

Sección del Tribunal Constitucional**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

608 *Pleno. Sentencia 146/2017, de 14 de diciembre de 2017. Recurso de amparo 1659-2016. Promovido por don Ignacio Agorria Ortiz de Zárate y otras cuatro personas frente a la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que los condenó, en casación, por un delito contra la salud pública. Vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la defensa: condena en casación impuesta a partir de la reconsideración de la concurrencia de una circunstancia, la existencia de un error de prohibición, introducida de oficio por el tribunal de instancia y sobre la que no pudieron pronunciarse los acusados (STC 167/2002).*

ECLI:ES:TC:2017:146

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Juan José González Rivas, Presidente, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Antonio Narvárez Rodríguez, don Alfredo Montoya Melgar, don Ricardo Enríquez Sancho y doña María Luisa Balaguer Callejón, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 1659-2016, promovido por don Ignacio Agorria Ortiz de Zárate, don Joseba Imanol Dorransoro Ibeas, doña Cristina Muñoz Fernández, doña Olga Muñoz Fernández y don Sergio Bermejo de la Peña, representados por la Procuradora de los Tribunales doña María Inés Pérez Canales y defendidos por el Letrado don Luis Soriano Soriano, contra la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2015 que estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 16 de junio de 2014, y contra el Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2016 que desestima el posterior incidente de nulidad de actuaciones. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Santiago Martínez-Vares García, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Por escrito presentado el 29 de marzo de 2016, en el registro general del Tribunal Constitucional, se interpuso por la Procuradora de los Tribunales doña María Inés Pérez Canales, en nombre y representación de don Ignacio Agorria Ortiz de Zárate, don Joseba Imanol Dorransoro Ibeas, doña Cristina Muñoz Fernández, doña Olga Muñoz Fernández y don Sergio Bermejo de la Peña, asistidos por el Letrado don Luis Soriano Soriano, recurso de amparo contra la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2015 que estimó parcialmente el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 16 de junio de 2014, y contra el Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2016 que desestimó el posterior incidente de nulidad de actuaciones.

2. Los hechos relevantes para el examen de la pretensión de amparo son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) Por el Juzgado de Instrucción núm. 6 de Bilbao se inició el procedimiento abreviado núm. 1386-2012 contra los demandantes de amparo formulándose escrito de acusación por el Ministerio Fiscal contra don Ignacio Agorria Ortiz de Zárate, don Joseba Imanol Dorronsoro Ibeas, doña Cristina Muñoz Fernández, a quienes les atribuía la comisión de un delito contra la salud pública en su modalidad de droga que no causa grave daño a la salud, en concurso real con un delito de integración en grupo criminal y alternativamente un delito de asociación ilícita, considerando a los otros dos demandantes de amparo –doña Olga Muñoz Fernández y don Sergio Bermejo de la Peña–, autores de un delito contra la salud pública en su modalidad de droga que no causa grave daño a la salud. Por su parte la defensa solicitó la absolución y alternativamente la apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas.

b) Los demandantes de amparo fueron absueltos por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Vizcaya de los delitos de los que habían sido acusados. La sentencia sustancialmente declaró probado que el 11 de octubre de 2010 se llevó a cabo el acto de constitución de la «Asociación de Estudios y Usuarios del Cañamo Ebers», aprobándose los estatutos de la asociación y designando para el cargo de presidente a don Ignacio Agorria Ortiz de Zárate, para el de Secretario a don Joseba Imanol Dorronsoro Ibeas, y para el de Tesorera a doña Cristina Muñoz Fernández. Dicha asociación fue registrada en el registro general de asociaciones del País Vasco en virtud de resolución de 3 de marzo de 2011. En el artículo 2 de los estatutos de la asociación se establecían los fines de la misma, destacando que «1º.–... No constituye objetivo de la asociación el fomento ni la difusión de sustancia alguna, es más ... aboga por un mundo sin drogas. Pero los que estamos en esta realidad necesitamos normalizar nuestras vidas. 2º ... teniendo como máxima cumplir siempre los consejos establecidos por el Tribunal Supremo Español, que en su reciente línea jurisprudencial que acoge la impunidad del consumo compartido por personas ya usuarias». Los socios que ingresaban suscribían un «contrato de previsión de consumo», manifestando el suscribiente la cantidad de consumo prevista para un plazo de seis meses. En dicho documento se contenían las siguientes manifestaciones efectuadas por el nuevo socio: «ser usuario/a habitual de la planta de cannabis y sus derivados ... el compromiso de no vender el cannabis que la asociación le proporcione, total o parcialmente, bajo el resultado de apertura de expediente y expulsión de la Asociación.». El segundo de los documentos llevaba por título «acuerdo de cultivo colectivo», en el que se acordaba que «el cultivo se llevará a cabo en las épocas requeridas por la naturaleza de la planta ... El terreno o espacio efectivamente cultivado no excederá nunca el total resultante de adjudicar una porción de suelo no superior a un metro cuadrado por persona. ... los frutos recolectados ... serán exclusivamente destinados al uso o consumo personal y privado ... solo pretendemos proteger nuestra salud de los graves perjuicios derivados del consumo de cannabis adulterado ... hartos de un mercado negro lleno de riesgos».

Sigue relatándose en los hechos probados que «con base en todas esas previsiones, la asociación Ebers puso en funcionamiento un sistema de cultivo de cannabis que le permitiera una producción con la que atender las necesidades de consumo de los socios contratándose al efecto a un jardinero. Con posterioridad la sustancia tóxica era preparada para el consumo, envasada y posteriormente entregada a los socios para su propio consumo conforme a la previsión de consumo semestral efectuada ... se estableció un límite máximo de sustancia tóxica a dispensar a los socios de dos gramos por día. El precio de cada gramo dispensado era de dos euros y cada socio pagaba una cantidad de diez euros con la inscripción. ... se preveía la pérdida de la condición de socio cuando su conducta vaya contra los principios sociales ... en especial: –Salir del local fumando cannabis. –Exhibir o mostrar en la calle el material adquirido. –Ser esperado en los alrededores de la Asociación por terceras personas indiscriminadamente. –Consumir en el local otras sustancias diferentes al cannabis y sus derivados y, por supuesto, su tráfico, medie lucro o no».

