visto el cartel. Este cartel de 60 cm x 38 cm, era una fotografía de las torres gemelas en llamas con las palabras "Islam, ¡fuera! - Protejamos al pueblo británico" y el símbolo de la media luna y la estrella reproducidas en una señal de prohibición.

El Tribunal ratificó que las palabras y las imágenes en el cartel eran la expresión pública de un ataque contra todos los musulmanes en el Reino Unido. Un ataque tan vehemente, con carácter indiscriminado, contra todo un grupo religioso, que establecer un lazo entre esa comunidad y un acto terrorista tan grave, es contrario a los valores proclamados y garantizados por el Convenio, en particular la tolerancia, la paz social y la no discriminación. El hecho del demandante de colgar el cartel en su ventana, revela un acto que se enmarca en el artículo 17 y por tanto no puede beneficiarse de la protección de los artículos 10 y 14.

Recuerda el Tribunal que "el art. 17 considera los grupos a los individuos y tiene por finalidad ponerles en la imposibilidad de sacar del Convenio un derecho que les permita realizar una actividad o realizar actos tendentes a la destrucción de libertades y derechos reconocidos en el Convenio; así como que nadie pueda prevalerse de las disposiciones del Convenio para realizar actos tendentes a la destrucción de derechos y libertades" (*Lawless c. Irlanda*, sentencia de 1 de julio de 1961, § 7).

Si en *Norwood*, se trataba de un caso de islamofobia, en *Leroy contra Francia*, sentencia de 2 de octubre de 2008, el Tribunal examina una condena por complicidad de apología del terrorismo al dibujante y al director de la publicación, el semanario vasco francés *Ekaizta* "política de izquierda, abertzale, publicado todos los jueves", por apología; el dibujo, publicado el 13 de septiembre de 2001, dos días después del atentado a las torres gemelas del World Trade Center, simbolizaba dicho atentado (cuatro inmuebles de gran altura que se colapsan en una nube de polvo tras haber sido percutidas por dos aviones) con una leyenda que parodiaba el eslogan publicitario de una reconocida marca: "todos nosotros lo habíamos soñado... Hamás lo ha hecho".

Aun cuando el Tribunal rechaza, como pretendía el Gobierno francés, que fuere subsumible la cuestión debatida en el art. 17 CEDH, atiende a varias consideraciones significativas:

- Analiza si responde la injerencia (la condena) a "necesidades de la sociedad democrática", afirmando que los Estados deben guardar un justo equilibrio entre sus obligaciones respecto de los derechos fundamentales y su deber de luchar contra el terrorismo.
- Examina el dibujo en conjunto con el texto que lo acompaña y concluye que la obra no critica el imperialismo americano, sino que apoya y glorifica su destrucción por medio de la violencia,
- Pese a que el dibujo procedía de una sátira, forma de creación artística que por su naturaleza trata de provocar y promover la agitación, ello no exime al creador de "sus deberes y responsabilidades".
- La caricatura tomó una amplitud en las circunstancias del caso que el dibujante no podía ignorar. Dos días después de los atentados, cuando el mundo entero estaba en estado de shock, sin que tomara precauciones en su expresión frente a la tragedia del suceso, ya lo considerara desde el punto de vista artístico o periodístico.
- Además del impacto de tal mensaje en una región políticamente sensible, que entrañó reacciones (adhesiones y críticas que fueron publicadas en el siguiente número) que podían avivar la violencia, demostrando su impacto plausible sobre el orden público de la región.
- Destaca que ha sido sancionado al pago de una multa moderada.

Por lo que concluye que la sanción impuesta responde a motivos "pertinentes y suficientes" y era proporcional a la finalidad legítima perseguida.

6. Destaca de manera inteligente la doctrina, que en esta ocasión el TEDH, en el asunto *Leroy*, no exige la presencia de un riesgo cierto o de un peligro creíble de que se cometieran nuevos atentados terroristas que pudiera derivarse de la expresión en atención a las circunstancias del caso, a salvo la consideración de que "ocasionó reacciones que podían avivar la violencia" en una región potencialmente sensible como era el País Vasco, en referencia al apoyo de la redacción de la revista y alusión al número de correos recibidos con motivo del dibujo.

Pero, ello deriva de la propia naturaleza y métodos de este específico terrorismo internacional, de corte yihadista, así como de su eficacia acreditada en destinatarios individuales que con muy diversos grados de conexión, en ocasiones apenas inexistentes, realizan graves atentados; como indica el Preámbulo de la LO 2/2015, "se caracteriza por su vocación de expansión internacional, a través de líderes carismáticos que difunden sus mensajes y consignas por medio de internet y, especialmente, mediante el uso de redes sociales, haciendo público un mensaje de extrema crueldad que pretende provocar terror en la población o en parte de ella y realizando un llamamiento a sus adeptos de todo el mundo para que cometan atentados. Los





destinatarios de estos mensajes pueden ser individuos que, tras su radicalización y adoctrinamiento, intenten perpetrar ataques contra los objetivos señalados, incluyendo atentados suicidas".

