



Roj: **STS 2856/2023 - ECLI:ES:TS:2023:2856**

Id Cendoj: **28079120012023100477**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/06/2023**

Nº de Recurso: **4405/2021**

Nº de Resolución: **528/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MANUEL MARCHENA GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 528/2023

Fecha de sentencia: 29/06/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 4405/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 28/06/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Procedencia: Audiencia Nacional, Sala de lo Pena, Sección 1ª

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

Transcrito por: OVR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 4405/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 528/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D.ª Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 29 de junio de 2023.



Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL**, contra la sentencia dictada por la **Audiencia Nacional, Sala de lo Penal Sección Primera** de fecha 7 de mayo de 2021 en el Rollo de Sala nº. 3/2016, que **absolvió a los acusados de los delitos de pertenencia a organización terrorista, financiación del terrorismo, enaltecimiento del terrorismo, blanqueo de capitales provenientes del terrorismo y tenencia ilícita de arma de fuego**; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados, siendo parte el Ministerio Fiscal, y como partes recurridas, los acusados D. Pablo, representado por el procurador D. Manuel Martínez Lejarza y Urueña, bajo la dirección letrada de D. Pedro Bernardo Prada Garrudo; D. Primitivo, representado por la procuradora D^a Elena Rueda Sanz, bajo la dirección letrada de D. Javier Solís Gundín; D. Amadeo, representado por la procuradora D^a Mónica Izquierdo Pedrero, bajo la dirección letrada de D^a M^a Celia de Lorenzo Romero; D. Rosendo, representado por la procuradora D^a Esther Gómez de Enterría Bazán, bajo la dirección letrada de D. José Antonio Choclán Montalvo; D. Sebastián y la entidad Tigre Negro, S.L. representados por la procuradora D^a Paloma González del Yerro Valdés, bajo la dirección letrada de D^a Carmen Aparicio Moreno; D. Sixto, representado por el procurador D. Juan Antonio Fernández Mújica, bajo la dirección letrada de D. Manuel Ollé Sesé; las entidades Oro Afretex S.L., Chikar Maach Melilla R.O.P.A. y Aymantex S.L., representadas por el procurador D. Juan Antonio Fernández Mújica, bajo la dirección letrada de D^a Eva Gimbernat Díaz; asimismo comparece como parte recurrida La Asociación Víctimas del Terrorismo, representada por la procuradora D^a Esperanza Álvaro Mateo, bajo la dirección letrada de D^a Carmen Ladrón de Guevara Pascual.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción nº 6 instruyó sumario nº 5/2016 contra D. Sebastián, D. Luis Pablo, D. Rosendo, D. Sixto, D. Pablo, D. Amadeo, D. Primitivo, las entidades Tigre Negro S.L., Chikar Maach Melilla Ropa S.L., Oro Afretex S.L. y Aymantex S.L. y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Nacional, Sala Penal, Sección Primera, que con fecha 7 de mayo de 2021 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados: "1. Sebastián, **nacional de Países Bajos y nacido en Alepo, se trasladó a España en febrero de 2013 desde Bélgica, donde residía, con la intención de radicarse y continuar con su actividad de compraventa e importación y exportación de ropa usada.** Para ello constituyó Tigre Negro Sociedad Limitada, con CIF B4698493, el 22.3.2013, de la que era administrador único. Compraba mercancía usada a proveedores en distintos países europeos, que transportaba a su almacén de Concentaina, donde los empleados que había contratado clasificaban la ropa por calidades, la embalaban o prensaban, decidiendo su destino que podía ser el mercado nacional (de Alicante a Ceuta) o mercados extranjeros, fundamentalmente de Turquía, Pakistán, Siria, Iraq, Jordania y Angola. **También comerciaba con otros productos de segunda mano como juguetes, bicicletas y carros de bebé.** Cuando la mercadería era exportada a países de Oriente Próximo el transporte se realizaba por vía marítima desde el puerto de Valencia a uno de los puertos turcos de carga en el Mediterráneo, Mersin o Iskenderun.

Algunos de los envíos tenían por destino sus familiares en el norte de Siria, ya en Termanin el pueblo del que procede y dónde residen sus padres, o en Sarmada donde habita su cuñado llamado Diego, que se dedica al comercio. En la actividad recibía colaboración de su hermana y su otro cuñado Fabio, que se habían refugiado en Turquía del conflicto armado. Luciano viajaba con frecuencia a la zona para visitar a sus padres, a quienes remitía ayuda en forma de dinero, medicinas y alimentos, y para contactar con clientes y recibir el pago de las mercancías.

1.2. **Entre la ropa de segunda mano que adquiría para su manipulación, reciclaje y venta estaban prendas militares que se destinaban a uso civil, generalmente de muy baja calidad.** Entre agosto de 2013 y diciembre de 2014, Luciano expidió en diecisiete ocasiones contenedores desde Valencia a Iraq, Turquía y Siria. No consta que hubiera despachado otras mercancías que no fueran ropa, zapatos y juguetes. Tampoco consta que el destino final de los productos fueran las organizaciones terroristas que operan en zonas de conflicto de Siria e Iraq, como Estado Islámico en Iraq y Siria (ISIS) y Jabhat Al Nusra.

1.2.1. Luciano ingresaba la mercancía en Siria por el **puesto fronterizo de Bab al Hawa.** El paso estuvo controlado hasta diciembre de 2013 por Ejército Libre de Siria (ELS), **milicia rebelde opositora al régimen de Al-Assad,** cuando Harakat Ahrar al-Shan una de las milicias del Frente Islámico Sirio, que había nacido del Frente de Liberación de Siria- se lo arrebató. Tanto ELS como Frente Islámico están enfrentados al ISIS.