Continúa el relato de hechos indicando que se llevó a cabo una entrada y registro en el domicilio de la asociación ocupando en diversos lugares, cannabis (marihuana), distribuida entre otras en: 84 bolsas conteniendo 424,4 gramos; 349 bolsas conteniendo 711,6 gramos; una bolsa conteniendo 27,8 gramos; una bolsa conteniendo diez *tuppers* con 474 gramos; una bolsa conteniendo dos cajas con 304,4 gramos, 37 bolsas conteniendo 75,4 gramos; una bolsa conteniendo una caja con 201 gramos. «La cantidad estupefaciente intervenida procedía del cultivo con el que se atendía a las necesidades de abastecimiento de los socios de Ebers conforme a los acuerdos, contratos y reglas preestablecidos a los que se ha hecho referencia ... El mismo día del registro se encontraban en el interior del piso de la asociación los también acusados Olga Muñoz Fernández y Sergio Bermejo de la Peña ... efectuando labores de preparación y envasado de las bolsas en las que se entregaba las bolsas (sic) a los socios, labores de las que se ocupaban preferentemente el Presidente y Secretario de la asociación, siendo auxiliados ocasionalmente en ese momento por estos dos acusados».

Finalmente se indicaba:

«No ha quedado acreditado que la asociación tuviera como finalidad, y esa fuera su actividad real, pura y simplemente, la distribución a terceras personas de marihuana o cannabis en cualquiera de sus formas, ni la participación de ninguno de los acusados en dicha actividad. No ha quedado acreditado ningún caso en el que la droga se hubiere entregado, por ninguno de los acusados, a ninguna persona que no tuviera la condición de socio. No ha quedado acreditado que las cantidades obtenidas por las cuotas de inscripción o al adquirirse las cantidades de droga por los socios tuvieran otro destino que el de sufragar la mencionada actividad de abastecimiento por parte de la asociación, en particular no ha sido demostrado ningún enriquecimiento ilícito por parte de ninguno de los acusados en su participación diversa en las actividades de la asociación, ni tampoco por parte de la asociación. No ha quedado acreditado que en ningún caso se hubiera entregado a un socio una cantidad mayor de marihuana que la que le correspondiera en virtud del contrato de previsión de consumo mencionado. Tampoco ha quedado acreditado que ninguno de los acusados tuviera la intención de que la droga fuera difundida entre quienes no fueran socios ni que consintieran o aceptaran la entrega de droga por parte de ningún socio a terceros a título oneroso o gratuito.»

La sentencia de la Audiencia Provincial, interpretando las sentencias del Tribunal Supremo, consideró que los hechos eran irrelevantes penalmente, al haberse flexibilizado por el Tribunal Supremo la doctrina del consumo compartido, considerando que lo determinante es que ninguno de los intervinientes promueve en otros el consumo, ni el mismo es incitado o iniciado al consumo por razón de la actuación de los otros, siendo una variante del consumo compartido el cultivo compartido entre diversas personas para su consumo personal, en que no existe lesión para el bien jurídico al no trascender la voluntad del círculo de los comprometidos con el cultivo. Pone de manifiesto las ventajas de la asociación como la constituida por los acusados (evita la clandestinidad, óptima relación calidad precio, riesgos de acudir al mercado ilícito), tan es así que en los estatutos consta que no fomentan ni difunden sustancia alguna sino la normalización del consumo. Sancionar estas conductas sería penalizar el consumo. Afirma que la peculiaridad del caso es el abultado número de socios (290 socios), consumidores de cannabis. Concluye finalmente que la asociación cumplió con todos los trámites administrativos, contables y fiscales, no generó lucro, el cannabis se encontraba controlado en cuanto al cultivo y requisitos para la entrega.

c) El Ministerio Fiscal, previa preparación, interpuso el recurso de casación por indebida aplicación de los artículos 368 y 374 del Código penal (en adelante CP), al considerar que del relato de hechos probados resultaba la comisión de un delito contra la salud pública, al no ser de aplicación la excepción del consumo compartido por no concurrir los requisitos exigidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Entiende, que el cultivo de cannabis preordenado a la distribución entre los integrantes de la asociación era constitutiva de delito, descartando que el ánimo de lucro fuera un elemento exigido por el tipo inaplicado. Considera, por otra parte, que los hechos eran constitutivos de un delito de

asociación ilícita, al constituirse la asociación a sabiendas de que era un subterfugio legal, en orden a propiciar, amparar y legitimar una conducta posterior o alternativamente de un delito de grupo criminal.

d) Por providencia de 1 de octubre de 2014, se tuvo por formalizado el recurso dándose traslado a la representación procesal de los demandantes, quienes por escrito registrado el 15 de octubre, impugnaron la admisión del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, discrepando de la valoración de los hechos pretendida por el Ministerio Fiscal, al considerar la conducta atípica por tratarse de un consumo compartido entre los asociados, perfectamente identificados, con una previsión de consumo semestral de 360 gramos. Además, los socios consumían en el local y accidentalmente en su domicilio, sin difusión a terceras personas, no siendo la cantidad intervenida alarmante, al ser la necesaria para abastecer a los socios entre ocho y seis días. Añade que el número de socios era reducido. Sostiene que el recurso introduce nuevos hechos no probados. En cuanto al delito de asociación ilícita descarta que la finalidad de la asociación fuera la de distribuir cannabis a terceros, simplemente se ejerció el derecho de asociación, debiendo ser respetados los hechos de la sentencia en su integridad. Afirma que tampoco existe el dolo específico propio del delito de grupo u organización criminal, que tendría su origen en una valoración de la prueba que no respetaría los hechos probados.

