

1.2 Secciones de lo Penal

1.2.1 ACTIVIDAD DE LAS SECCIONES DE LO PENAL DE LA FISCALÍA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Para una mejor comprensión, los datos estadísticos correspondientes al año 2017 de las dos Secciones de lo Penal, se presentan en dos grupos: el primero correspondiente a los asuntos ajenos a la Ley 41/2015, de 5 de octubre, y, un segundo grupo de estadística a la que denominados nueva casación.

NATURALEZA DE LOS ASUNTOS REGISTRADOS EN 2017	
TRIBUNAL SUPREMO	
Conflictos jurisdiccionales:	
– Del art. 38 LOPJ	–
– Del art. 39 LOPJ	1
– Del art. 42 LOPJ	–
– Del art. 61 LOPJ	1
SALA II DEL TRIBUNAL SUPREMO	
Casación	
Preparados por el Fiscal:	
– Interpuestos	107
– Desistidos	42
De parte:	
– Apoyados	48
– Parcialmente	50
– Inadmisión	2.352
– Impugnación	673
Quejas	
– Estimado	8
– Desestimado	235
Unificación de doctrina	
Vigilancia Penitenciaria:	
– Apoyo	–
– Impugnación	15
Menores:	
– Apoyo	–
– Impugnación	–
Revisión	
– Solicitudes de autorización e interpuestos por parte.	132

NATURALEZA DE LOS ASUNTOS REGISTRADOS EN 2017	
– Interpuestos por el Fiscal	8
– Solicitudes procedentes del Ministerio de Justicia	–
Cuestiones de competencia	332
Indultos	
– Favorables	2
– Desfavorables	73
Varios	
– Error judicial	28
– Insostenibles (A. J. Gratuita)	17
– Dictámenes en ejecución	–
– Nulidades	5
Señalamientos	
– Sin Vista	1.052
– Con Vista	37
Resoluciones	
– Autos	3.169
– Sentencias	1.008
Causas especiales competencia de la Sala II del Tribunal Supremo	
Denuncias	14
– Exposición razonada	7
– Querellas	22
– Incoadas	–
– Sentencias	–

1.2.2 RECURSOS INTERPUESTOS Y/O IMPUGNADOS POR LAS DOS SECCIONES DE LO PENAL

Se trata de resaltar algunos de los recursos y/o causas especiales que han sido objeto de trabajo por ambas secciones, atendiendo no sólo a su dificultad, si no también, a su proyección social por uno u otros motivos.

Sin duda alguna ha de significarse la instrucción de la causa contra el proceso secesionista de Cataluña. Difícil, compleja y laboriosa instrucción que tiene una relevancia incuestionable, y respecto a la que, en esta Memoria, no puede aún, darse cuenta. Sin embargo, sus características, por razones obvias, merece al menos, el reconocimiento a una gran labor de los compañeros que la están llevando a cabo. Entrega, profesionalidad, estudio y dedicación, califica su trabajo.

Durante el año 2017, cabe resaltar entre los casos penales más relevantes, al margen de las actuaciones llevadas a cabo contra el proceso secesionista de Cataluña (Consulta 9N y Referéndum ilegal del 1 O), los siguientes:

Caso Noos: en fecha 3 julio 2017, se interpuso recurso de casación contra la sentencia n.º 13/2017, de 17 febrero, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Baleares dictada en el procedimiento abreviado 58/2015, dimanante de las Diligencias Previas 2677/2008, Pieza Separada 25 del Juzgado de Instrucción n.º 3 de Palma de Mallorca. El recurso se articuló en siete motivos, todos ellos amparados en el art. 849.1.º LECrim. El primero, por indebida aplicación del art. 432.2 CP vigente al tiempo de ocurrir los hechos, por no aplicarse el subtipo agravado de especial gravedad a pesar de que la cuantía de lo malversado alcanzó la cantidad de 445.000 y 175.000, respectivamente. Se reclamó la imposición de una pena de cuatro a ocho años de prisión. En el segundo, por inaplicación del art. 432.1 y 2 y 74 CP al no apreciarse el carácter de delito continuado y centrar la condena por malversación solo por los hechos del año 2006. El tercero, por aplicación indebida del art. 70.1 2.º CP en relación con la concreta individualización de la pena de dos condenados. El cuarto, por inaplicación indebida del art. 429 CP en cuanto a la pena de multa. El quinto, por aplicación indebida del art. 65.3 CP en relación con el delito del art. 436 CP. El sexto, por inaplicación indebida de los arts. 404 y 74 CP. Y, por último, el séptimo por inaplicación indebida del art. 390.1.2.º CP. Este recurso solicita, en cuanto al principal condenado, Sr. Urdangarin, que fue condenado en la instancia a un total de 9 años y 10 meses de prisión por los delitos de prevaricación, malversación, tráfico de influencias, fraude y dos delitos fiscales, que se eleven las penas de prisión en 3 años y 7 meses.

Caso Gürtel. Rama valenciana. En fecha 8 noviembre 2017 se emitió informe firmado por el Excmo. Sr. Fiscal de Sala del Tribunal Supremo, D. Javier Zaragoza Aguado, en el que se impugnaban todos los motivos de los recursos de los once condenados por sentencia de 8 febrero 2017 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma Valenciana, por los delitos de asociación ilícita, tráfico de influencias, prevaricación administrativa, malversación de caudales públicos, falsedad documental y cohecho.

Caso Afinsa. Estafa filatélica. Resuelto en STS -2.ª- 749/2017, de 21 noviembre, condenatoria. Macroproceso. Contratos de compraventa de sellos a un precio muy superior al valor que pudieran alcanzar en el mercado. Se aseguraba al cliente la posibilidad de recomprar

los mismos sellos al menos al mismo precio y una revalorización determinada, que era independiente de la que los sellos concretos experimentarían en el mercado. Concurso entre las distintas infracciones. Concurso ideal entre estafa e insolvencia y concurso medial entre aquellos y el delito de falsedad en cuentas anuales. Delito de blanqueo de capitales. Delito fiscal.

Caso Lista Falciani. Resuelto por STS 116/2017, de 23 febrero, en la que no se considera prueba ilícita la revelación del secreto bancario para descubrir delitos realizada por empleado de la banca suiza, al no ser empleado público, no realizarse en el curso de una investigación oficial y no tener como objetivo su incorporación a un procedimiento judicial. No son prueba ilícita los archivos informáticos sustraídos por un empleado de la Banca suiza, quebrando el secreto bancario, con datos fiscales de contribuyentes españoles que no declararon sus ingresos a la Hacienda Pública.

Caso Messi. Resuelto en casación con condena por delitos fiscales en STS 374/2017, de 24 mayo. Elemento objetivo: Elusión del pago del IRPF por ingresos de explotación de derechos de imagen cedidos, mediante simulación contractual, a sociedades radicadas en paraísos fiscales. Entramado «offshore» con el que se defrauda al erario público cantidades superiores a los 4 millones de euros. Elemento subjetivo: Ignorancia deliberada o indiferencia grave punible. Inexistencia de continuidad delictiva. Participación del cooperador necesario. El TS estimó parcialmente el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la AP Barcelona, que condenó a dos acusados –Messi y su padre– como autor y cooperador necesario respectivamente de tres delitos contra la hacienda pública, casó y revocó su fallo para minorar la pena impuesta al padre del futbolista por apreciación de la atenuante muy cualificada de reparación del daño. La sentencia rebaja de 21 a 15 meses de prisión la pena impuesta a su padre, como cooperador necesario, al apreciar la atenuante de reparación del daño por la devolución a Hacienda por parte de su hijo del dinero defraudado. En su sentencia, los magistrados cuestionan que hayan sido excluidos de la acusación en este caso los asesores fiscales del jugador barcelonista. La sentencia incluye dos votos particulares, de los magistrados Luciano Varela y Andrés Palomo, que consideraban que debió considerarse como continuado el delito fiscal. Es importante destacar que el Fiscal del Tribunal Supremo mantuvo en casación la necesidad de confirmar las condenas pese a que en la instancia el Fiscal de Barcelona solicitara el sobreseimiento respecto del jugador de fútbol Leo Messi. Es destacable en la sentencia el estudio de la participación en el delito fiscal, sustentando la teoría de que en

delitos especiales propios y de esta compleja estructura jurídica de defraudación fiscal resulta imprescindible la aportación causal del *extraneus*, esto es, del asesor fiscal.