1.3. El Sr. Luciano **arrendó en marzo de 2013 a Contestania S.L. una nave para montar su negocio,** la núm. 17 de la calle B del Polígono Industrial Cotes Baixes de Alcoy, que negoció con el apoderado de la arrendadora D. Rosendo, por precio de 2 500 euros. En septiembre de 2014 dejó de pagar el precio del alquiler y durante

el verano de 2015 abandonó la nave, después de que Rosendo hubiera dado de baja los suministros de luz y agua. Para continuar con su actividad mercantil, Luciano arrendó dos naves en el Polígono de la Garganta de Crevillente, también en Alicante, calle Ratllá de Bubo núm. 4. Estas naves fueron registradas con autorización judicial el 7.2.2016, hallándose, entre toneladas de ropa almacenadas y empaquetadas, 11 balas de color rojo que llevaban impreso en su exterior "Askari 45 kg" ("ejército 45 kg", además de la grafía en árabe de "pantalón marine"), las que contenían ropa militar usada, un total de 1100 prendas, en su gran mayoría pantalones de diversos colores.

En el trastero anejo a su domicilio, de la CALLE000 núm. NUM000 . de Crevillente, guardaba en un maletín de piel un viejo Revólver basculante marca Orbea, modelo Ona, de Hermanos Orbea y Cía. Eibar, núm. NUM001 de serie, dotado de tambor con cinco recámaras para cartuchos del calibre 38 S&W corto (9x20 mm). Tenía más de cien años y se encontraba en regular estado de conservación, con ligeros síntomas de oxidación; una cacha se fracturó al realizar los peritos las pruebas para verificar su funcionamiento, que era correcto y apto para el disparo. Luciano no disponía de munición para el arma, que había sido fabricada antes de 1924. Se la había encontrado al limpiar un local que había arrendado en Alicante.

En su domicilio se incautó 960 euros.

1.4. Luciano mantenía comunicación con parientes y amigos en las redes sociales, especialmente en Facebook, en donde emitía sus opiniones sobre la evolución del conflicto armado en Siria, su simpatía por los grupos rebeldes y su oposición al gobierno. Entre los mensajes que publicó estaban los siguientes.

El 9.12.2013 publicó en su perfil de Facebook un texto en árabe -todos estaban redactados en su lengua materna- que el Estado Islámico de Iraq y Siria (ISIS) había cogido "a una persona de una clase baja en Termanin y toma venganza de él por sus asquerosas acciones, que habían sembrado el terror en su ciudad". Un interlocutor, llamado Luciano le preguntó a Sebastián su opinión sobre el ISIS, porque muchos tenían dudas, previamente le agradeció los medicamentos que le había enviado, y Sebastián le había deseado que se curara. Sebastián le respondió "Hermano Luciano : sin duda el ISIS ha prometido a Alá apoyar a la gente en Siria, y prácticamente la gente se levantó en todas partes para luchar de una manera heroica y han conseguido liberar muchas zonas. Como son personas como nosotros, entre ellos se encuentra el valiente, los que piensan con razón y los fanáticos, entre ellos los que hacen actos de locura, unos con conocimiento de causa y otros que no saben nada, son ignorantes. Ha habido errores personales, el ISIS ha pedido perdón de manera directa sin centro de vergüenza. En la mayor parte de las zonas, la gente, los civiles, han acudido alrededor del Estado Islámico. Los que manchan al Estado Islámico son los ladrones, los que siembran la corrupción (...) poco a poco van a ver todos que el ISIS es un regalo de Alá".

El 22.12.2013 colgó una fotografía en la que sentado en un sillón y sonriendo aparecía con una pistola dorada en la mano. Luis Pablo , sobrino de Luciano , le dejó un mensaje: "Ahora te has convertido en un terrorista y has manchado tus manos con sangre, mañana vas a perder la nacionalidad, hijo de perra". Luciano le respondió "hace tiempo que no necesito de ti ni de tu nacionalidad, terrorista a tu pesar". El 24.2.2014 colgó en su perfil de Facebook dos videos, uno titulado "Estado Islámico de Iraq y el Levante, la realidad desde dentro", en el que se dice que los líderes del ISIS son malos dirigentes que mandan matar musulmanes. El segundo, "Testimonio de Raimundo , ex soldado del Estado Islámico de Iraq y el Levante", en el que el narrador cuenta los crímenes cometidos por ISIS y las razones por las que abandonó dicha formación.

El 2.4.2014 difundió un video que informaba de la muerte de un miembro de Jabhat al Nusra en una acción militar. El día 5.4.2014 Luciano comentó "¿Acaso no hay una persona honrada en el Frente de los Revolucionarios Sirios que acabe con la vida del traidor Yamal y dirija a los revolucionarios en la batalla costera?". El día 30.4.2014 colgó un archivo audiovisual en el que se observa a tres individuos, uno es

Sebastián , en el interior de un vehículo tipo pick-up en el puesto fronterizo de Bab Al Hawa, en el cual ondean dos banderas, una del Ejército Libre de Siria, la otra de simbología islamista, pero sin siglas. Posteriormente, el 24.6.2014, exhibe una foto en la que aparece junto a las banderas de Siria y del Ejército Libre de Siria, integrado en el conglomerado de fuerzas rebeldes.

