

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 11 de junio de 2019 [ROJ STS 1855/2019]

CONFIRMACIÓN DE ABSOLUCIÓN POR ADOCTRINAMIENTO PASIVO

1. ¿MERA ILUSTRACIÓN O ADOCTRINAMIENTO PASIVO?

La Sección Segunda de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, dictó sentencia de fecha 2 de enero de 2018 mediante la cual absolvió a Gerónimo, Horacio y Hermenegildo de los delitos de pertenencia a organización terrorista, y de los delitos de adoctrinamiento activo y pasivo.

Los hechos probados relevantes para el caso *sub judice* consisten en la tenencia y acceso a documentos que informan sobre la doctrina del Yihad y la publicación en línea de material que deja ver su simpatía con esta ideología.

El Ministerio Fiscal apeló la mencionada sentencia al amparo del artículo 849.1 LECRIM, por falta de aplicación del art. 575.2 CP (adoctrinamiento pasivo). El recurrente sostiene que el Tribunal Supremo ha declarado en su Sentencia 354/2017, de 17 de mayo, que se incrimina un acto protopreparatorio y eventualmente un acto preparatorio de un acto preparatorio; y en cuanto al tipo objetivo, señaló que 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 ser idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista.

De la misma manera, arguye que se da el elemento objetivo de comunicación pública y asunción personal de la ideología radical del yihadismo islamista convertida en propósito de matar. Señala que Gerónimo hace pública en su perfil de Facebook su preferencia por un islamista condenado por la Audiencia Nacional; y Horacio y Hermenegildo se plantean lapidar o lanzar granadas contra los sufíes que se reúnen en Madrid. Asimismo, argumenta que de lo encontrado en sus domicilios se desprende que han dispuesto no solo de material propagandístico y de discursos incitando a la violencia, con visualización de asesinatos y de sus líderes, sino que también han hecho proyectos «quizá no muy avanzados», de causar la muerte de forma inmediata en Madrid o Irak.

Por otra parte, y antes de continuar con el estudio del presente caso, es importante recordar que el adoctrinamiento pasivo es un tipo penal de peligro con el que se pretende proteger la paz y seguridad públicas, adelantando la barrera punitiva del Estado a través del castigo de «preactos preparatorios» (CAMPO MORENO, J. C. 2015:

2. CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO PENAL DE CARÁCTER SUSTANTIVO. ABSOLUTO RESPETO POR EL RELATO FÁCTICO PROBADADO

El Tribunal Supremo recuerda que, conforme al artículo 849.1 LECRIM, motivo por el que se recurre (el cual tiene lugar cuando «dados los hechos que se declaren probados en las resoluciones comprendidas en los dos artículos anteriores, se hubiere infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley penal»), se discuten problemas relativos a la aplicación de la norma, por lo que el único debate que se permite es el de subsunción jurídica de los hechos probados. De no ser así, el derecho de defensa en casación se vería vulnerado en la medida que habría un nuevo juicio de culpabilidad sin audiencia con inmediación del procesado.

El motivo alegado, entonces, exige el más absoluto respeto por el relato fáctico declarado probado y se constituye en un presupuesto metodológico para el estudio en casación, no siendo posible apartarse del juicio histórico.

Esta consideración es importante porque, como se verá, constituye la razón fundamental del Tribunal para confirmar la sentencia recurrida.

3. EL ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO COMO REQUISITO NUCLEAR PARA DIFERENCIAR LA MERA ILUSTRACIÓN DEL ADOCTRINAMIENTO PASIVO

Establece el Tribunal Supremo que el art. 575 del CP exige la finalidad de «capacitarse» para cometer delitos de terrorismo. De la misma forma, señala la importancia de una interpretación restrictiva de estas conductas típicas para no quebrantar el derecho a la libertad ideológica y del derecho a la información.

En esa línea y teniendo en cuenta que la libertad de expresión y pensamiento deben ser preservadas en un Estado democrático, argumenta que la acción terrorista es más que la expresión de ideas. En esa lógica, sostiene que se excluyen las vías y medios violentos para la defensa de las ideas y, salvo los casos de apología al terrorismo o provocación al delito, incluso la mera expresión de ideas violentas, sin otras finalidades, no es delito.