e) Por providencia de 18 de febrero de 2015 se somete el asunto al Pleno Jurisdiccional, señalándose para el día 24 de marzo de 2015. Por providencia de 7 de abril de 2015, se resuelve que «por haberse acordado en el Pleno Jurisdiccional señalado en el presente recurso y de conformidad en lo establecido en el Art. 897.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se concede a las partes un plazo de diez días para que aleguen lo que a su derecho convenga respecto a la eventual aplicabilidad del Art. 14 del Código Penal, y efectuado dese cuenta».

f) El Ministerio Fiscal emitió informe en fecha de 15 de abril de 2015, en el que tras exponer las diferencias entre el error de tipo y de prohibición y la necesidad procesal de su alegación y prueba, así como su inadmisión en el caso de infracciones de ilicitud notoria, afirma que «el error no consta reflejado en los hechos probados ... tampoco ha sido alegado por nadie ni luego probado, al margen de que además no resulta factible conjeturar su concurrencia en el caso de delitos cuya ilicitud sea objeto de comprensión generalizada». Entiende que de existir algún error sería de tipo al considerar que la conducta no era «ilegal», por concurrir consumo compartido, sin embargo no concurren los requisitos del consumo compartido a la vista de la Instrucción 2/2013 de la Fiscalía General del Estado y de las SSTS 499/2010, 1254/2009, 76/2011, 187/2014, 210/2008 y 761/2013.

g) La representación de los demandantes presentó escrito el 22 de abril de 2015, manifestando que desde el principio los acusados vinieron a manifestar su creencia absoluta y sin género de dudas de que la asociación y sus asociados obraban conforme a derecho. Afirman, que la constitución de la asociación fue conforme a la normativa, solicitándose licencia de apertura al ayuntamiento para su sede social, inscribiéndose en el registro de asociaciones y llevándose la documentación del modo exigido por la normativa. Añade, que realizaban un estricto cumplimiento de las resoluciones del Tribunal Supremo sobre el consumo compartido. Se aportó a la causa diversos artículos y sistemas de funcionamiento de asociaciones análogas y diversos escritos e informes sobre el uso del cannabis en la asociación cerrada, en dicha información basaban la creencia de que con la actividad asociativa no cometían ningún tipo delictivo, es decir, estaban en la creencia de la licitud de su acción y que al estar la asociación legalmente constituida y con cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley de asociaciones, estaban en la creencia, sin duda alguna de existencia en la norma de la autorización para la ejecución de una acción típica, en el ámbito asociativo, plenamente admitida en derecho y que no suponía antijuridicidad alguna de su posible acción, en la creencia de que se obraba en la más estricta legalidad. Considera, que del interrogatorio de los acusados y de la prueba testifical y documental, se puede desprender la existencia de un error invencible. Insiste, en que de las manifestaciones vertidas por los acusados a lo largo del procedimiento y en el acto del juicio se puede deducir la existencia de un error invencible, que les hacía

conscientes de que su actuación en la asociación resultaba atípica y no imputable por estar sometidos a una regularización y control administrativo y policial, toda vez que existía autorización legal para realizar la actividad. Afirma que el error invencible, resultó de las manifestaciones personales de los testigos e imputados, perteneciendo al «arcano íntimo de la conciencia de cada imputado», habiendo actuado en todo momento en la creencia de que obraban conforme a derecho, ignorando que su conducta era contraria a derecho, por lo que resulta aplicable el error invencible (art. 14 CP), que debe excluir la culpa y la responsabilidad penal de todos ellos.

h) En lo que a los efectos del recurso de amparo interesa, la STS de 7 de septiembre de 2015 estima el motivo primero del recurso de casación del Ministerio Fiscal y desestima el resto, y, en su virtud casa y anula la Sentencia de la Audiencia Provincial, al considerar, respetando el relato de hechos probados, que estos son constitutivos de un delito contra la salud pública. En un extenso razonamiento que arranca del examen de la normativa internacional, de derecho comparado y de la normativa administrativa, considera que la doctrina del consumo compartido no es aplicable al caso, al ser el bien jurídico protegido la salud pública y la naturaleza del delito de peligro abstracto, por lo que considera que la conducta es típica tal y como se declaró en la STS 1377/1997, de 17 de noviembre, hacía quince años. Afirma, que se trataba de una organización de estructura metódica, institucionalizada, con vocación de permanencia y abierta a la integración sucesiva y escalonada de un número elevado de personas, abierta a un número indeterminado de socios, que no es equiparable al consumo compartido entre varios amigos. Razona que la casación se limita a un aspecto puramente jurídico, la interpretación de la norma penal, sin alterar el relato de hechos probados, por lo que no se infringe la doble instancia penal, citando diversas Sentencias del Tribunal Constitucional que permiten la revisión puramente jurídica de una sentencia absolutoria o la revisión en beneficio del reo.

Ahora bien, cuando se plantea los motivos segundo y tercero de la casación [comisión del delito de asociación ilícita (art. 515 CP) o alternatively integración en grupo criminal (art. 570 *ter*)], descarta que se puedan aplicar pues, como advierte que se razonará en la segunda Sentencia, concurre un error de tipo, pues el carácter delictivo (no meramente ilícito) de los hechos que se promueven asociativa o colectivamente es un elemento del tipo. De modo que el error de tipo es apreciable de oficio por el Tribunal Supremo, dando previa audiencia a las partes, y aun siendo evitable (art. 14.1 CP), lleva a ratificar la absolución, pero por otros argumentos, pues los tipos mencionados no admiten la comisión por imprudencia que sería la única posible al apreciar error de tipo vencible (art. 14.1 CP).