El 15.10.14 publicó en su perfil de Facebook el comentario: "Hermano, es posible que Daesh ahora a la vista de mis ojos sea más grande que después de Koubani, no es como aprecio sino como odio". El 4.12.2014 difunde un mensaje en el que dice que Jabhat al Nusra tiene la obligación de poner límites a aquellos que "se aprovechan de la revolución en Siria, a los malhechores, a los que han extendido la corrupción en la tierra". El 12.1.2015 Torcuato divulgó el comentario: "Me da miedo decir que descansan en paz los que han llevado a cabo el atentado de París, porque me cierran la cuenta". El 8.5.2015 difunde un video titulado "Los mártires de Termanin", su pueblo, con imágenes de hombres muertos, algunos llevan uniforme militar y portan armas.



El 19.5.2015 divulgó un reportaje en video elaborado por un periodista sirio, llamado Torcuato , que entrevistaba a varias personas. Poco después, el 4.6.2015, comentaba "los kurdos idólatras están pisando la bandera del islam" junto a una foto en la que un miliciano kurdo que porta una bandera amarilla con una estrella roja, bandera de las YPG (Unidades de Protección Popular del Kurdistán), pisa una bandera negra que lleva en caligrafía árabe la leyenda "Solo hay un dios y Mahoma es su profeta". El 7.7.2015 colgaba una información del canal de noticias Orient News sobre un intercambio de prisioneros, en el que había sido liberada una mujer mayor.

1.4. No consta que Luciano tuviera vínculos con ISIS o Jabhat al Nusra, ni que les hubiera hecho envíos de uniformes militares, equipos electrónicos y de transmisiones, componentes de explosivos, armas de fuego y dinero para apoyar o financiar a sus milicias. Tampoco se ha acreditado que hubiera constituido una estructura de poder en España con esa finalidad.

2. D. Rosendo le cedió en alquiler el vehículo que usaba Luciano , un Citroën C-5, a cambio de una renta mensual. Rosendo ingresaba las rentas de la nave que había arrendado a Luciano , que le pagaba por transferencia o en metálico, en las cuentas de Contestania S.L., rentas que eran declaradas fiscalmente.

Ambos intentaron emprender negocios, aprovechando las relaciones y clientes de Luciano . Para ello, Rosendo adquirió el 15.4.2014 en una subasta un lote de carritos de bebé, tronas de coche y de comer y juguetes, todo de segunda mano, que según aquel eran productos que tenían buena salida en el mercado. Y el 20.5.2014 otro lote de pequeños electrodomésticos usados: microondas, tostadoras, lámparas, luces y herramientas de hogar. En las conversaciones de Luciano con sus clientes y corresponsales en otros países, les ofrecía una partida de "eléctricos", que no pudo vender. Dichas mercancías se encontraban en el almacén de Rosendo , sito en Polígono El Bambú, calle San Lorenzo de L'Alquería d'Asnar, en Alicante, cuando fue registrado el 7.2.2016.

El 3.8.2014 Rosendo exportó un contenedor a Luanda (Angola) de ropa y calzado de segunda mano, que había adquirido a unos comerciantes de Alcoy siguiendo el consejo de Luciano -que se había comprometido a venderlo, pero no había cumplido su promesa-, siendo su destinatario el comerciante libanés Carlos , quien abonó su precio, 15 900 euros, por medio de una transferencia desde una cuenta de Líbano cuyo titular era su hermano.

No consta que Rosendo hubiera colaborado económicamente en las actividades comerciales de Luciano ni le hubiera prestado financiación. No ha comerciado con Turquía, Siria o Iraq.

3. D. Luis Pablo , español de origen jordano, entabló amistad con el Sr. Luciano en Alicante. En el contexto de esta relación le ayudó con dinero, que le prestó en pequeñas cantidades, o buscando cauces para que pudiera cobrar el precio de mercancías que había vendido en Jordania. No consta que hubiera financiado alguna de las operaciones de Luciano de compraventa de ropa y mercaderías de segunda mano. No consta que tuviera relaciones con ISIS, Jabhat al Nusra u otras organizaciones terroristas. Tampoco que hubiera constituido una estructura con Luciano para remitir material militar, uniformes, dinero, armas o sistemas electrónicos a organizaciones o milicias que intervenían en el conflicto armado de Siria.

4. D. Sixto , nacional español de origen marroquí, es un empresario del textil que comercia con ropa usada, para ello participa en dos sociedades radicadas en Concentaina (Alicante), denominadas Oro Afretex S.L., que importa y exporta, y Aymantex S.L., que opera en el mercado nacional. Participa en otra sociedad, Chikar Maach Melilla S.L., que es la principal cliente de la segunda y que se proyecta a pequeños comerciantes de Marruecos.

4.1. Sixto adquiere la mercadería en grandes cantidades, que compra por toneladas. Sus proveedores son comerciantes que reciclan ropa que les suministran organizaciones no gubernamentales. En sus almacenes de Cocentania, donde trabajan hasta ochenta personas, procesan la ropa para clasificarla, previamente se desinfecta. Manipulan cerca de veinticinco toneladas al día. La clasificación consiste en la separación de las prendas por tipo y calidad. Si se encuentran en mal estado, son recicladas como trapos de limpieza industrial. En función de la clasificación por calidad se destina al mercado nacional la mejor, Europa y Melilla, la de segunda calidad a países africanos, como Camerún, Senegal o Nigeria, y la más baja a India, Pakistán o Togo. En ocasiones, adquiere la mercancía a empresas extranjeras de reciclaje, como Usman International FZC, radicada en Dubái, expedidora del contenedor que fue registrado en el puerto de Valencia después de que el Sr. Sixto fuera detenido.

Entre la ropa de segunda mano hay vestimenta militar, pantalones, chaquetas, zapatos, que representa el 0,038% del volumen anual de negocio, un producto que se destina al mercado marroquí por medio de Chikar Maach Melilla S.L.