Delito urbanístico. Demolición. Respondiendo a la acusación de la Fiscalía, la STS 586/2017, de 20 junio, fundamenta la legalidad de las demoliciones de las construcciones ilegales por la vía penal. Elementos. Utilización racional del medio como recurso natural limitado y la ordenación de su uso al interés general como bien jurídico tutelado. Edificación masiva y obras de urbanización no autorizables en suelo calificado como Espacio Natural Protegido perteneciente a Parque Natural. Error de prohibición invencible. Basado en la condición de analfabetos de los acusados. No procede al tener pleno conocimiento de la ilegalidad de las obras realizadas. Demolición de lo construido. Procedencia como efecto civil del delito. Gravedad del daño ocasionado, absoluta imposibilidad de legalización y condición del suelo protegido.

Primera condena por tráfico ilegal de órganos. STS 2.ª 710/2017, de 27 octubre, que acoge el criterio del Ministerio Fiscal. Plan concertado para el trasplante de un riñón a enfermo renal a cambio de precio –6000 euros– aprovechando la situación de precariedad y necesidad del donante, que finalmente desiste. Consumación. El delito es de mera actividad. No caben formas imperfectas. Inexistencia de error de prohibición y estado de necesidad. Bien jurídico protegido amplio: la salud e integridad física de las personas y la Organización Nacional de trasplantes y su normativa estructurada sobre los principios de altruismo, solidaridad, gratuidad y objetividad en el sistema de adjudicación, preservando la dignidad de las personas y las condiciones de salud con aseguramiento del principio de igualdad.

Caso Madrid Arena. El TS confirma las condenas por cinco delitos de homicidio por imprudencia grave para cinco de los acusados e imprudencia menos grave para otros dos, pero revoca la absolución de uno de los médicos que atendían el servicio de salud del citado Pabellón durante el evento (Fiesta de Halloween 2012) en el que fallecieron cinco jóvenes y resultaron numerosos heridos, en la avalancha fruto de una cadena causal múltiple. La Sala II, dicta segunda sentencia y condena al citado médico como autor de un delito de imprudencia grave con resultado de muerte, en la modalidad de imprudencia profesional.

La sentencia aborda el estudio del delito imprudente, sus clases y elementos, especialmente en lo relativo a la imprudencia omisiva en los delitos de resultado y para revocar la absolución recaída en la instancia, destaca que el médico no realizó un correcto diagnóstico a una

de las jóvenes trasladada a la enfermería, ni comprobó si se encontraba en situación de parada cardiorrespiratoria ni le practicó una adecuada reanimación cardiopulmonar para intentar que se recuperara.

La Audiencia había declarado probada la actuación negligente del médico, falleciendo la joven sin que éste le prestara «la asistencia médica que precisaba durante el tiempo que permanecieron en el botiquín que gestionaban antes de que llegara al mismo el Samur aumentando así la posibilidad de que no pudieran recuperarse de las lesiones sufridas», pero como fundamento de la absolución añadió en el *factum* que no había resultado acreditado que en el supuesto de que le hubiera prestado una asistencia correcta, la fallecida hubiera podido salvar su vida.

La Sala II tacha de desenfocado el punto de vista de la Audiencia. Razona que la obligación del personal médico con respecto al paciente no es de resultado sino de medios, considera aplicable la doctrina de la imputación objetiva apartándose de otras teorías naturalísticas, destaca la posición de garante en que se encontraba el acusado, afirma que por una parte, existió la omisión de toda diligencia debida y por otra, se produjo el resultado mortal y concluye que no se trata, como entendió la Audiencia, de que no se haya podido probar, con una probabilidad rayana en la certeza, si con otra conducta el resultado hubiera sido el mismo, sino de que la responsabilidad del médico surge porque ha incrementado el riesgo permitido, y lo ha hecho al haber actuado negligentemente, por lo que con tal comportamiento ha contribuido al resultado que resulta objetivamente imputable.

En cuanto a la posibilidad de revocar una sentencia absolutoria, la Sala II destaca que en este caso es posible porque no se modifican los hechos probados y se apoya en la STEDH Naranjo Acevedo contra España, matizando que al tratarse de imprudencia, no es preciso declarar ningún ánimo tendencial.

Recurso de casación n.º 1/772/17(tarjetas «Black»-Caja Madrid). La Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó sentencia de 23-2-2017 que condenó a algo más de 60 personas por un delito continuado de apropiación indebida del que consideró autores materiales a los entonces presidentes de Caja Madrid y Bankia, en etapas sucesivas, Miguel Blesa de la Parra y Rodrigo Rato Figaredo, y cooperadores necesarios a los restantes acusados que resultaron ser integrantes del Consejo de Administración, de la Comisión de Control y directivos de aquellas entidades.

En esencia, según la Sentencia, la disposición de fondos se llevó a efecto mediante la utilización de unas tarjetas, fundamentalmente en cajeros y comercios, que habían sido emitidas al margen del circuito

ordinario de la entidad bancaria y que los indicados presidentes se adjudicaron a sí mismos y, a su indicación y autorización, a personas que mantenían una relación jurídica con la entidad, Caja Madrid o Bankia, fuera como integrantes del Consejo de Administración, de la Comisión de Control o directivos. Todo ello era factible merced a la existencia de un entramado opaco regido por una infracción de la normativa vigente y estatutaria y supuso una defraudación superior a los 12.000.000 €.

Ha de ponerse de relieve que la causa en general encierra una complejidad de índole fáctica y jurídica que puede comprobarse en las múltiples cuestiones planteadas en los intensos y extensísimos recursos de casación formalizados por la mayor parte de los condenados en la Sentencia. El Fiscal emitió un informe de 556 folios impugnando los respectivos Motivos de cada uno de aquéllos en lo que pueden considerarse aspectos fundamentales o principales del caso y apoya determinados extremos particulares que afectaban a algunos de los recurrentes.

1.2.3 INFORMES EMITIDOS POR EL MINISTERIO FISCAL CONFORME A LA LEY 41/2015

Durante el año judicial que nos ocupa se ha ido desarrollando la reforma de la casación de la Ley 41/2015, permitiendo un análisis algo más extenso, dada, respecto a la previsión del art. 847.1.b) de la LECrim la limitación cronológica de su Disposición Transitoria Única, incoación del procedimiento de referencia con posterioridad a su entrada en vigor.

Lo primero que destaca en la estadística correspondiente al recurso de casación contra las sentencias dictadas en apelación las Audiencia Provinciales, es el escaso número de recursos admitidos frente a los interpuestos (2,85 %) que en principio es atribuible a la peculiar naturaleza del recurso establecido, realmente extraordinario y de motivos muy estrechos, cosa lógica dada su generalización, y a la escasa experiencia desarrollada, dada su cercana vigencia, por los operadores jurídicos, que salvo excepciones, precinden de la limitación legal de la regulación, exclusivamente por infracción de ley del número 1 del art. 849 de la LECrim alegando todo tipo de infracciones procedimentales y constitucionales –esencialmente art. 24 de la CE y error de hecho, art. 849.2 de la LECrim.