Finalmente la Sentencia del Tribunal Supremo, expone de modo extenso la doctrina constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre la posibilidad de revisar sentencias absolutorias al margen de la inmediación cuando la revisión de la sentencia absolutoria es puramente jurídica, sin afectar en nada al relato fáctico de la sentencia revisada, no pudiendo hablarse de vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías cuando el razonamiento del Tribunal Supremo se limita a un aspecto puramente jurídico: la interpretación de la norma penal y de las causas de exclusión de la antijuridicidad, sin alterar el relato contenido en los hechos probados. Cuando el núcleo de la discrepancia entre la sentencia condenatoria y la absolutoria es una cuestión estrictamente jurídica, para su resolución no resulta necesario oír al acusado. Esto es, si el debate planteado en segunda instancia versa exclusivamente sobre cuestiones jurídicas, ya sea por la configuración legal del recurso o por los concretos motivos que fundamentan la solicitud de agravación, no es necesaria la audiencia, porque la misma ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse. Añade finalmente que dichas directrices interpretativas determinan que cuando el Tribunal Supremo en vía de recurso se pronuncia «sobre la definición jurídica del delito con carácter general», analizando el alcance de aspectos puramente jurídicos, «sin que los hechos probados en primera instancia hayan sido modificados», no se requiere audiencia específica. Concluye indicando que son inmunes a la doctrina expuesta «las condenas dictadas *ex novo* en fase de recurso que respetan íntegramente la resultancia fáctica (tanto en su vertiente objetiva como en la subjetiva) para llegar a conclusiones contrapuestas sobre la subsunción

jurídico-penal. A eso nos limitamos aquí al estimar el recurso del Ministerio Fiscal. Para nada hay que modificar el hecho probado».

i) A continuación se dicta una segunda Sentencia, en la que recuerda que anulada la Sentencia de la Audiencia Provincial, el Tribunal Supremo asume las funciones de tribunal de instancia en todo lo pendiente de resolver, con la «obvia limitación de mantener en su integridad el relato de hechos probados, combinada con la obligación de solventar todas las cuestiones que al no haber sido abordadas por el Tribunal de instancia en congruencia con el sentido absolutorio de su pronunciamiento, habremos de resolver por primera vez». Abunda indicando que «en casos excepcionales en que deviene imposible la asunción plena de esa tarea (v. gr., casación de una sentencia que decretó una absolución por prescripción y que por ello omitió toda motivación fáctica o algún debate jurídico enjundioso) se ha tenido que optar por el desenlace que la Ley prevé para los motivos por quebrantamiento de forma (reenvío al tribunal de instancia: art. 901 *bis*). Es también esa técnica la procedente en algunos supuestos que se canalizan a través del art. 852 LECrim. No es este el caso. No hay óbice alguno para afrontar el dictado de esa segunda sentencia, pero siendo escrupulosos para dar respuesta a todas las cuestiones suscitadas en la instancia o que podrían haberse suscitado por iniciativa del órgano jurisdiccional (incluidas, v. gr., posibles atenuantes, invocadas o no) (vid. STC 148/2003, de 14 de julio)».

A partir de allí razona sobre la subsunción de la conducta probada en el artículo 368.1 CP, si bien en relación con dos de los acusados –Olga y Sergio– indica la procedencia de la aplicación del tipo atenuado del párrafo segundo del mismo precepto.

A continuación afirma que «aunque no había sido invocada, en la deliberación ... se suscitó la eventualidad de apreciar en los acusados una situación de error que pudiera atraer la aplicación del artículo 14 CP ... [p]ara no sustraer esa cuestión, favorable para los acusados, a la consideración de las partes, evitando su aparición sorpresiva en esta segunda sentencia sin que ni acusación ni defensa hubiesen tenido ocasión de hacer llegar sus apreciaciones y argumentos, se decidió conferir la audiencia que habilita el artículo 897.2 LECrim». Expone la posición de las partes en lo concerniente a la concurrencia del error: el Ministerio Fiscal considera que no concurre y que de existir sería de tipo; la defensa de los acusados considera que el error es de prohibición e invencible. La segunda Sentencia razona que para que el reproche sea respetuoso con el principio de culpabilidad basta un conocimiento genérico de la antijuridicidad de la conducta, sin ser necesario el conocimiento de los contornos exactos y fronteras precisas de la tipicidad penal, pues otro entendimiento sería absurdo: «solo los juristas (probablemente no todos) podrían incurrir en responsabilidad por algunos tipos penales». Expone que ante «un panorama como el descrito hay que admitir la presencia de ese error como una inferencia que, sin estar expresamente afirmada ... transita por la narración fáctica y la fundamentación jurídica de manera implícita; fluye de ellas. Es inferencia admisible por ser beneficiosa para los acusados. No fue alegada por las defensas, pero no podemos obviarla por ello pues implica una aminoración de la responsabilidad penal.». Expone, para alcanzar la conclusión de que el error de prohibición es vencible, lo siguiente:

«Sería exagerado, incompatible con el hecho probado e inasumible desde todo punto de vista tachar de invencible el error. Que los acusados actuaran alentados por la infundada esperanza de que su actuación podría ser tolerada o confiando en que algunos órganos judiciales pudieran acoger la tesis que propugna la irrelevancia penal de estos hechos es una actuación nada prudente, que roza la temeridad y no se cohonesta bien con una actitud de fidelidad incondicionada y escrupulosa a la norma. Era exigible mayor cautela y un mínimo esfuerzo sincero de indagación. Porque, y esto es determinante, lo que resulta patente como se explicó en la anterior sentencia es la contradicción con la legalidad de la actividad desplegada. La conciencia de que sopesaban y se representaron como posible la antijuridicidad de su actividad queda evidenciada por la forma en que se redactan los Estatutos de la Asociación. Demuestran conocer mediante cita expresa de algunas sentencias (que, leídas, distan mucho de proporcionar marco legal a la actividad asociativa) los angostos márgenes de la doctrina del consumo compartido. A la hora de describir su actividad se cuidan de ocultar la producción de cannabis y su distribución entre

los socios previa contribución a los gastos a través de unas cifras fijadas como cuota y otras como contraprestación por el coste de la sustancia recibida en cada caso. Una convicción absoluta, sin atisbo alguno de duda, avalada por averiguaciones y consultas serias, ni concurre ni es compatible con el hecho probado. Su eventual creencia equivocada se hubiese despejado probablemente mediante la presentación de sus estatutos ante la autoridad gubernativa con una descripción transparente de la real actividad que se proponían sin esconderla bajo fórmulas ambiguas e invocaciones retóricas de unos consejos jurisprudenciales. Si ante eso la autoridad gubernativa, pese a tratarse de una actividad claramente ilegal, hubiese dado curso a la inscripción, de forma tácita o expresa, podríamos plantearnos -no asegurar- la inevitabilidad del error.