4.2. El día 1.3.2016 fue abierto en el puerto de Valencia un contenedor remitido por Usman International desde el puerto de Jebel Ali de Dubái a Aymantex. El destino final de la mercancía, una vez clasificada y reciclada, era Chikar Maach Melilla y el mercado marroquí. Contenía 13 895 kilos de ropa que venía en 503 balas, entre ellas



chaquetas de piel, trajes de baño, bolsas de mano, cinturones, gorros de verano y prendas militares. La ropa militar eran 7 195 piezas, entre chalecos, pantalones y guerreras, todas ellas usadas, guardadas y prensadas en 99 balas que llevaban la inscripción " DIRECCION000 ", con un peso de 4 455 kilos. Estos paquetes se habían colocado al frente del contenedor, es decir que era la primera mercadería que se encontraba al abrirlo. De ellos, había 2 478 prendas procedentes de uniformes de OTAN, 2 536 y 2 133 prendas de otros uniformes, y 47 prendas de ropa especial etiquetada como NRQB de Equipos de protección individual, modelo DPM, 24 eran pantalones y 23 chaquetas, sin ningún otro material incorporado. Usman International FZC había obtenido la mercancía de donaciones públicas de bancos textiles de organizaciones no gubernamentales y se la vendió a Aymantex por 4 168,50 euros. En el albarán se hacía constar la existencia de ropa militar entre la mercadería que ocupaba el contenedor de transporte marítimo.

Entre los años 2014 y 2016, Usman International facturó ventas a Aymantex y Oro Afretex por importe de 1 322 716 euros. El precio del contenedor fue abonado por Aymantex mediante transferencia bancaria.

Oro Afretex había abonado el 29.1.2016 a Usman 51 125,18 euros, por transferencia, como precio de la adquisición anterior de ropa procedente de Salvation Army, oenegé con sede en Londres. Otra transferencia por importe de 114 008,92 euros se emitió el día anterior, 28.1.2016, desde Oro Afretex a favor de Nour Chikar Textile S.A.R.L., una empresa de Sixto que opera en el puerto de Tánger con ropa usada, en concepto de compensación de saldos (cantidad que previamente, el 27.1.2016, Sixto había transferido a la cuenta de Oro Afretex).

La ropa militar de OTAN y la etiquetada como NRQB se puede adquirir en el comercio, y se ofrece tanto en tiendas como en la red. No consta que Aymantex o Chikar Maach Melilla fueran a derivar esas prendas hacia organizaciones terroristas que operan en el conflicto sirio.

4.3. En el contenedor no había una granada de mano de fuego real sin carga, sino un dispositivo electrónico marca Recco para localización en zonas de montaña, que se había desprendido de una prenda de abrigo.

4.4. Sixto conocía a Luciano por radicarse sus negocios en el mismo polígono y porque el primero era presidente de la Mezquita de Cocentina. No se ha acreditado que Sixto hubiera abonado los gastos de transporte de un contenedor de la empresa de Luciano, Tigre Negro, que había llegado al puerto de Mersin en Turquía, ni que hubiera financiado alguna de las operaciones comerciales de aquel.

Chikar Maach Melilla tenía importantes ingresos en efectivo procedente de las ventas que realizaba a sus clientes que son pequeños comerciantes marroquíes que atraviesan a diario la frontera y pagan con dinero.

5. D. Pablo, español de origen sirio, vive en Madrid donde tenía un restaurante de comida siria. Conoció a Luciano en Alicante por medio de amigos comunes. No consta que hubiera intervenido en las operaciones comerciales de Luciano ni que las hubiera financiado. No consta que tenga vinculaciones con organizaciones que operan en el conflicto armado sirio.

6. D. Amadeo es marroquí y fue empleado de Tigre Negro, donde ingresó en junio de 2013. Dejó la empresa en 2015 porque Luciano no le abonaba el salario, que ascendía a 1 000 euros mensuales. Se encargaba de abrir y cerrar la nave, de descargar, clasificar y empaquetar la ropa. En alguna ocasión, como otros trabajadores, a petición de su empleador Luciano recogía dinero en empresas de transferencias internacionales que le enviaban a este de manera fragmentada en pago de mercancías. Cuando fue detenido trabajaba para otra empresa del sector. Tenía en su domicilio 6 000 euros en efectivo.

7. D. Ezequiel llegó a España en noviembre de 2014, huyendo del conflicto armado en Siria, su país. Abrió un restaurante kebab de comidas rápidas en Alicante, que frecuentaban Luciano y Luis Pablo. Realizó la limpieza y las obras de acondicionamiento de un local en la ciudad que había alquilado Luciano, donde se encontraba abandonado el revólver. En su domicilio tenía 6 000 euros, 72 dólares y 5 000 libras libanesas en efectivo. Antes de salir de su país había vendido las joyas de su esposa en un comercio de Damasco, por las que obtuvo 2 500 000 libras sirias. En el año 2014 intervino en la compraventa de material sanitario que envió a un cliente en Líbano en abril de 2014, en un contenedor de transporte marítimo.

No se ha acreditado que Primitivo hubiera ayudado a Luciano en sus negocios, ni que le hubiera financiado sus operaciones, ni que hubiera recogido por su cuenta dinero en efectivo.