En definitiva, el ámbito o teatro de operaciones de este terrorismo, no se circunscribe geográficamente a una región, sino que se extiende por todo el orbe y los atentados con resultados mortales plurales no son extraños en ningún continente; pero además, la potencialidad para incitar a su comisión a través de meros mensajes genéricos, resulta acreditada. De ahí, el peligro creíble.

En esa fecha ya estaba en vigor el Convenio para la prevención del terrorismo donde el informe explicativo (§ 100) precisaba que el aspecto significativo de la naturaleza creíble del riesgo debía ser tomada en consideración "conforme a las condiciones establecidas por el derecho interno"; margen de discrecionalidad interna que permite entender ampliamente cumplimentado este riesgo cuando concurre la aptitud para determinar la comisión de un delito terrorista, que en el caso del terrorismo yihadista, su justificación a través de las referidas técnicas de marketing, ha demostrado su eficacia.

7. Consecuentemente, la justificación pública como la examinada en autos, a través de redes sociales de la guerra del Estado Islámico y su expansión individualizada por todo el orbe, contra todo no musulmán suní, en un contexto donde en nombre de quien sustenta esa guerra, como prolongación de la misma, se producen con relativa frecuencia atentados con resultado mortal en los más diversos lugares del orbe, próximos y lejanos, elaborados con técnicas psicológicas propias del marketing más eficaz, de conformidad con la doctrina del TEDH, TC y de esta propia Sala Segunda, no puede encontrar amparo en los derechos invocados. Incitación indirecta y riesgo o peligro de aptitud (abstracto-concreto) de comisión de infracción terrorista, por el contenido públicamente expuesto por el recurrente, conforme hemos desarrollado en los fundamentos anteriores, resultan evidenciados.

Como expresaba el Preámbulo de la LO 7/2000, en relación a esta tipología, las acciones que aquí se penalizan, con independencia de lo dispuesto en el artículo 18 del propio Código, constituyen no sólo un refuerzo y apoyo a actuaciones criminales muy graves y a la sostenibilidad y perdurabilidad de las mismas, sino también *otra manifestación muy notoria de cómo por vías diversas generará el terror colectivo para hacer avanzar los fines terroristas*. No se trata, con toda evidencia, de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, por más que éstas se alejen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional, ni, menos aún, de prohibir la expresión de opiniones subjetivas sobre acontecimientos históricos o de actualidad.

Al contrario, se trata de algo tan sencillo como perseguir la exaltación de los métodos terroristas o de sus autores o del colectivo que los desarrolla, radicalmente ilegítimos desde cualquier perspectiva constitucional.

8. En cuanto a las decisiones jurisdiccionales francesas, no compete a esta Sala el examen de la aplicación del derecho francés, pero en aras de las alegaciones del recurrente, sirva precisar que la Decisión del Consejo constitucional francés nº 2016-611, de 10 de febrero de 2017, efectivamente declaró inconstitucional el art. 421-2-5-2 de su CP, que sancionaba el hecho de consultar habitualmente a un servicio público de comunicación en línea, que ponga a disposición mensajes, imágenes o representaciones, que provoquen directamente la comisión de actos de terrorismo o que hagan apología de tales actos, cuando a este fin, este servicio incluye imágenes o representaciones mostrando la comisión de dichos actos consistentes en atentados voluntarios a la vida; y ello porque no se exigía una voluntad terrorista y tampoco siquiera prueba de que esta consulta se acompañara de una manifestación de adhesión a la ideología expresada en esos servicios. En su consecuencia, la Ley de 28 de febrero de 2017, se adicionó al texto anterior, la precisión de que la consulta careciera de motivo legítimo y la exigencia de la consulta, se acompañara de una manifestación de adhesión a la ideología expresada en esos servicios.

Además, el Código penal francés castiga hasta con cinco años de prisión (siete si se cometen vía internet), hacer públicamente apología de actos de terrorismo (art. 421-2-5); 'apología' que resulta coincidente con nuestra justificación o enaltecimiento, pues es definida como la comunicación pública que presenta o comenta favorablemente o justifica actos terroristas -o a quienes los cometen- (Circular de 12 de enero de 2015 de la Ministra de Justicia).

La conducta del recurrente, resultaría igualmente subsumida en dichos tipos penales.