Los recurrentes no hicieron nada por superar ese error que vamos a considerar en su beneficio como hipótesis factible. Antes bien huyeron de mecanismos (claridad en sus estatutos, por ejemplo) que habrían logrado disipar dudas, y evitar el error. Los hechos probados y la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia proporcionan base suficiente para considerar probable una creencia equivocada; pero ninguna para tildarla de inevitable.

El error de prohibición evitable comporta una culpabilidad disminuida que ha de traducirse en una atenuación penológica. El error ha de considerarse evitable cuando el autor alberga razones para sospechar la ilicitud de su conducta y cuenta con medios para alcanzar el conocimiento de esa ilicitud, siéndole exigible hacer uso de ellos antes de actuar. La valoración sobre la vencibilidad del error es un juicio hipotético en el que, según se ha dicho con razón, lo decisivo no es estrictamente la posibilidad fáctica de evitar el error, sino también el deber de evitarlo (es más, si no es posible no existe el deber). Las coordenadas apuntadas confluyen en este supuesto.

Se suele razonar que una duda, incluso tenue, sobre la licitud de la conducta es suficiente para integrar la primera vertiente. Es más, ese estándar se mitiga con criterios normativos: basta con ser conscientes de circunstancias que aconsejarían verificar la licitud de la conducta. Con esta matización se quiere evitar primar a quien por su actitud de indiferencia hacia el Derecho ni siquiera se plantea si su conducta es o no lícita (el sujeto no duda nada porque el derecho le resulta indiferente).

De los acusados puede predicarse aquí ese estado de cierta duda: solo desde esa hipótesis se explican hechos como las nada inocentes ambigüedades de los Estatutos asociativos.

Los acusados ante esa situación tenían la carga (*Obliegenheit*: incumbencia) de verificar la licitud de la actividad que se proponían desplegar, de tomar conocimiento sobre si la conducta se hallaba en consonancia con el orden jurídico. El incumplimiento de esta carga tendrá como consecuencia que el autor no pueda invocar su déficit de conocimiento para fundar su irresponsabilidad penal.

No nos enfrentamos a una conducta estereotipadamente lícita socialmente. Más bien al contrario.

En otro orden de cosas no había urgencia en decidir y actuar. Era una decisión por su propia naturaleza postergable.

Tampoco sirve a la tesis de la invencibilidad del error el principio de confianza en la jurisprudencia o decisiones judiciales al que se acude en ocasiones. La doctrina más solvente hace distinguos. Cuando la jurisprudencia es contradictoria se diferencia entre sentencias divergentes de tribunales de distinto rango (hay que estar al criterio del tribunal superior sin que el particular pueda invocar para sostener la invencibilidad de su error el del tribunal inferior). Cuando confluyen sentencias contradictorias de tribunales de igual jerarquía es opinión mayoritaria que el autor que hace suyo el criterio que le es más favorable, asume también el riesgo de violar la ley, de modo que si, no obstante, actúa, lo hace siempre, en principio en error de prohibición evitable, si no con conciencia eventual del ilícito; sin perjuicio de que alguno de esos supuestos pudiera ser tratado como caso de no exigibilidad.

De cualquier forma este excursus es innecesario. Solo pretende reforzar conclusiones ya obtenidas: recordemos que lo exigible no es el conocimiento de la ilicitud penal, sino el

conocimiento de la ilicitud en general. Los pronunciamientos judiciales dispares existentes y antes reflejados versan tan solo sobre el alcance típico del art. 368 CP, y no sobre la ilicitud de la conducta que no es discutida.

Podemos afirmar la vencibilidad del error: los acusados debieron cuestionarse la posible ilicitud de su conducta y les hubiera sido factible confirmar, al menos, la ilicitud extrapenal, sino también su probable o al menos más que razonable ilicitud también penal. Sin eso primaba la obligación de abstenerse de una actividad probablemente ilícita.

Se estimará en consecuencia que estamos ante un error vencible de prohibición. Esta no es sin más doctrina generalizable. Es una cuestión de caso concreto, aunque existen unos parámetros sociológicos, políticos y judiciales que, al menos hasta esta sentencia, sí conforman un denominador común de asuntos similares. Pero ello no obsta a que en cada supuesto a la vista de las circunstancias personales y casuística específica se pueda llegar a una respuesta singularizada que no tiene por qué coincidir con la aquí acogida.»

Finalmente apreciado el error vencible de prohibición respecto del delito contra la salud pública, considera que existe un error vencible de tipo respecto de los delitos de asociación ilícita o grupo criminal, al incorporar tales tipos en la descripción de la conducta un elemento normativo «delitos y faltas», por lo que no estando prevista la comisión por imprudencia (única apreciable al concurrir error vencible de tipo), debe desestimarse la pretensión de condena.