8. Las empresas Tigre Negro S.L., Oro Afretex S.L., Aymantex S.L y Chikar Maach Melilla S.L no se dedicaban a proveer de material militar a organizaciones del conflicto de Siria e Iraq ni recibieron dinero procedente de esa fuente." (sic)

SEGUNDO.- La Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Primera, dictó sentencia nº 11/2021 con el tenor literal siguiente: "FALLAMOS: 1. **ABSOLVEMOS a D. Sebastián de los delitos de pertenencia a organización**



terrorista, financiación del terrorismo, enaltecimiento del terrorismo, blanqueo de capitales provenientes del terrorismo y tenencia ilícita de arma de fuego.

2. ABSOLVEMOS a D. Luis Pablo de los delitos de pertenencia a organización terrorista, financiación del terrorismo y blanqueo de capitales provenientes del terrorismo.

3. ABSOLVEMOS a D. Rosendo de los delitos de financiación del terrorismo y blanqueo de capitales provenientes del terrorismo.

4. ABSOLVEMOS a D. Sixto de los delitos de financiación del terrorismo y blanqueo de capitales provenientes del terrorismo.

5. ABSOLVEMOS a D. Pablo del delito de financiación del terrorismo.

6. ABSOLVEMOS a D. Amadeo de los delitos de financiación del terrorismo y blanqueo de capitales provenientes del terrorismo.

7. ABSOLVEMOS a D. Primitivo de los delitos de financiación del terrorismo y blanqueo de capitales provenientes del terrorismo.

8. ABSOLVEMOS a Tigre Negro S.L., Chicar Maach Melilla Ropa S.L., Oro Afretex S.L. y Aymantex S.L. del delito de financiación del terrorismo. Y se levanta la intervención y administración judicial de las tres últimas empresas.

9. Las costas de declaran de oficio.

10. Se dejan sin efecto las medidas cautelares personales y reales impuestas en el procedimiento. Se devolverá a los acusados las fianzas de libertad provisional que constituyeron, además del dinero y los efectos que les fueron intervenidos, salvo el revólver ocupado al Sr. Luciano y las piezas de valor histórico artístico que poseía el Sr. Luis Pablo, que se remitirán a la institución pública que corresponda.

11. Remítase testimonio del acta de ocupación de la pistola, del informe pericial y de esta resolución a la autoridad administrativa por si la posesión del revólver por el Sr. Sebastián supone una infracción al Reglamento de Armas.

Notifíquese esta resolución a todas las partes y a los interesados, con instrucción de los derechos que les asisten a aquellos frente a la misma, en concreto de su derecho al recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que se deberá preparar ante esta Sala en plazo de cinco días desde la última notificación." (sic)

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional por el Ministerio Fiscal, que se tuvo 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.- El recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, lo basó en el siguiente motivo de casación:

Motivo único.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º LECrim., por inaplicación del art. 564.1.1º del C.P.

QUINTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, por escrito de fecha 17 de diciembre de 2021, la representación de D. Sebastián solicitó la impugnación del mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 3 de mayo de 2023 se señaló el presente recurso para deliberación y fallo el día 28 de junio de 2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- La sentencia núm. 11/2021, 7 de mayo, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Nacional, absolvió a Sebastián y a otros acusados de los delitos por los que el Ministerio Fiscal y la Asociación de Víctimas del Terrorismo habían formulado acusación. Entre esos delitos se incluía el de tenencia ilícita de armas de fuego reglamentada (art. 564 del CP), por el que se solicitaba la pena de prisión de 2 años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena.

El Fiscal del Tribunal Supremo formaliza recurso de casación al amparo del art. 849.1 de la LECrim. Considera indebida la no aplicación del art. 564.1.1 del CP.

2.- Razona el recurrente que en los hechos probados, concretamente en el punto 1.3, párrafo 2º se afirma lo siguiente: "...en el trastero anejo a su domicilio, de la CALLE000 núm. NUM000 . de Crevillente, guardaba en un maletín de piel un viejo revólver basculante marca Orbea, modelo Ona, de Hermanos Orbea y Cía. Eibar,



núm. NUM001 de serie, dotado de tambor con cinco recámaras para cartuchos de cali-bre 38 S&W corto (9x20 mm). Tenía más de cien años y se encontraba en regular estado de conservación, con ligeros síntomas de oxidación; una cachá se fracturó al realizar los peritos las pruebas para verificar su funcionamiento, que era correcto y apto para el disparo. Luciano no disponía de munición para el arma, que había sido fabricada antes de 1924. Se la había encontrado al limpiar un local que había arrendado en Alicante".

En el FJ 2º de la resolución recurrida, al justificar la falta de tipicidad de los hechos declarados probados, la Audiencia Nacional argumenta que "... el artículo 564.1 Código Penal tipifica la conducta de tenencia ilícita de armas de fuego reglamentadas careciendo de licencias y permisos necesarios. El revólver que Luciano poseía era idóneo para el disparo, lo que lo convierte en objeto del delito. La tenencia supone posesión y disposición del arma, por tratarse de un delito de propia mano, conducta que puede identificarse en el caso, en la medida que el acusado había hallado un arma y la había guardado, teniéndola a su disposición. Luciano carecía de licencia o permiso para tener el revólver.

El tipo está configurado como de mera actividad y de riesgo abstracto, pero su interpretación constitucional requiere que el arma posea una especial potencialidad lesiva y, además, la tenencia se produzca en condiciones o circunstancias tales que la conviertan en el caso concreto en especialmente peligrosa para la seguridad ciudadana (STC 24/2004 y 51/2005). Especial peligrosidad del arma y de las circunstancias de su tenencia que deben valorarse con criterios objetivos y en atención a las circunstancias concurrentes.