Ciertamente que la reforma de la ley 41/2015 permite la inadmisión por providencia, pero ello no evita su tramitación y la fundamentación, aunque sea breve de la resolución.

De los 598 recursos interpuestos, al menos aproximadamente, un 38 %, han sido interpuestos por Letrado asignado de oficio, en

mayor medida por Procurador de igual designación, en algunos casos después de haberseles rechazado en la Comisión correspondiente la insostenibilidad del mismo.

Una interpretación, excesivamente literal del art. 25 de la Ley de Asistencia Gratuita, que lleva a estimar que su interposición es obligatoria, no pudiendo alegarse por los letrados la improcedencia del recurso, ni siquiera cuando se haya anunciado por motivos no encajables en el art. 847.1.b), puede conducir a que las cifras de recurso de casación, alcancen niveles que perviertan la finalidad de tal recurso, descrita en la Exposición de Motivos de la Ley 41/2015, y desarrolladas ya en diversas resoluciones de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que se esfuerzan, inútilmente, en encauzar esta novedosa regulación a esos fines beneficiosos de tal reforma.

De seguir con tal interpretación de obligatoriedad de la interposición de oficio, sería absolutamente imprescindible una modificación urgente de la ley de asistencia gratuita en el sentido indicado.

Tampoco el hábito de las Audiencias Provinciales derivado de la anterior regulación ayuda a concretar los fines del recurso en la fase de preparación, inobservando los requisitos del nuevo recurso y acostumbrando a remitir al Tribunal Supremo los procedimientos íntegros, en lugar de las certificaciones previstas en el art. 861 de la LECrim lo que «a priori» ayudaría al encauzamiento del recurso a la infracción del art. 849.1, tal y como previó el legislador al establecer dicha modalidad.

Por otra parte, la variedad de delitos tampoco aporta argumentos para vislumbrar una efectividad de tal modalidad con el objetivo de fijar una interpretación jurisprudencial uniforme de los tipos penales sustantivos, aunque no se desconozca que la limitación cronológica de su aplicación haya determinado hasta ahora, un predominio mayoritario de delitos comprendidos en el ámbito de los juicios rápidos.

En la práctica la mayoría de los recursos, aún enunciados por infracción de ley, parecen desconocer que el recurso procede contra las sentencias de apelación, reproduciendo la argumentación contra la sentencia del Juzgado Penal, sin cuestionar la fundamentación jurídica de la Audiencia Provincial.

Igualmente se plantean en la interposición cuestiones *per saltum*, que al no haberse invocado en la apelación han sustraído del conocimiento del órgano encargado de resolverla.

No se trata de volver a formalismos excesivos, restrictivos del derecho a recurrir, sino, dada su naturaleza, a la exigencia del cumplimiento de los requisitos mínimos tanto en la fase de preparación ante las Audiencias como en la fase de interposición ante el Tribunal Supremo que impidan en que se generalice su utilización, desvirtuándose su finalidad

pretendiendo convertirlo en una instancia más, lo que, no siendo admisible en el recurso de casación, menos aún en esta modalidad específica.

Informes de inadmisión	591
Informes de admisión.	7
Total	598

Asuntos admitidos	17
Hurto	49
Robo.	100
Contra Seguridad Vial	107
Maltratos en ámbito familiar	129
Quebrantamiento de condena.	65
Contra salud pública	19
Lesiones	42
Agresión sexual	12
Usurpación.	3
Atentado.	14
Homicidio	1
Amenazas.	21
Exhibicionismo	3
Abandono familia.	8
Incumplimiento pensión.	3
Resistencia autoridad	7
Revelación secretos	1
Allanamiento	1
Maltrato animal	1
Insolvencia punible	1
Abusos	1
Vejación	1
Violencia física.	4
Apropiación indebida.	1
Estafa	2
Obstrucción a la justicia.	1
Daños	1

La llamada nueva casación, introducida por la LO 41/2015, de 5 de octubre, como ya se ha significado, tiene un alcance limitado: sólo cabe por infracción de ley del n.º 1 del artículo 849 de la LECrM e interés casacional.

El recurso debe atenderse a las siguientes pautas: respeto escrupuloso al hecho probado; acomodación del razonamiento a la disciplina del *error iuris*; y planteamiento de un problema jurídico-penal que justifique su interés casacional, que de conformidad con la jurisprudencia de la sala –por todas SSTs 210/2017 y 324/2017–, concurre en los supuestos siguientes:

A. Si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo.

B. Si resuelve cuestiones sobre las que existan jurisprudencia contradictoria de Audiencia Provinciales

C. Si aplica normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada, relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

La existencia de interés casacional debe señalarse en el anuncio del recuso y, en todo caso, en la interposición.

La Sala ha establecido la doctrina del Tribunal en los siguientes recursos articulados por infracción de ley.

Las sentencias han sido dictadas por el Pleno del Tribunal Supremo y constituyen una necesaria doctrina que ha de guiar la interpretación jurídica, respecto de los tipos penales a que se refieren.

1.2.4 SENTENCIAS DEL PLENO

STS 369/2017. Delito de contra la seguridad vial. Conducir un vehículo sin permiso o licencia de conducción por no haberlo obtenido nunca (art. 384.2 del Código Penal). Delito de riesgo abstracto.

STS 210/2017. Caracterización del nuevo recurso de casación por infracción de ley contra sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales. La negativa a someterse a la segunda medición de la prueba de alcoholemia constituye el delito del art. 383 CP.

STS 324/2017. Delito de hostigamiento, acecho o acoso (*Stalking*): la conducta para ser típica ha de albergar vocación de prolongarse el tiempo suficiente para provocar la alteración de la vida cotidiana del sujeto pasivo. No bastan unos episodios, más o menos intensos o más o menos numerosos pero concentrados en pocos días y sin nítidos visos de continuidad, que además no han comportado repercusiones en los hábitos de la víctima.

STS 481/2017. Interpretación restrictiva del art. 235.1.7.º del C. Penal: la multirreincidencia como sustrato del subtipo hiperagravado de hurto en el C. Penal cuando los antecedentes penales son por delitos leves.

El concepto de reincidencia que se acoge en la parte general del C Penal (arts. 22.8.^a y 66) ha de operar también cuando se trata de aplicar la multirreincidencia como supuesto específico de agravación en los subtipos de la parte especial, a no ser que el texto legal la excluya de forma expresa y específica.

STS 794/2017. Conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas. Concepto y alcance de conductor a efectos del artículo 379.2 CP. Conductor que es sorprendido dormido en un vehículo parado en un semáforo en mitad del carril de circulación. Aplicación de la doctrina contenida en la STS (Pleno) 436/2017, de 15 de junio. Vulneración del principio non bis in ídem por la condena por delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólica y de negativa a realizar la prueba de alcoholemia en concurso real. Doctrina contenida en la STS (Pleno) 419/2017 de 8 de junio.

STS 419/2017. Concurso real de los delitos previstos en el art. 379.2 y 383 del C. Penal: conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y negativa a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia.

Razones por las que la aplicación conjunta de ambos tipos penales no generan un supuesto de bis in ídem y por las que tampoco se vulnera el principio de proporcionalidad. Bienes jurídicos en juego y funciones que desempeña el tipo del art. 383 del Código Penal.