La STS contiene cinco votos particulares distintos que tienen en común no cuestionar la tipicidad de la conducta, sino que la discrepancia es: i) bien que no se establezcan parámetros que sirvan para verificar la subsunción penal en otros casos (la mayoría de votos); ii) bien considerar que el error de prohibición era invencible; iii) o que la condena a los absueltos sin oír a los acusados, excede de los límites de la revisión en casación de las sentencias absolutorias. En este punto, se indica que la cuestión suscitada en el recurso de casación es la existencia o no del dolo en la actuación de tales personas y en la medida que los hechos probados afirman que no queda acreditado que la asociación tuviera como finalidad pura y simplemente la distribución a terceras personas de marihuana o cannabis, ni que tampoco se hubiese entregado droga por ninguno de los acusados a ninguna persona que no tuviera la condición de socio, ni que las cuotas abonadas tuvieran otra finalidad que la de sufragar el abastecimiento por parte de la asociación, sin ningún enriquecimiento, ni que tampoco se hubiera entregado a socio alguno mayor cantidad de marihuana de la que le correspondiera en virtud del contrato de previsión de consumo, ni que tampoco la misma fuera difundida a terceras personas ajenas a la asociación, considera que con tal mantenimiento de los hechos, no es posible la condena en la medida que de dicho relato se deriva la inexistencia del dolo que exige el artículo 368 CP (por error cita el artículo 308 CP, pág. 96).

j) Por ATS de 26 de enero de 2016, se desestimó el incidente de nulidad de actuaciones, descartando entrar a valorar la inconstitucionalidad del artículo 368 CP o plantear cuestión de inconstitucionalidad del mismo, al no haber sido planteada anteriormente. Por otra parte, se desestima la vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley por la avocación de la cuestión al pleno cuando nada se cuestionó al serles notificadas las dos providencias previas y al darles trámite de audiencia por el propio pleno. Se descarta la lesión de la legalidad penal, al ser clara la inclusión de la conducta en el precepto, así como también la desproporción de la respuesta penal y la irrazonable subsunción. También se desestima la vulneración del derecho a la presunción de inocencia y la existencia de una aplicación retroactiva de la doctrina jurisprudencial. Finalmente, se rechaza que se infrinja la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos recepcionada por el Tribunal Constitucional, referida a convertir una sentencia absolutoria en condenatoria sin presenciar prueba, reiterando los argumentos expuestos en la Sentencia, al circunscribirse el debate a cuestiones jurídicas. En relación con el error vencible y su apreciación en la STS afirma que se ha apreciado para beneficiar a los acusados, pues si se han integrado los hechos probados era para beneficiarles, en la instancia no se debatió sobre el error, por lo que no hay introducción de elementos fácticos para perjudicar al reo, indicando que además se oyó expresamente a las partes.

3. Los recurrentes afirman que las resoluciones del Tribunal Supremo han vulnerado el derecho a la legalidad penal, por haber sido condenados en aplicación de un tipo penal indeterminado (art. 25.1 CE). Consideran que la indeterminación del enunciado en el artículo 368 CP proviene de la indeterminación de todos sus elementos, existiendo una «insostenible acumulación de elementos vagos e indefinidos», que han dado lugar a diversas concreciones y a fallos opuestos. Entienden que no está claro que es «de otro modo», «promover, ofrecer o facilitar», el «consumo ilegal». Afirman que el bien jurídico «la salud pública» es especialmente concreto. El precepto es indeterminado y la pena imprevisible.

Consideran que también se ha producido una vulneración del derecho a la legalidad penal, por subsunción irrazonable de los hechos probados en el artículo 368 CP. Se ha aplicado el Código penal de modo irrazonable, transformando el tipo de difusión del consumo en un tipo de «peligro de difusión del consumo», no se trata así de que se favorezca, facilite o promueva el consumo. Entienden que los socios no eran terceros, siendo semántica, metodológica y axiomáticamente irrazonable, penándose el libre desarrollo de la personalidad. Afirmando que el acusado que tenía droga se presume que podía difundirla.

A continuación, entienden que se ha vulnerado el principio de proporcionalidad en el tratamiento de la libertad, del derecho a la legalidad penal, por subsunción irrazonable, por desproporción, de los hechos probados en el artículo 368 CP. Afirman, que la STS incurre en irrazonabilidad axiológica en la interpretación, por falta de lesividad y por consiguiente prohibición excesiva de la autonomía personal, pues son conductas organizadas en el ámbito de los consumidores, siendo el cultivo de cannabis para consumo propio un acto de libre desarrollo de la personalidad. El daño a la salud sería levísimo, pues los «efectos perjudiciales para la salud son muy moderados», por lo que no es necesario el recurso a la pena. En el peor de los casos se pregunta si «¿no bastaba la pena atenuada del artículo 368 CP?». Afirma que el modo de entender el precepto genera una pena desproporcionada.

Sigue su escrito alegando la vulneración de la legalidad penal por aplicación retroactiva de la nueva interpretación del artículo 368 CP. La conducta de los recurrentes no se consideraba de facto típica, existían ciertos interrogantes al respecto, por lo que o se consideraba atípica o existía una desconcertante e insostenible inseguridad jurídica al respecto. Siendo reconocida la indefinición en la materia, tal y como reconocen los votos particulares ya que «no existía criterio ni decisión al respecto por parte de esta Sala». El criterio del Tribunal Supremo solo puede aplicarse a conductas cometidas a partir de su publicación.

Añaden que se les ha lesionado el derecho a la legalidad penal, en relación con el derecho a la libertad y a la presunción de inocencia, por irrazonable subsunción de las conductas de tres de los acusados en el primer apartado del artículo 368 CP.

Afirman la vulneración del derecho a la legalidad penal y del principio de culpabilidad por subsunción irrazonable de los hechos probados como error de prohibición vencible y no como error invencible, exponiendo las razones por las que la subsunción debía efectuarse en el marco del error invencible. La apreciación de la vencibilidad del error se opone al relato de hechos probados.