En nuestro caso resulta difícil afirmar la potencial peligrosidad de la tenencia. En primer lugar, por las características del arma. Es cierto que era apta para el disparo, pero se trata de un revólver basculante de más de cien años de antigüedad que, encima tiene un estado de conservación regular, con oxidación. Tal era su estado que una de las cachas se fracturó cuando los peritos fueron a probar su funcionamiento. En segundo lugar, porque el acusado no tenía munición para disparar con ella. Su origen es otro dato a tener en cuenta: fue hallada abandonada en un local que el acusado había alquilado. También es importante el lugar donde guardaba el revólver, no en su casa, en proximidad que le permitiera hacerse fácilmente con ella, sino en un trastero anejo a la vivienda, dentro de un maletín; disponibilidad sí, pero a distancia. Las características del objeto -un arma antigua, cuya integridad se rompe al intentar usarla, mal conservada y sin munición- y las circunstancias de la posesión -conservada en un trastero fuera del domicilio del tenedor- nos dicen que la conducta no expresa la especial peligrosidad que exige el tipo para afectar al bien jurídico protegido de la seguridad jurídica (sic) y diferenciarlo con precisión del ilícito administrativo. No obstante, se remitirá testimonio a la autoridad administrativa en la medida que la tenencia pueda ser sancionada como una infracción a Reglamento de Armas"

Como apunta el Fiscal, la resolución de la que discrepa, después de describir la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del delito, considera que para que la acción sea subsumible en el tipo se requiere que la tenencia se produzca en condiciones y circunstancias que la conviertan, en el caso concreto, en especialmente peligrosa para la seguridad ciudadana. En la sentencia se excluye esta peligrosidad valorando la antigüedad del arma, que el acusado no tenía munición para la misma, que fue hallada casualmente y que la guardaba en un trastero y, en consecuencia, absuelve del delito por el que se formulaba acusación.

Tiene razón el Ministerio Público y el recurso ha de ser estimado.

3.- Dos cuestiones previas son de obligado tratamiento.

3.1.- La primera de ellas está relacionada con los límites constitucionales a la revisión de una sentencia absolutoria dictada en la instancia.

La jurisprudencia de esta Sala, siguiendo la línea proclamada por el Tribunal Constitucional en numerosos precedentes -no exentos de vaivenes en la búsqueda de una solución integral al problema derivado de la condena de un acusado en virtud de un recurso de apelación o casación ante un Tribunal superior- viene afirmando, desde la STC 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 15, que cuando a partir de los hechos declarados probados en la primera instancia, el núcleo de la discrepancia entre la sentencia absolutoria y la condenatoria sea una cuestión estrictamente jurídica, para su resolución no resulta necesario oír al acusado en un juicio público, sino que el Tribunal puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos indica que " tras celebrarse una vista pública en primera instancia, la ausencia de debate público en apelación puede justificarse por las particularidades del procedimiento considerado, teniendo en cuenta la naturaleza del sistema de apelación interno, el alcance de los poderes del órgano de apelación, la manera en que los intereses del demandante han sido realmente expuestos y protegidos ante éste, y principalmente la índole de las cuestiones que éste tiene que juzgar ... Así, ante un Tribunal de apelación que goza de plenitud de jurisdicción, el artículo 6 no garantiza necesariamente el derecho a una vista pública ni, si dicha vista ha tenido lugar, el de comparecer personalmente en los debates" (entre otras STEDH de 16 noviembre 2010, caso *García Hernández c. España* § 24; 16 diciembre 2008, caso *Bazo González c.*



*España § 30). De acuerdo con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es indispensable contar con una audiencia pública cuando el Tribunal de apelación " no se ha limitado a efectuar una interpretación diferente en derecho a la del juez a quo en cuanto a un conjunto de elementos objetivos, sino que ha efectuado una nueva apreciación de los hechos estimados probados en primera instancia y los ha reconsiderado, cuestión que se extiende más allá de las consideraciones estrictamente jurídicas" (STEDH de 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España , § 36). De donde se extrae la conclusión de que dicha audiencia pública no es necesaria cuando el Tribunal *ad quem* se limita a efectuar una distinta interpretación jurídica respecto a la realizada en la instancia anterior. Por esta razón, en la mencionada STEDH de 16 de diciembre de 2008, caso Bazo González c. España , se consideró inexistente la vulneración del art. 6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, en la medida en que " los aspectos analizados por la Audiencia Provincial poseían un aspecto puramente jurídico, sin que los hechos declarados probados en primera instancia hubieran sido modificados" (§ 36).*

Por consiguiente, en el presente caso ningún obstáculo existe para casar la sentencia dictada en la instancia y sustituir el pronunciamiento exoneratorio por una nueva resolución que declare que los hechos, tal y como han sido descritos, sin necesidad de adiciones ni reinterpretaciones valorativas, tienen pleno encaje en el art. 564 del CP.

3.2.- La segunda cuestión que esta Sala no quiere orillar en nuestra respuesta al recurso promovido por el Ministerio Fiscal tiene relación con la incuestionable necesidad de una interpretación restrictiva de los arts. 563 y 564 del CP. De lo contrario, se corre el riesgo de difuminar de forma irreparable la línea que separa la infracción administrativa del ilícito penal.

Así lo ha proclamado la jurisprudencia constitucional y así ha sido aplicado en repetidas ocasiones por esta misma Sala. En efecto, en nuestra STS 29/2009, 19 de enero, recordábamos, con cita de la STC 24/2004, 24 de febrero, que el art. 563 del CP no consagra una remisión ciega a la normativa administrativa, cualquiera que sea el contenido de ésta, sino que el ámbito de la tipicidad penal es distinto y más estrecho que el de las prohibiciones administrativas.