STS 436/2017. Delito de conducción étlica: la conducción con tasa superior a la contemplada en el art. 379.2 CP de un vehículo de motor desplazándolo dos metros en marcha interrumpida ante la presencia policial es conducta incardinable en el citado precepto penal.

STS 327/2017. Hurto. Inclusión del IVA en el valor de las mercancías sustraídas en establecimientos comerciales.

El art. 365.2 LECrim, atiende en tal valoración a un precio de venta al público. Diversas posturas doctrinales. Un sector diferencia entre «precio de venta al público» y «el total a pagar» que agrega a la primera partida el importe del IVA, lo que implica que deberá deducirse dicho importe del precio en los casos de sustracción del bien, al no producirse el hecho imponible generador de la obligación de pagar dicho impuesto.

No obstante, debe acogerse la postura favorable a su inclusión. El valor relevante es el valor de cambio representado en cada momento por la cantidad de dinero que puede obtenerse por la cosa en su hipotético intercambio. Criterio apuntado en la STS 360/2001, de 27 de abril, y que fue consolidado en la reforma del art. 365 LECrim por LO 15/2003, y ratificado por Auto Pleno Tribunal Constitucional 72/2008, de 26 de febrero, Consulta 2/2009 de 21 diciembre de la Fiscalía General del Estado y STS. 1015/2013, de 23 de diciembre. En consecuencia el valor

de lo sustraído, en establecimiento comerciales es el precio de venta al público que debe interpretarse como la cantidad que debe abonarse para su adquisición, cifra que habitualmente se exhibe en el etiquetado de la mercancía, comprensiva, sin desglosar, las costas de producción y distribución del bien, los márgenes de beneficio de los sucesivos intervinientes en la cadena de producción y los tributos y aranceles que lo hayan gravado directa o indirectamente, con inclusión del Impuesto del Valor Añadido (IVA) en el territorio de su aplicación (península y Baleares) el impuesto General Indirecto Canario (IGIG), en las Islas Canarias y el impuesto sobre la Producción, los Servicios y las Importaciones (IPSI) en las ciudades de Ceuta y Melilla.

STS 112/2018. Prohibición de acceso a las instalaciones del Metropolitano de una capital: concreción acorde con la legalidad de las penas previstas en el art. 48.1 CP (en relación con el art. 57.1). Indispensable ponderación de la proporcionalidad. Presupuestos. Constatación de la gravedad de la conducta o del peligro del delincuente.

1.2.5 ACUERDOS DEL PLENO NO JURISDICCIONALES

Finalmente, reproducimos todos los Acuerdos de los Plenos no jurisdiccionales de la Sala dictados en el año pasado.

– *Sala General de 9 de marzo de 2017.*

Asunto: En relación con el acuerdo adoptado por esta misma Sala con ocasión del Pleno no jurisdiccional, celebrado el 24 de noviembre de 2016, respecto de la incidencia en el procedimiento de la ley del jurado de las nuevas reglas de conexión con el artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tras un estudio y debate abordado por los Magistrados integrantes de esta sala, se presenta a aprobación por el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro, el siguiente:

Acuerdo:

1. De los delitos que se enumeran en el art. 1.2 de la ley reguladora, siempre y sólo conocerá el Tribunal del Jurado.

Si se ha de conocer de varios delitos que todos sean competencia del Tribunal del Jurado, como regla general se seguirá un procedimiento para cada uno de ellos sin acumulación de causas. Será excepción la prevista en el nuevo art. 17 de la LECrim, serán investigados y enjuiciados en la misma causa cuando la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resulten convenientes para su esclarecimiento

y para la determinación de las responsabilidades procedentes salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso.

2. También conocerá de las causas que pudieran seguirse por otros delitos cuya competencia no le esté en principio atribuida en los casos en que resulte ineludiblemente impuesta la acumulación pero que sean conexos.

3. La procedencia de tal acumulación derivará de la necesidad de evitar la ruptura de la continencia de la causa. Se entiende que no existe tal ruptura si es posible que respecto de alguno o algunos de los delitos pueda recaer sentencia de fallo condenatorio o absolutorio y respecto de otro u otros pueda recaer sentencia de sentido diferente.

4. Existirá conexión determinante de la acumulación de los supuestos del art. 5 de la LOTJ.

5. Que en el supuesto del art. 5.2 a, se entenderá que también concurre la conexión conforme al actual art. 17.6.º cuando se trate de delitos cometidos por diversas personas cuando se ocasionen lesiones o daños recíprocos.

Cuando se atribuyan a una sola persona varios hechos delictivos cometidos simultáneamente en unidad *temporo*-espacial y uno de ellos sea competencia del Tribunal del Jurado, se considerarán delitos conexos por analogía con lo dispuesto en el art. 5.2 de la LOTJ, por lo que, si deben enjuiciarse en un único procedimiento, el Tribunal del Jurado mantendrá su competencia sobre el conjunto.

6. En los casos de relación funcional entre dos delitos (para perpetrar, facilitar ejecución o procurar impunidad) si uno de ellos es competencia del Tribunal del Jurado y otro no, conforme al art. 5.2.c de la Ley del Tribunal del Jurado, se estimará que existe conexión conociendo el Tribunal del Jurado de los delitos conexos.

7. No obstante, en tales supuestos de conexión por relación funcional, la acumulación debe subordinarse a una estricta interpretación del requisito de evitación de la ruptura de la continencia, especialmente cuando el delito atribuido al Jurado es de escasa gravedad y el que no es principio de su competencia resulta notoriamente más grave o de los excluidos de su competencia precisamente por la naturaleza del delito.

8. Tampoco conocerá el Tribunal del Jurado del delito de prevaricación, aunque resulte conexo a otra competencia de aquél.

Pero si podrá conocer, de mediar tal conexión, del delito de homicidio no consumado.

9. Cuando un solo hecho pueda constituir dos o más delitos será competente el Tribunal del Jurado para su enjuiciamiento si alguno de ellos fuera de los atribuidos a su conocimiento.

Asimismo, cuando diversas acciones y omisiones constituyan un delito continuado será competente el Tribunal del Jurado si éste fuere de los atribuidos a su conocimiento.

10. A los efectos del art. 17.2.3 de la LECrim, se considerarán conexos los diversos delitos atribuidos a la misma persona en los que concurra, además de analogía entre ellos, una relación temporal y espacial determinante de la ineludible necesidad de su investigación y prueba en conjunto, aunque la competencia objetiva venga atribuida a órganos diferentes.

En tales casos, si uno de los delitos debiera conocer el Tribunal del Jurado, se estará a lo establecido en el apartado 5 párrafo segundo de este acuerdo.

Este acuerdo es adoptado por 13 de los Magistrados concurrentes.

– *Sala General de 23 de mayo de 2017.*

Asunto: Alcance que, respecto de la comisión del delito de apropiación indebida, tiene el anticipo de cantidades dinerarias para la construcción a los promotores de viviendas:

Acuerdo:

En el caso de cantidades anticipadas a los promotores para la construcción de viviendas, el mero incumplimiento, por sí solo, de las obligaciones previstas en la Disposición Adicional Primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, en la redacción dada por la Ley 20/15, de 14 de julio, consistentes en garantizar mediante un seguro la devolución de dichas cantidades para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin, y de percibir esas cantidades a través de cuenta especial en entidades de crédito, no constituye delito de apropiación indebida.

Cuando las cantidades entregadas no se hayan destinado a la construcción de las viviendas comprometidas con los adquirentes, podrá apreciarse un delito de estafa si concurren los elementos del tipo, entre ellos un engaño determinante del acto de disposición, o bien un delito previsto en los artículos 252 o 253 CP si concurren los elementos de cada tipo.