Consideran que ha existido una vulneración de la garantía de inmediación para la valoración de pruebas personales, al dar por probados hechos sobre los que existen dudas razonables, basándose en datos que no están en el relato de hechos probados, para declarar el carácter vencible del error. Con cita de la STEDH asunto *Porcel Terribas c. España*, de 8 de marzo de 2016, que a juicio de los recurrentes guarda significativas analogías con el que nos ocupa, se señala la exigencia de inmediación para constatar un elemento subjetivo, dando la posibilidad de oír personalmente al acusado (SSTEDH 22 de noviembre de 2011, asunto *Lacadena Calero*; 20.3.12, asunto *Contreras*; y 27 de noviembre de 2012, asunto *Vilanova Goterris y Llop García*). Se trata de determinar lo que sabían y eso es un hecho. Lo que apuntaban todos los datos objetivos es que ni sabían ni podían saber que estaban haciendo algo prohibido. Finalmente solicitan que se declare vulnerada la garantía de inmediación o la presunción de inocencia.

Entienden que se ha desconocido el derecho de defensa por no haber sido escuchados los acusados por el tribunal que les condenó. El Tribunal Supremo condenó a los acusados sin escucharlos, vulnerando la garantía de defensa conforme a la STC 184/2009, pues la condena se sustenta en nuevos hechos subjetivos –el error era vencible– de los que los acusados discrepan.

Finalmente, sustentan la vulneración del derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías, por falta de una instancia penal posterior a la condena, pues no pudieron debatir sobre la prueba de los datos subjetivos que sustentan la vencibilidad del error, sobre la aplicación del tipo atenuado, sobre la ausencia del dolo.

Terminaba la demanda solicitando la suspensión de la sentencia impugnada.

4. Por providencia de 4 de octubre de 2016, la Sala Primera de este Tribunal acordó la admisión a trámite del recurso de amparo, apreciando que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional «porque el recurso puede dar ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna», y en aplicación de lo previsto en el artículo 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), dirigir atenta comunicación a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y a la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Vizcaya, a fin de que en el plazo de diez días remitieran certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes, respectivamente, al recurso de casación 1765-2014 y al rollo núm. 10-2014, interesándose al mismo tiempo que se emplazase a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto la parte recurrente en amparo, para que pudieran comparecer en este proceso constitucional, si lo estimasen pertinente. Al propio tiempo se acordó formar pieza separada de suspensión.

5. Mediante providencia de 4 de octubre de 2016 se concedió un plazo común de tres días a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal para que formularan alegaciones sobre el particular, conforme a lo previsto en el artículo 56 LOTC. Evacuado dicho trámite, la Sala Primera, por Auto de 28 de noviembre de 2016, acordó denegar la suspensión solicitada.

6. Una vez recibidos los testimonios solicitados y cumplimentados los emplazamientos requeridos, la Sala Primera, por diligencia de ordenación de su Secretario de Justicia de 8 de noviembre de 2016, acordó dar vista de las actuaciones a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, por plazo común de veinte días, para que formularan las alegaciones que estimaran pertinentes, conforme determina el artículo 52.1 LOTC.

7. La representación procesal de los demandantes evacuó el trámite de alegaciones mediante escrito registrado en este Tribunal el día 12 de diciembre de 2016 en el que abunda en las lesiones denunciadas en el escrito de interposición de la demanda de amparo.

8. El Ministerio Fiscal presentó sus alegaciones mediante escrito registrado el día 2 de enero de 2017, interesando que se otorgue parcialmente el amparo y se declare vulnerado su derecho fundamental a la defensa, por infracción de la garantía de audiencia personal en segunda instancia en los términos que se exponen en el informe, restableciendo a los demandantes en su derecho, declarando la nulidad de las resoluciones impugnadas, con retroacción de las actuaciones para que pueda ofrecerse a los recurrentes la posibilidad de ser oídos.

Tras exponer los hechos de los que deriva el recurso de amparo, y las alegaciones de los demandantes, descarta la vulneración del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE). Para alcanzar dicha conclusión reproduce la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la garantía formal y material del principio de legalidad, proyectándola sobre el artículo 368 CP, descartando que las razones de los demandantes sean suficientes para considerar el precepto contrario al artículo 25.1 CE, al encontrarse el mismo, redactado con factores que se encuentran suficientemente definidos, permitiendo que el intérprete pueda llegar sin esfuerzo a delimitar las conductas incursas en la esfera de prohibición a partir de su tenor literal, aplicando pautas metodológicas y axiológicas, sin sorprender la capacidad de

previsibilidad de los destinatarios de la norma. No es ajena a la labor de predeterminación normativa el contexto legal y jurisprudencial en el que se inscribe la norma, haciendo referencia el Ministerio Fiscal a la normativa supranacional y nacional sobre la prevención del tráfico ilícito de sustancias estupefacientes, identificando la salud pública como el bien jurídico protegido por el artículo 368 CP.

A continuación el Ministerio Fiscal examina la motivación judicial de la primera Sentencia del Tribunal Supremo en relación a la subsunción de la conducta en el artículo 368 CP, y tras un exhaustivo examen de la misma, concluye que la aplicación del precepto realizada por el Tribunal Supremo es razonable y no resulta imprevisible, ni tampoco, desde el prisma gramatical, lógico, sistemático, teleológico y axiológico, contraria a la orientación material de la norma.