Consciente de la importancia de estas libertades ya había señalado el Tribunal anteriormente [Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 2.ª), 354/2017,

de 17 de mayo (ROJ STS 1883:2017)) que es necesaria una acreditación externa distinta al contenido examinado, por lo que el elemento subjetivo del tipo debe acreditarse, no siendo suficiente el simple contenido de las páginas de internet consultadas o de los documentos poseídos.

Siguiendo ese orden de ideas, en la sentencia que aquí se estudia, se sostiene que el adoctrinamiento pasivo, delito por el cual se ha recurrido la sentencia, puede ser cometido, por ejemplo, mediante el acceso habitual o la posesión de contenido idóneo para incitar a la incorporación a una organización terrorista o a colaborar con ella o con sus fines; y desde el punto de vista del elemento subjetivo, exige la finalidad de capacitarse para cometer delitos de terrorismo, elemento sin el cual la conducta es atípica y queda apenas en el plano de la simple ilustración.

Este elemento subjetivo comporta una carga probatoria compleja, pues como ya había señalado el Tribunal Supremo en otra oportunidad, «lo subjetivo y personal aparece escondido en los pliegues de la conciencia» [Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 2.ª), 1511/2005, de 27 de diciembre (ROJ STS 7747:2005)], por lo que será comprobado principalmente a través de la conjunción de elementos externos que sugieran su existencia [Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 2.ª), 150/2019, de 21 de marzo (ROJ STS 934:2019)], en decir, por vía indiciaria, lo que en últimas también dependerá de la mayor o menor benevolencia de los jueces (MORENO HUERTA, J. D. 2017: «Análisis del nuevo delito de autoadoctrinamiento del artículo 575.2 del Código Penal incorporado por la Ley Orgánica 2/2015 (1)». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2017, tomo 70, Fasc/mes 1, 329-386).

A manera de guía ante esta dificultad probatoria, el Tribunal, en la sentencia STS 150/2019, de 21 de marzo, indicó que la función instrumental del conocimiento y la especificidad de su contenido, se constituyen en una base estable para evaluar la finalidad con la que se buscó la formación.

Finalmente, y logrando una mayor comprensión de este tipo penal (que no pocos problemas plantea desde el punto de vista teórico y práctico), señala que la enseñanza de la doctrina debe perseguir el alcance de la adhesión a la misma por lo que la finalidad de capacitarse envuelve la afirmación o reafirmación de esa afiliación.

4. LA *RATIO DECIDENDI* DEL TRIBUNAL SUPREMO PARA REAFIRMAR LA ABSOLUCIÓN DE LOS PROCESADOS. LA AUSENCIA DE PRUEBA SOBRE EL ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO

Arguye el Tribunal que la sentencia en el relato de los hechos probados no afirma que la posesión de los documentos se lleve a cabo para formarse o adoctrinarse. Tampoco en el *factum* se constató que la adquisición de los documentos hubiera obedecido a la finalidad de asumir esos contenidos como propios y que los acusados actuaron

con la intención de adherirse a la organización terrorista, ni que la adquisición de los documentos estuviera encaminada a la activación de su voluntad de cometer delitos de terrorismo. Además, no quedó acreditado el elemento subjetivo ni el efectivo peligro o riesgo al bien jurídico protegido por los tipos penales de terrorismo, ni se comprobó que los acusados hayan decidido pasar a la acción con la finalidad de imponer sus ideas por fuera de los cauces pacíficos.

En virtud de lo anterior, atendiendo al derecho a un juicio con todas las garantías y dentro de un correcto entendimiento del motivo casacional, señaló el Tribunal que no le corresponde revisar los presupuestos fácticos de dichos elementos subjetivos para declarar que estos concurren en el caso *sub examine*.

Finalmente, indicó que ni siquiera existe un acto protopreparatorio por lo que no cabe la revocación de la absolución sin modificación del *factum*; y en cuanto al acceso a las redes no consta que se trate de un conocimiento que los acusados expresan para que sea adquirido por ellos mismos ni por otros, por lo que su contenido no puede considerarse un acto de autoformación, lo cual es determinante pues se recurre la sentencia por falta de aplicación del tipo penal de adoctrinamiento pasivo.

Simón MORATTO

Abogado por la Universidad Externado de Colombia
Máster en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca
simonmoratto@gmail.com