Ningún matiz puede hacerse a la doctrina constitucional, de la que nos hemos hecho eco en numeroso precedentes, cuando recuerda que "... acudiendo ahora a los principios generales limitadores del ejercicio del *ius puniendi*, la prohibición penal de tener armas no puede suponer la creación de un ilícito meramente formal que penalice el incumplimiento de una prohibición administrativa, sino que ha de atender a la protección de un bien jurídico (la seguridad ciudadana y mediatamente la vida y la integridad de las personas, como anteriormente señalamos) frente a conductas que revelen una especial potencialidad lesiva para el mismo. Y además, la delimitación del ámbito de lo punible no puede prescindir del hecho de que la infracción penal coexiste con una serie de infracciones administrativas que ya otorgan esa protección, por lo que, en virtud del carácter de *ultima ratio* que constitucionalmente ha de atribuirse a la sanción penal, sólo han de entenderse incluidas en el tipo las conductas más graves e intolerables, debiendo acudir en los demás supuestos al Derecho administrativo sancionador, pues de lo contrario el recurso a la sanción penal resultaría innecesario y desproporcionado.

La concreción de tales criterios generales nos permite efectuar nuevas restricciones del objeto de la prohibición, afirmando que la intervención penal sólo resultará justificada en los supuestos en que el arma objeto de la tenencia posea una especial potencialidad lesiva y, además, la tenencia se produzca en condiciones o circunstancias tales que la conviertan, en el caso concreto, en especialmente peligrosa para la seguridad ciudadana. Esa especial peligrosidad del arma y de las circunstancias de su tenencia deben valorarse con criterios objetivos y en atención a las múltiples circunstancias concurrentes en cada caso, sin que corresponda a este Tribunal su especificación. Esta pauta interpretativa resulta acorde, por lo demás, con la línea que, generalmente, viene siguiendo el Tribunal Supremo en la aplicación del precepto en cuestión".

Sin embargo, esta irrenunciable idea matriz en el momento de definir el ámbito abarcado por cualquier injusto tenía como objetivo principal en aquella resolución la interpretación del art. 563 del CP, en el que la acción típica consiste en la tenencia de "...armas prohibidas y la de aquellas que sean resultado de la modificación sustancial de las características de fabricación de armas reglamentadas". En el presente caso, sin embargo, pese a la cita que hace la sentencia recurrida del precedente constitucional que representa la ya mencionada STC 24/2004, lo que está siendo objeto de discusión es algo distinto. De lo que se trata ahora, es de decidir si la oxidación de un arma de fuego perfectamente descrita en el hecho probado como idónea para el disparo ("...revólver basculante marca Orbea, modelo Ona, de Hermanos Orbea y Cía. Eibar, núm. 391 de serie, dotado de tambor con cinco recámaras para cartuchos de cali-bre 38 S&W corto (9x20 mm)"), si la falta de munición o, en fin, el lugar en el que ese revolver había sido escondido impiden la subsunción de los hechos como constitutivos de un delito del art. 564.1 del CP, en el que se castiga "...la tenencia de armas de armas de fuego reglamentadas careciendo de las licencias o permisos necesarios".



Y la respuesta ha de ser necesariamente negativa.

4.- La sentencia cuestionada absuelve a Sebastián del delito de tenencia de armas, pese a proclamar en el juicio histórico que el revolver que fue hallado en posesión del acusado carecía "...de licencias y permisos necesarios", que ese revolver "...era idóneo para el disparo" y que esa idoneidad e ilicitud le convertía "...en objeto del delito".

A partir de este fragmento del relato de hechos probados, el desenlace absolutorio no puede, desde luego, justificarse con la argumentación que la Audiencia Nacional acoge en el FJ 2º de la sentencia recurrida. Ni la antigüedad del arma, ni la ocasional falta de munición, ni el hecho de estar escondida en un trastero de difícil acceso quiebran la subsunción en el delito previsto en el art. 564.1.1 del CP. Tampoco se resiente la tipicidad por el hecho de que no haya quedado acreditada la voluntad de hacer uso de ese arma.

La jurisprudencia de esta Sala es reiterada en este punto. No excluye la tipicidad por el hecho de que el arma presente -como apunta el hecho probado- "...ligeros síntomas de oxidación". En la STS 1986/2002, 29 de noviembre, decíamos que "...la oxidación en modo alguno impedía el correcto funcionamiento del arma (...). El fundamento de este delito se encuentra en la voluntad del legislador que, ante el peligro que la tenencia de estas armas lleva consigo la somete (la tenencia) a una estricta regulación administrativa mediante la exigencia de la correspondiente licencia o permiso a cada persona, cuya falta es lo que determina la existencia de este delito ahora definido en el art. 564 CP. La mencionada oxidación sólo revela una descuidada actitud del tenedor en la conservación de la pistola y quizá también que no la usaba, incluso pudiera haber ocurrido que no la hubiera utilizado ni pretendiera utilizarla nunca. Pero ello no excluye el delito. El mencionado peligro que la ley quiere tener controlado existe desde el momento en que se trata de un arma de fuego reglamentada que puede disparar y cuyo poseedor carece de la licencia o permisos exigidos por la administración del estado".

El hecho de que se trate de un arma antigua tampoco es obstáculo para el juicio de subsunción. Así lo señalábamos en la STS 102/2007, 16 de febrero: "...aunque la munición correspondiente al arma no sea habitual, no ha quedado excluido que pueda conseguirse en el mercado, a falta de datos de la actual fabricación, lo que dejaría incólume la existencia del peligro. [...] El argumento de la antigüedad del arma y el convencimiento personal de su poseedor de que no funcionaba, así como su dedicación a fines coleccionistas, no es acorde con las circunstancias del caso, ya que pericialmente se demostró que fue fabricada entre los años 1950 y 1960, fechas no tan antiguas como para pensar en la inutilidad del arma, y respecto a los fines coleccionistas se compaginarían mal con la existencia de una sola arma y su finalidad de exhibición, circunstancias contradictorias con el lugar donde fue habida (el interior de una caja fuerte)".