– *Sala General de 24 de mayo de 2017.*

Asunto: Alcance que tienen las deficiencias en la documentación del juicio oral y su repercusión en el derecho de defensa en el ámbito del recurso de casación.

Acuerdo:

El actual sistema de documentación de los juicios orales es altamente insatisfactorio y debería ser complementado por un sistema de estenotipia.

Dada la naturaleza de las deficiencias observadas en numerosos casos, habrá de garantizarse, en relación con los dispuesto en el artículo 743 de la LECrim, la autenticidad, integridad y accesibilidad del contenido del soporte que se entregue a las partes y del que se remita a los Tribunales competentes para la resolución del recurso.

Cuando la documentación relativa al juicio oral sea imprescindible para la resolución del recurso, su ausencia en relación con los aspectos controvertidos, que genere indefensión material, determinará la nulidad del juicio oral o, en su caso, la absolución.

– *Sala General 24 de mayo de 2017.*

Asunto: Analizar la fijación del valor de droga en los delitos contra la salud pública, a efecto de fijar la pena de multa proporcional prevista en el Código Penal.

Acuerdo:

El valor de la droga es un elemento indispensable para la fijación de la consecuencia jurídica del delito contra la salud pública y, por lo tanto, debe declararse en el relato fáctico de la sentencia.

Para su acreditación deberán valorarse los informes periciales o cualesquiera otros medios que reflejen el valor de la droga o el beneficio que con las mismas se ha obtenido o se pretende obtener.

– *Sala General de 25 de mayo de 2017.*

Asunto: Analizar el carácter público o privado de los caudales de una sociedad mixta.

Acuerdo:

Los bienes, efectos, caudales o cualesquiera otros de cualquier índole que integren el patrimonio de las sociedades mercantiles participadas por el Estado u otras Administraciones u Organismos Públicos, deben tener la consideración de patrimonio público, y, por tanto, pueden ser objeto material del delito de malversación siempre que concurra alguno de los supuestos siguientes:

1. Cuando la sociedad mercantil esté participada en su totalidad por las personas públicas referidas.
2. Cuando esté participada mayoritariamente por las mismas.

3. Siempre que la sociedad pueda sea considerada como pública en atención a las circunstancias concretas que concurran, pudiéndose valorar las siguientes o cualesquiera otras de similar naturaleza:

a) Que el objeto de la sociedad participada sea la prestación, directa o indirecta, de servicios públicos o participen del sector público.

b) Que la sociedad mixta se encuentre sometida directa o indirectamente a órganos de control, inspección, intervención o fiscalización del Estado o de otras Administraciones Públicas.

c) Que la sociedad participada haya percibido subvenciones públicas en cuantía relevante, cualquiera que fuera la Administración que las haya concedido, para desarrollar su objeto social y actividad.

– *Sala General de 8 de noviembre de 2017.*

Asunto: tratamiento Concursal del delito de *child grooming* (artículo 183 bis CP) cuando el contacto con el menor va seguido de una lesión efectiva de su identidad sexual.

Acuerdo:

El delito de ciberacoso sexual infantil previsto en el artículo 183 Ter.1 del Código Penal, puede conformar un concurso real de delitos con las conductas contempladas en los artículos 183 y 189.

– *Sala General de 12 de diciembre de 2017.*

Asunto: nueva redacción del artículo 77.3 CP y determinación de la competencia.

Acuerdo:

En caso de concurso medial, cuando las penas de prisión señaladas en abstracto en cada uno de los delitos que integran el concurso no superen los cinco años de duración, aunque la suma de las previstas en una y otras infracciones excedan de esa cifra, la competencia para su enjuiciamiento corresponde al Juez de lo Penal.

1.2.6 FISCAL DE SALA ASESOR PARA TERRORISMO DEL FISCAL GENERAL DEL ESTADO

1.2.6.1 *Introducción*

La importancia que hoy tiene la lucha contra el terrorismo en nuestra política criminal es evidente. El terrorismo, y muy singular-

mente el terrorismo internacional yihadista, es una de las principales amenazas para la paz y la convivencia de nuestras sociedades.

Hasta tiempos relativamente recientes el fenómeno terrorista de ETA era nuestra gran preocupación, y al ser la organización terrorista que más atentados había cometido, era también la que capitalizaba el grueso de las tareas de investigación del aparato policial antiterrorista y de los órganos judiciales de la Audiencia Nacional; sin embargo, la evolución del terrorismo yihadista ha modificado por completo el escenario en el que nos movemos.

Mientras las organizaciones terroristas tradicionales, bien de naturaleza marcadamente local y vinculadas a planteamientos de segregación territorial (por ejemplo, ETA), bien de corte marxista revolucionario (por ejemplo, GRAPO) se encuentran inmersas en un irreversible proceso de desaparición y extinción, el terrorismo internacional yihadista se ha consolidado como un problema global de dimensiones especialmente graves y alarmantes, constituyendo actualmente la mayor amenaza para la libertad y la seguridad de nuestras democracias.

Tras los gravísimos atentados cometidos a principios de este milenio, entre ellos el perpetrado el 11 de Marzo de 2004 en Madrid (que ocasionó 192 muertos y más de 2000 heridos), la política criminal contra el terrorismo se ha centrado fundamentalmente en el ámbito de la prevención, articulando para ello una respuesta preventiva o anticipada que permitiera al sistema de justicia penal intervenir frente a las actividades que han venido propiciando y facilitando la expansión del yihadismo, y que están sirviendo para aumentar el riesgo de comisión de acciones terroristas: nos referimos a los procesos de captación, adoctrinamiento, radicalización, reclutamiento, adiestramiento, y a las actividades de soporte, apoyo y cobertura a las células, grupos y personas que militan en el ideario yihadista.

El cambio de enfoque fue sin duda acertado. Durante años la acción conjunta y coordinada de los servicios de información antiterroristas, bajo el control de la Fiscalía y de los órganos judiciales, resultó sumamente eficaz, y no fueron pocos los intentos de ejecución de atentados terroristas que pudieron ser abortados, unos en fase embrionaria, otros en fase más avanzada de preparación. Pero el riesgo cero no existe.

Lamentablemente en la tarde del 17 de agosto del pasado año, una célula ubicada en Cataluña ejecutó un atentado terrorista en Barcelona, utilizando para ello un vehículo que atropelló masivamente en las Ramblas a una multitud de personas, acción en la que murieron 17 personas. Los miembros de la célula terrorista fueron finalmente abatidos por los Mossos d'Esquadra, 5 de ellos unas horas más tarde en la localidad de Cambrils, donde también atropellaron a varias personas que resultaron

heridas, y el autor material el 21 de agosto en la localidad de Subirats (Barcelona); 4 individuos más se encuentran actualmente imputados en el procedimiento judicial que se instruye a tales efectos. El hecho fue precedido de una explosión que se produjo la noche anterior en una vivienda de la localidad de Alcanar (Tarragona), en el que una persona –el imán de la célula y supuesto instigador del atentado– resultó muerta y otra fue ingresada en un hospital por las heridas sufridas.

Es sobradamente conocido que en la gestión de la información y en la resolución del caso se produjeron algunas situaciones rayanas en la descoordinación entre cuerpos policiales y en la desconfianza en el uso compartido de la información. En una materia como ésta, que afecta en buena medida a la seguridad nacional, la coordinación y la cooperación entre los servicios de información es una de las claves de la lucha contra el terrorismo, por lo que es necesario evitar en el futuro que se produzcan disfunciones de esta naturaleza.