9. En definitiva, se desestima el motivo.

SEXTO.- Como consecuencia de la parcial estimación del primer motivo, se declaran de oficio las costas causadas (art. 901 LECr).

FALLO

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





DECLARAR HABER LUGAR al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la representación procesal de Gerardo , contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el 30 de noviembre de 2016 por autoadoctrinamiento y por enaltecimiento de terrorismo; CASANDO Y ANULANDO la misma, con declaración de oficio las costas del recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes y la que seguidamente se dicta e insértese en la colección legislativa. Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Alberto Jorge Barreiro **Andrés Palomo** Del **Arco** Juan Saavedra Ruiz

RECURSO CASACION (P) núm.: **10778/2016** P

Ponente: Excmo. Sr. D. **Andrés Palomo** Del **Arco**

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Alberto Jorge Barreiro

D. **Andrés Palomo** Del **Arco**

D. Juan Saavedra Ruiz

En Madrid, a 17 de mayo de 2017.

Esta sala ha visto la causa seguida por la Sección Tercera, Sala Penal de la Audiencia Nacional, Rollo de Sala núm. 18/2006 y origen en el procedimiento abreviado núm 14/2016, proveniente del Juzgado Central de Instrucción núm. 3, que condenó por sentencia de fecha 30 de noviembre de 2016 a Gerardo por delito de adoctrinamiento con finalidad terrorista y que ha sido casada y anulada parcialmente por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Andrés Palomo** Del **Arco**.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y dan por reproducidos los hechos declarados probados en la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De conformidad con los razonamientos contenidos en los fundamentos jurídicos de la sentencia casacional, debemos absolver al acusado del delito de autoadoctrinamiento del art. 575.2 del Código Penal y condenarle por delito de justificación del terrorismo del art. 578 del Código Penal.

En cuanto a la individualización de la pena, si bien este delito, cometido a través de internet, resulta conminado con pena de prisión de dos a tres años y multa de quince a dieciocho meses, mientras que el adoctrinamiento resulta conminado con pena de prisión de dos a cinco años, la Audiencia argumenta que la pena impuesta deriva de la limitación a que el principio acusatorio obliga, dada la petición del Ministerio Fiscal; lo que impide una aminoración punitiva correlativa en proporción a la prevista abstractamente en cada tipo.

Por ello, habrá que estar a las circunstancias personales del delincuente, que en este caso corresponden a criterios criminológicos habituales en relación al tipo sancionado; y a la mayor o menor gravedad del hecho, que dado que resulta aplicado el tipo agravado de su comisión por la red, pero sin que conste un especial o masivo seguimiento, procede imponer la pena próxima a su umbral mínimo; dos años y dos meses de prisión, y multa aunque no solicitada, deviene necesaria por su previsión en el tipo de dieciséis meses, con una cuota





diaria de cinco euros, pues su actividad laboral no presentaba continuidad aunque las fotografías propias que incorporaba a su página de facebook denotaban una situación alejada de la indigencia.

Si bien en observancia de la *reformatio in peius*, la responsabilidad personal para caso de impago de la multa, debe ser limitada a cuatro meses, pues en otro caso, resultaría mayor pena que la interesada por el Ministerio Fiscal y la impuesta en la Audiencia.

Ello con el mantenimiento íntegro del resto de los pronunciamientos contenidos en la sentencia de instancia; incluidas las costas, pues la acusación por uno y otro delito se había formulado de manera alternativa, no conjunta.

FALLO

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

1.- **Absolver** libremente al acusado Gerardo del **delito de autoadoctrinamiento** con finalidad terrorista de que venía acusado.

2. **Condenar** a Gerardo como autor de un **delito enaltecimiento y justificación del terrorismo**, agravado por el uso de tecnologías de la comunicación, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de 2 años y 2 meses de prisión y multa de 16 meses con una cuota diaria de cinco euros con responsabilidad personal subsidiaria para caso de impago de un día de prisión por cada dos cuotas no satisfechas sin que en ningún caso pueda sobrepasar esta responsabilidad subsidiaria, los cuatro meses de prisión, e inhabilitación absoluta por 9 años, sustituyéndose la pena privativa de libertad, una vez cumplidas las dos terceras partes de la misma, por la expulsión de Gerardo por seis años del territorio español, así como a la medida de libertad vigilada, una vez obtenga la libertad si regresare a España, por periodo de 5 años.

Todo ello con expresa imposición del pago de las costas procesales causadas en el procedimiento.

Para el cumplimiento de la pena principal que se impone en esta resolución, le será de abono todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa, si no lo tuviera absorbido en otra.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Alberto Jorge Barreiro **Andrés Palomo** Del **Arco** Juan Saavedra Ruiz