Se hace eco el Fiscal de la STS 867/2014, de 11 diciembre, que abordó buena parte de los planteamientos que ahora hace valer la defensa, que alega como elementos exculpatorios que "se trata de un arma con escasa capacidad lesiva, que no se hallaba vinculada con las actividades de tráfico de drogas, que era una réplica de un revólver de avancarga del año 1873, y que por su estructura y mecanismo de funcionamiento no podía cargarse rápidamente, ya que requería de tres elementos cuya armonización no resulta fácil, definiéndola por tanto en el recurso como un arma de uso lento y de escasa virtualidad práctica para ser utilizada con fines lesivos. Por lo cual, la parte la cataloga más bien como "arma habitual de colección", incidiendo igualmente en que ni siquiera tenía en casa los pistones que habrían permitido hacer fuego con ella". En respuesta a este planteamiento, la Sala Segunda no se detiene en comprobar si la supuesta falta de capacidad lesiva es real o no y si tiene incidencia en la tipicidad de la conducta, sino que zanja la cuestión de forma categórica diciendo que "Sin embargo, toda esa argumentación defensiva se diluye ante el dictamen pericial de los peritos oficiales que informaron en la causa, quienes manifestaron que se trata de un arma reglamentaria que se hallaba en correcto estado de funcionamiento y para cuya tenencia es imperativo hallarse en posesión de la licencia y permiso correspondientes". La exigencia de capacidad lesiva del arma de fuego y las consecuencias de su falta o disminución no forman parte del argumentario propio del delito de tenencia ilícita de armas cuando se trata de un arma reglamentaria que se halla en correcto estado de funcionamiento siendo apta para el disparo y su tenencia exige de forma imperativa hallarse en posesión de la licencia y permiso correspondientes".

Tampoco excluyen de la tipicidad la oxidación del arma (cfr. ATS 1166/2013, 30 de mayo) o la falta de acreditación de una voluntad de uso (cfr. SSTS 1348/2004, 25 de noviembre; 334/2007, 25 de abril; 492/2017, 29 de junio). Conviene insistir, una vez más, en que el delito sancionado en el art. 564 del CP no exige un contacto material y físico, de carácter permanente, con el arma en cuestión (STS 478/2013, 6 de junio). Tenencia equivale a gozar de la posesión actual de una cosa y poseer consiste en tener un objeto con ánimo de conservarlo, obviamente, con una potencialidad de uso (STS 425/2003, 31 de octubre). Hemos dicho que la exigencia del tipo penal se satisface con el hecho de que tal relación del sujeto con el arma se dé de forma que haga posible la posesión y la disponibilidad de la misma con plena autonomía (STS 1257/2002, 4 de julio). Basta al efecto la posesión y la disponibilidad del arma, condiciones que sin duda se dan en quien a sabiendas



mantiene un objeto de esa naturaleza en su entorno más inmediato y de forma que lo hace perfectamente utilizable (STS 425/2003, 31 de octubre).

En definitiva, los hechos, en la medida en que reflejan la tenencia de un arma de fuego idónea para el disparo y disponible por Sebastián , tienen pleno encaje en el art. 564 del CP.

Cuestión distinta, como sugiere el Ministerio Fiscal en su recurso, es que la determinación de la pena pueda hacerse con arreglo al art. 565 del CP, entendiéndose que esa antigüedad descrita en el factum, el deficiente estado de conservación, la carencia de munición y las singularidades del lugar de custodia, aconsejen la rebaja en grado de la pena que autoriza el art. 564.1 del CP.

5.- Conforme al art. 901 de la LECrim, procede la declaración de oficio de las costas procesales.

FALLO

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

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación promovido por el **MINISTERIO FISCAL** contra la sentencia 11/2021, 7 de mayo, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Nacional, en la causa seguida contra Sebastián , casando y anulando dicha resolución y procediendo a dictar segunda sentencia, con declaración de oficio de las costas procesales.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre D.^a Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet D. Ángel Luis Hurtado Adrián

RECURSO CASACION núm.: 4405/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D.^a Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 29 de junio de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 4405/2021, contra la sentencia nº 11/2021, de fecha 7 de mayo, dictada por la Sección Primera, Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en el rollo nº 3/2016, dimanante del sumario nº 5/2016 del Juzgado Central de Instrucción nº 6 que ha sido casada y anulada por sentencia pronunciada el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la ponencia del Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez, se hace constar lo siguiente:

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO



ÚNICO.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por las razones expuestas en el FJ 4º de nuestra sentencia precedente, resulta obligada la estimación del recurso promovido por el Ministerio Fiscal, fijando la pena de los hechos declarados probados conforme al marco dosimétrico definido por los arts. 564.1 y 565 del CP.

La Sala entiende ajustada a la significación de los hechos la imposición de la pena, rebajada en un grado y en la mínima extensión de 6 meses y 1 día de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Que debemos CONDENAR y CONDENAMOS a D. Sebastián como autor de un delito de tenencia de armas de fuego, a la pena de 6 MESES y 1 DÍA de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Se mantiene el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada en la instancia en lo que no se oponga a la presente

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

Así se acuerda y firma.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre D^a Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet D. Ángel Luis Hurtado Adrián