Con el fin de mejorar y reforzar la actuación del Ministerio Fiscal en las funciones de investigación y persecución de los delitos de terrorismo, mediante Decreto del Fiscal General del Estado de fecha 13 de junio de 2017 se ha designado al Excmo. Sr. D. Javier Zaragoza Aguado como Fiscal de Sala del Tribunal Supremo Asesor para Terrorismo, con el siguiente contenido funcional:

1. La coordinación, bajo la supervisión de los Fiscales de Sala Jefes, de los recursos de casación relativos a los delitos de terrorismo, y la intervención en aquellos asuntos de esta naturaleza que puedan considerarse de mayor relevancia, a criterio de los referidos Fiscales de Sala Jefes

2. Informar al Fiscal General del Estado sobre la evolución de la amenaza terrorista y sobre las medidas legislativas que sean necesarias para mejorar la respuesta legal frente a este problema

3. Cualquier otra función que en materia antiterrorista le sea expresamente encomendada, atendidas las circunstancias. En concreto, para la asistencia, en representación del Fiscal General del Estado, a Comisiones, Encuentros y Reuniones que se celebren con Autoridades nacionales o de otros países u Organismos internacionales sobre temas relacionados con el terrorismo y su financiación.

El escaso tiempo transcurrido desde el nombramiento no ha facilitado un adecuado y ordenado desarrollo del cometido funcional que el Fiscal General del Estado asignó mediante el citado decreto. Sin duda, la presentación de esta Memoria puede constituir un primer paso para delimitar de un modo más preciso las concretas funciones que finalmente nos han sido atribuidas, en particular las contenidas en el apar-

tado 3 del decreto, o incluso para plantear una ampliación o mejora de las mismas. Es evidente que la redacción del apartado incluye tanto la asistencia a Comisiones, cuya actividad se despliega fundamentalmente en el ámbito institucional, como a Encuentros y Reuniones, que pueden ser tanto institucionales como formativos (vg. seminarios, talleres, cursos, etc.); y en ambos casos tanto si son a nivel nacional como en el plano internacional.

En el ámbito institucional, por el Fiscal de Sala Asesor en esta materia se considera imprescindible que sea designado para intervenir en representación del Ministerio Fiscal en la Comisión de Vigilancia de Actividades de Financiación del Terrorismo, creada por la ley 12/2003 de 21 de mayo. A diferencia de otras comisiones, en las que la intervención del Ministerio Fiscal se atribuye en función del cargo que se ostenta, en aquélla está prevista la participación de un miembro del Ministerio Fiscal que ha de ser designado por el Fiscal General y que actúa en su representación.

El desarrollo de esta tarea exigiría igualmente que todas las actividades relacionadas con el terrorismo y su financiación, sean en el ámbito nacional o internacional, cuya realización se comunicara a la oficina del Fiscal General del Estado, fueran puestas automáticamente en conocimiento del Fiscal de Sala Asesor al objeto de poder asumir, en su caso, la representación de aquél y la asistencia a tales actividades

Como propuestas de futuro quizás sería conveniente reforzar su función en el ámbito de la coordinación y asesoramiento de los servicios policiales especializados en la investigación y persecución del terrorismo, potenciando la realización de actividades formativas con las citadas Unidades al objeto de compartir con sus miembros los criterios jurídicos que deben presidir el desarrollo de las investigaciones llevadas a cabo por las mismas.

1.2.6.2 *Breve síntesis de las últimas reformas legales. Aplicación de los tipos penales de terrorismo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Análisis de las sentencias dictadas en casación*

A. Las más recientes reformas legislativas, tanto penales como procesales, han incorporado nuevos tipos penales y nuevos instrumentos de investigación para garantizar una respuesta más eficaz frente a un fenómeno criminal que en alguna de sus formas constituye uno de los más graves peligros para nuestra sociedad. La globalización y el uso de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación han tenido

mucho que ver en ello, porque Internet y las redes sociales son hoy el escenario principal de la batalla que se libra contra el terrorismo yihadista.

Así, la ley orgánica 5/2010 de 22 de Junio, que ha implementado la Decisión Marco de 28-11-2008, ha criminalizado bajo el manto de la colaboración con organización terrorista del art. 576 (actual art. 577 CP) los actos de captación, adoctrinamiento, adiestramiento y formación de personas para integrarse en organizaciones o grupos terroristas o para cometer delitos de terrorismo, y en el art. 579.1.2.º la distribución o difusión pública de mensajes o consignas dirigidos a provocar, alentar o favorecer la comisión de delitos de terrorismo. También abordó otras modificaciones de importante entidad como la tipificación expresa del delito de financiación del terrorismo, la imposición de la pena de libertad vigilada y la imprescriptibilidad de las acciones terroristas con resultado de muerte y de las penas impuestas por las mismas.

Sin embargo, esta reforma resultó insuficiente ante los nuevos escenarios por los que discurría el terrorismo yihadista. Por ello, la reforma del Código Penal, aprobada por ley orgánica 2/2015 de 30 de marzo, ha incorporado al texto punitivo nuevos instrumentos penales, articulando así una respuesta legal preventiva que pretende ser mucho más efectiva, y a la vez capaz de combinar la eficacia en la actuación contra la amenaza terrorista con el respeto a las libertades y garantías constitucionales del Estado de Derecho.

No debe perderse de vista que la reforma fue consensuada y asumida a primeros de febrero de 2015 por la práctica totalidad de las fuerzas políticas parlamentarias, en el marco del Pacto Antiterrorista. Sólo la introducción de la pena de prisión permanente revisable sigue siendo objeto de posiciones encontradas.

B. Como indicábamos con anterioridad, la última reforma ha incorporado tipos penales muy novedosos en el panorama jurídico comparado como son, por una parte, el adiestramiento o el adoctrinamiento pasivos, y por otra, el autoadoctrinamiento y el autoadiestramiento, especialmente cuando se producen on line, en tanto que son conductas con una notable potencialidad criminal y generadoras de un riesgo de ejecución de otras acciones constitutivas de delitos de terrorismo que debe ser neutralizado.

Es evidente que nuestro legislador se ha adelantado a la normativa internacional, porque los tipos penales del autoadoctrinamiento y adoctrinamiento pasivo que acabamos de mencionar no disponen de apoyo normativo ni en la Resolución 2178 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, ni en el Convenio del Consejo de Europa *para la Prevención del Terrorismo* hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005 (cuyo protocolo adicional fue aprobado en Mayo de 2015), ni en la

reciente Directiva 2017/541 de 15 de marzo, y ello ha generado problemas de cierto calado en su aplicación, derivados de la exégesis interpretativa que ha realizado la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en relación con los casos examinados en sede casacional.

C. Como síntesis general de los asuntos de terrorismo analizados en el cauce procesal de la casación, debemos indicar que en el año 2017 la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha dictado 46 sentencias en otros tantos recursos de casación relativos a delitos de terrorismo, sentencias que podemos clasificar en función de diferentes parámetros:

1. *Por el contenido del recurso*: 19 se refieren a la revisión de sentencias firmes por inaplicación del art. 579 bis.4 CP (18 de ellas desestimatorias y 1 con estimación parcial del recurso); 5 por no acumulación de condenas impuestas en sentencias dictadas por los tribunales franceses (todas desestimatorias); 2 sobre revisión de penas (una estimatoria y otra desestimatoria); 2 contra liquidaciones de condena (una estimatoria y otra desestimatoria); y las 18 restantes han recaído en recursos interpuestos contra sentencias dictadas por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional tras el enjuiciamiento de hechos delictivos constitutivos de terrorismo (9 de ellas desestimatorias y 9 con estimación total o parcial del recurso).

2. *Por el sentido del pronunciamiento*: de las 46 sentencias dictadas en casación, 34 de ellas han sido confirmatorias de las sentencias recurridas; y en las 12 sentencias restantes se ha estimado el recurso de casación interpuesto, en un caso por el Fiscal y en los otros 11 por las defensas (en 5 casos con estimación parcial del recurso y en 6 casos con estimación total del recurso).

3. *Por la calificación jurídica sometida a recurso*: de las 18 sentencias dictadas en relación a otros tantos enjuiciamientos en única instancia, en 12 de ellas se analizan delitos de enaltecimiento del terrorismo del art. 578, en 3 de ellas delitos de pertenencia a organización terrorista, en 2 de ellas el delito de autoadoctrinamiento del art. 575.2 CP, en otras 2 el delito de colaboración con organización terrorista del art. 577 CP, en una el delito de atentado terrorista del art. 573 y 573 bis.1.1.º CP, y en otra el delito de tenencia de explosivos del art. 574 CP.

4. *Por la posición del recurrente*: de los 46 recursos de casación resueltos, 42 han sido interpuestos por las defensas (de los que 6 han sido estimados totalmente, 5 han sido estimados parcialmente y 31 han sido desestimados) y 4 por el Fiscal (de ellos 1 estimado totalmente y 3 desestimados).

5. *Por el tipo de terrorismo*: de los 46 asuntos sometidos a examen casacional, 10 de ellos están relacionados con el terrorismo yihadista, 3 con el terrorismo de GRAPO, 3 con el terrorismo radical

gallego, 28 con el terrorismo de ETA, y los 2 restantes se refieren a asuntos de enaltecimiento de varios fenómenos terroristas.

Estos datos indican que el porcentaje de resoluciones casadas es ciertamente elevado (se incluyen sentencias y autos), y se sitúa aproximadamente en torno al 26 % del total de resoluciones revisadas en casación.

Entrando en el análisis de la doctrina jurisprudencial, las aportaciones más relevantes que se pueden observar son las siguientes:

Respecto al delito de enaltecimiento del terrorismo del art. 578:

1. La STS de 18 de enero de 2017, estimando el recurso interpuesto por el Fiscal, condena a C. M. L., cantante y letrista del grupo musical *Def con Dos*, como autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo y de humillación a las víctimas por haber emitido a través de twitter varios mensajes de contenido laudatorio de las actividades terroristas y ofensivo para las víctimas. La doctrina jurisprudencial que se esboza en la indicada resolución se puede resumir en las interesantes reflexiones que a continuación vamos a señalar:

– No todo exceso verbal, ni todo mensaje que desborde la protección constitucional, pueden considerarse incluidos en el art. 578 del CP. Nuestro sistema jurídico ofrece otras formas de reparación de los excesos verbales que no pasa necesariamente por la incriminación penal, que debe reservarse para las acciones más graves.

– El derecho penal no puede prohibir el odio, no puede castigar al ciudadano que odia. Los sentimientos y las ideas no son punibles (cfr. STS de 17-7-2008 dictada en el caso del 11-M), pero el legislador ha querido que el mensaje de odio que socava las bases de la convivencia y que humilla a las víctimas del terrorismo tenga un tratamiento específico en el art. 578, con una sistemática singularizada frente al tipo previsto en el art. 510 del mismo texto punitivo.

– La extensión actual de las nuevas tecnologías al servicio de la comunicación intensifica de forma exponencial el daño de afirmaciones o mensajes que, en otro momento, podían haber limitado sus perniciosos efectos a un reducido y seleccionado grupo de destinatarios.

– No es admisible una interpretación del art. 578 del CP que para su aplicación exija la valoración de un dictamen pericial sobre la etiqueta que el autor reivindica para su propia obra artística.

– El art. 578 del CP sólo exige el dolo, esto es, el conocimiento de los elementos que definen el tipo objetivo. La afirmación de que el condenado no perseguía la defensa de los postulados de una organización terrorista y de que tampoco buscaba desprestigiar a las víctimas, es abso-

lutamente irrelevante en términos de tipicidad. La estructura típica del delito previsto en el art. 578 del CP no precisa la acreditación de con qué finalidad se ejecutan los actos de enaltecimiento o humillación.

2. La STS de 27 de octubre de 2017 considera que el hecho de retuitear imágenes, vídeos o expresiones claramente laudatorias de las actividades o individuos terroristas cumple suficientemente las exigencias típicas que proclama el art. 578 CP, indicando expresamente que no es necesario, porque el tipo no lo exige, que el acusado asuma como propio, razone o argumente la imagen y su mensaje, ni tampoco que sea el recurrente el que lo haya creado, sino que basta que de un modo u otro accedan a él, y les de publicidad, expandiendo el mensaje a gran cantidad de personas.

3. Las SSTS de 17 y 25 de mayo de 2017, dictadas tras la aprobación de la Directiva 2017/541 de 15 de marzo relativa a la lucha contra el terrorismo, proclaman que el tipo penal del enaltecimiento del terrorismo previsto por el art. 578 –no así el de humillación a las víctimas– exige para que la conducta sea típica, aun cuando el tipo penal no lo incluye expresamente, que se genere un riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades, o dicho de otro modo que la conducta suponga una incitación directa o indirecta para la comisión en abstracto de acciones terroristas.

Esta nueva orientación jurisprudencial, consecuencia de la aprobación de la citada Directiva, ha llevado a estimar en vía casacional los recursos formulados por las defensas contra sentencias condenatorias dictadas por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, porque en estas resoluciones no se concretó la existencia del riesgo que la Directiva 2017/541 exige para sancionar penalmente tales conductas, o dicho de otro modo no se acreditó como hecho probado que la justificación y/o enaltecimiento supusiera en el caso concreto una incitación, al menos indirecta, a la comisión de acciones terroristas en sentido genérico.

La nueva doctrina jurisprudencial acuñada formula una interpretación constitucional del tipo penal que se puede resumir en los siguientes términos:

– El delito definido en el art. 578 del Código Penal, en su redacción original, dada por la LO 7/2000, de 22 de diciembre, contiene dos conductas claramente diferenciadas: a) el enaltecimiento o justificación del terrorismo, en su aspecto dinámico o delictivo; b) la humillación de las víctimas del terrorismo. Ambas conductas tienen una finalidad diferente. Mediante la primera, se tipifican aquellas expresiones que alaben las acciones terroristas, bajo el fundamento de que

propician o pueden propiciar su perpetración, y ponen en riesgo a la sociedad, procedente de individuos que pueden atentar contra los valores más sustanciales de nuestra convivencia. Cuando se enaltece, se está induciendo a la comisión de acciones terroristas. La segunda modalidad delictiva, por el contrario, protege el honor de las víctimas, de tal manera que incrimina las expresiones injuriantes que supongan humillación, mofa, descrédito o desprecio de tales víctimas, por el solo hecho de serlo, de manera que se las vilipendia de forma servil. Aquí no hay riesgo de comisión delictiva, sino puro y simple desprecio y humillación.

– El tipo exige formalmente una actuación del sujeto que suponga justificar delitos de terrorismo o enaltecer a los que hayan participado en ellos. Pero no basta esa objetiva adecuación entre el comportamiento atribuido y la descripción que tales verbos típicos significan.

– Recuerda la STC 112/2016 que en su doctrina sobre tipos penales semejantes ya adelantó, respecto a los referidos a la negación y difusión de ideas que justifiquen el genocidio, que es constitucional la sanción penal si aquella negación y justificación opera como incitación, aunque indirecta, a su comisión (STC 235/2007), es decir, si se genera una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades, elemento determinante delimitador de la constitucionalidad del tipo penal.

– La sanción penal de las conductas de enaltecimiento del terrorismo sancionadas en el artículo 578, supone una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades.

– Este riesgo no se encuentra naturalmente presente en la otra modalidad prevista en el art. 578 del Código Penal, esto es, la humillación de las víctimas del terrorismo, tipo delictivo que tiene como fundamento vilipendiar a quien ya ha sido objeto de un ataque terrorista, o bien a sus familiares, aumentando aún más si cabe el dolor que produce el terror, y con el que ningún «riesgo» puede ser exigido para su perpetración y sanción penal.

Respecto al delito de autoadoctrinamiento del art. 575.2 CP, que constituye una de las principales novedades introducidas por la ley orgánica 2/2015 de 30 de marzo, también se han dictado algunos pronunciamientos jurisprudenciales realmente interesantes.

1. La STS de 17 de mayo de 2017 contiene un pormenorizado estudio del delito de autoadoc-trinamiento, realizando algunas obser-vaciones que a continuación vamos a tratar de resumir:

– En primer lugar, cuestiona la equiparación punitiva de conduc-tas de tan diferente riesgo, como las referidas al autoadoc-trinamiento, es decir la obtención de conocimientos o prácticas militares o de com-bate, o en el desarrollo de armas químicas o biológicas, o para la fabri-cación de explosivos, con la mera formación ideológica.

– 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, lo que demuestra la desmesurada extensión de su ámbito, pues ni siquiera se exige que se hubieren leído.

– 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.

– 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». 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 docu-mentos poseídos.

– Esta exigencia determina la atipicidad de los actos de autoadoc-trinamiento 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, como para integrarse en una de estas estructuras (art. 572.2 CP), o simplemente para 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 desen-volverán también en el ámbito meramente preparatorio de delitos terroristas en sentido estricto.

– 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, conlleva en su correlación con los delitos «relacionados con la actividad terrorista» que se originen solapamientos con algunas 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).

– No cabe identificar la adhesión ideológica con la autoformación para la incorporación a 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.

2. La STS de 15 de noviembre de 2017 examina también el delito de autoadoctrinamiento previsto en el art. 575.2 CP llegando a conclusiones idénticas:

– El sujeto activo que lleva a cabo la conducta típica es el mismo destinatario de los efectos que constituyen su finalidad. Dice el apartado 2 del artículo 575 que las actividades previstas en el apartado anterior el autor las «lleve a cabo por sí mismo». La actividad consiste en «recibir 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).

– Las modalidades de esa recepción prevista en el art. 575.2 son dos: «cuando el autor 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; también comete el tipo el que adquiera o tenga en su poder determinados documentos», sin exigencia en este caso de habitualidad.

– En ese tipo de acción se incluye, además, un elemento subjetivo cuya ausencia hace la acción penalmente insignificante: la finalidad de capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en este Capítulo (terrorismo). 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.

– Esa doble finalidad debe concurrir en los accesos a servicios de comunicación como resulta de la exigencia de que los contenidos de éstos «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». Y cuando la conducta consista en adquirir o poseer determinados documentos, la antijuridicidad se acota con este mismo elemento subjetivo: «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». La norma exige tales características de los contenidos en la red a la que se accede o en los documentos adquiridos o poseídos, de tal suerte que aquellas tienen que ser abarcadas por el conocimiento del autor.

– Dado que el delito se puede consumar, en esas específicas modalidades, desde el acceso a aquellos específicos contenidos o por la mera adquisición o posesión de los citados documentos, puede decirse que, al menos en tales hipótesis, cabe hablar de lo que viene conociéndose como adelantamiento de las barreras punitivas mediante la incriminación de actos preparatorios (de la capacidad) individuales. Se puede hablar incluso de actos protopreparatorios, si advertimos que, a su vez, la capacidad preparada también ha de vincularse inescindiblemente a una ulterior ejecución de delitos de terrorismo, sin cuya vinculación la autocapacitación sería atípica.

Conclusiones. De la doctrina anteriormente expuesta respecto a ambos tipos penales (enaltecimiento del terrorismo y humillación de las víctimas, y autodoctrinamiento terrorista), pueden extraerse las siguientes conclusiones:

1.^a El discurso del odio tiene relevancia penal en sus manifestaciones más graves, entre ellas la exaltación y/o justificación de los métodos terroristas y las que supongan desprecio, ofensa, menosprecio o humillación para las víctimas. El dolo del sujeto activo como elemento subjetivo del tipo no queda excluido por la finalidad que aquél pretenda.

2.^a La conducta consistente en el enaltecimiento del terrorismo requiere que las acciones o expresiones laudatorias o justificadoras, además de ser públicas, supongan una incitación, cuando menos indirecta, a la comisión «en abstracto» de acciones de naturaleza terrorista; la constatación de este riesgo sustrae a tales conductas del ámbito de protección de la libertad de expresión.

3.^a Ese riesgo no es necesario acreditarlo en los delitos de humillación o menosprecio a las víctimas del terrorismo en cuanto no constituye un elemento del tipo.

4.^a La probanza del riesgo en el delito de enaltecimiento del terrorismo se determinará en atención a diferentes circunstancias: muy singularmente las características del autor y del destinatario, el contexto en el que se produzca, el impacto que haya tenido en las redes sociales y el propio contenido de los mensajes, expresiones o acciones.

5.^a La conducta consistente en retuitear imágenes, vídeos o expresiones claramente laudatorias de las actividades o individuos terroristas cumple suficientemente las exigencias típicas que proclama el art. 578 CP, de modo que no es necesario que el acusado asuma como propio, razone o argumente la imagen y su mensaje, ni tampoco que sea el recurrente el que lo haya creado, sino que basta que de un modo u otro accedan a él, y les dé publicidad, expandiendo el mensaje a gran cantidad de personas.

6.^a Los delitos de autoadoctrinamiento y adoctrinamiento pasivo son actos protopreparatorios punibles que obligan a sancionar penalmente conductas previas a las tradicionales conductas preparatorias (conspiración, proposición y provocación para delinquir de los arts.17 y 18 CP).

7.^a Ambos tipos penales requieren inexcusablemente que los contenidos a los que se accede *on line* y los documentos que se posean o adquieran vayan dirigidos a o sean idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines.

8.^a En ambos tipos penales es necesario un elemento teleológico o finalístico reforzado: la acción debe ejecutarse con la finalidad de capacitarse para cometer alguno de los delitos de terrorismo tipificados en el capítulo (en cualquiera de sus modalidades), de modo que el dolo debe abarcar también el fin perseguido.

9.^a La habitualidad solo es predicable de la primera modalidad típica del autoadoctrinamiento (el acceso *on line* a los contenidos que el tipo penal describe y que se encuentran disponibles en internet o en servicios de comunicación electrónica).

10.^a En todos los casos, deberán aportarse a la investigación elementos indiciarios que acrediten los diferentes requisitos objetivos y subjetivos de los tipos penales que acabamos de mencionar, y dejar constancia en los hechos probados de la concurrencia de todos los elementos típicos expuestos.

11.^a La concurrencia de diferentes calificaciones jurídicas respecto a los hechos investigados, particularmente en lo que atañe al terrorismo internacional yihadista, deberá resolverse conforme a los

critérios establecidos en el art. 8 CP; en todo caso, siendo habitual que el *factum* objeto de acusación pueda incardinarse también en otros delitos de riesgo, incluso con mayor reproche punitivo (vg. como integración o colaboración con organización o grupo terrorista), parece aconsejable que la acusación se formule también por todos los delitos para evitar las limitaciones que impone el principio acusatorio.