Aborda posteriormente los motivos tercero a sexto de la demanda de amparo, poniendo de manifiesto que bajo la invocada vulneración del principio de proporcionalidad en el tratamiento de la libertad y de la legalidad penal, los demandantes confunden dos planos el del creador normativo y el del propio intérprete aplicador. Insiste el Ministerio Fiscal en que la aplicación judicial de la norma difícilmente puede quedar desautorizada con los argumentos relativos a la proporcionalidad esgrimidos por los demandantes. Tras reproducir la parte del Auto del Tribunal Supremo que dio respuesta en sede de incidente de nulidad a esta misma alegación, entiende que el motivo debe ser desestimado. Tampoco comparte el Ministerio Fiscal la vulneración del principio de legalidad por aplicación retroactiva de una nueva interpretación del artículo 368 CP, en tanto que el propio Tribunal Supremo se había pronunciado en la STC 1377/1997, de 17 de noviembre, en los mismos términos, sin que la existencia de pronunciamientos provenientes de diversas Audiencias Provinciales distintos, puedan servir de sustento a la lesión invocada. Reproduce a continuación parte del fundamento jurídico 2 de la Sentencia del Tribunal Supremo cuestionada, para entender que la aplicación a tres de los recurrentes del tipo básico está motivada y fundada en las «circunstancias personales», viniendo el recurrente en el motivo quinto de la demanda a manifestar su discrepancia, sin que el derecho a la presunción de inocencia resulte afectado por no apreciar el tipo atenuado. A la misma conclusión desestimatoria llega el Ministerio Fiscal tras examinar las razones por las que el órgano judicial aplica el error de prohibición vencible en lugar de invencible, considerando que la argumentación desplegada por el Tribunal Supremo satisface suficientemente las exigencias de motivación de las resoluciones judiciales y contiene una respuesta razonada, fundada en Derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes sobre el error.

A continuación el Ministerio Fiscal analiza si las resoluciones impugnadas han vulnerado los derechos fundamentales procesales: derecho a un proceso con todas las garantías, inmediación, presunción de inocencia, defensa y doble instancia penal (art. 24.2 CE), invocados en los motivos séptimo a noveno de la demanda. Examina en primer lugar la vulneración de las garantías de inmediación y de defensa, efectuando un análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional y de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, relativa a las condenas en segunda instancia, apuntando la necesidad de distinguir entre la garantía de la inmediación propia del derecho a un proceso con todas las garantías y el derecho-deber de audiencia personal inserta en el derecho de defensa con las repercusiones propias que ello conlleva, trayendo a colación, a tal fin, la STC 205/2013.

En relación con el derecho a un proceso con todas las garantías, entiende que no cabe efectuar reproche constitucional alguno a la Sentencia del Tribunal Supremo al no haber alterado el sustrato fáctico sobre el que se asentaba la Sentencia del órgano *a quo*, ni haber revisado el juicio fáctico realizado en la instancia, sino que simplemente difirió de su calificación jurídica: interpretación de la norma penal y de las causas de exclusión de la antijuridicidad, por lo que no era exigible una vista con examen probatorio personal, puesto que ninguna incidencia podía tener en la decisión que pudiera adoptarse, quedando debidamente garantizada la posición de los encausados con la intervención del Abogado de la defensa.

También descarta que el derecho a la presunción de inocencia se haya visto alcanzado por la Sentencia del Tribunal Supremo pues la realidad de los hechos probados fue fijada conforme a la actividad probatoria desplegada ante la propia Audiencia Provincial, siendo las premisas fácticas fijadas en los mismos las que permitieron inferir la concurrencia de los elementos del tipo, dando respuesta la Sentencia del Tribunal Supremo a un debate jurídico, razonando de modo explícito y amplio el proceso de subsunción sin quiebra lógica alguna. La inexistencia de vulneración del derecho a la presunción de inocencia alcanza a las conclusiones relativas a la existencia del error de prohibición vencible, dado el engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencias resulta irreprochable desde los parámetros de la lógica y está asentado en reglas de criterio humano y de la experiencia común.

A continuación, tras haber concluido que la casación de la Sentencia absolutoria, tenía fundamento, asiento y base en las facultades del Tribunal Supremo, estando habilitado para ello al no alterar el sustrato fáctico originario, entra a evaluar el tratamiento que la segunda Sentencia del Tribunal Supremo realiza del error de prohibición y su incidencia a los efectos de la proyección de la doctrina constitucional y europea, afirmando que este «es el verdadero punto sensible determinante de las garantías procesales exigibles en el presente supuesto». Indica que se aborda el error por el Tribunal Supremo, tras abrir un trámite de audiencia a las partes –en el caso de los acusados a través de su representación letrada en funciones de defensa–, en garantía del principio de contradicción. El error es examinado una vez casada la sentencia de instancia, esto es, una vez producida la inicial revisión peyorativa de la absolución de instancia, al tratarse de una cuestión favorable para los acusados, no alegada por las defensas, que suponía una minoración de la responsabilidad penal. Afirma el Fiscal que no cabe duda que de no haber tomado la iniciativa el Tribunal Supremo de entrar en el planteamiento del error y haberse limitado al análisis de la cuestión sometida a debate en primera instancia, no existiría problema constitucional alguno. Tampoco podría plantear problema alguno si la revisión sobre la concurrencia del error se hubiera efectuado desde una perspectiva netamente jurídica, sin modificar la valoración de sus presupuestos fácticos. Sin embargo, la naturaleza como dato empírico de la delimitación del error y una cierta afección del relato y sustrato fáctico se encuentran reconocidas por el órgano judicial en las resoluciones recurridas en amparo, por más que se considere permisible su apreciación al operar en beneficio del reo.

Afirma el fiscal que el conflicto deriva de la naturaleza subjetiva del elemento afectado por el error, la conciencia de la antijuridicidad de la conducta, integrada en la culpabilidad según la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo. Descarta desde el prisma constitucional la posibilidad de escindir en dos planos, agravatorio –la primera Sentencia– y atenuatorio –la segunda–, pues la valoración del error como vencible resulta de una aportación decisiva al resultado final de la condena.

A continuación sintetiza la evolución de la doctrina constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos partiendo de la STC 88/2013, para concluir que existió una infracción de la garantía de audiencia personal, que en cuanto privación del derecho de defensa debe conllevar la retroacción procedimental para la reparación del derecho fundamental vulnerado, si bien manteniendo la validez de la primera de las Sentencias, en virtud del principio de conservación de los actos procesales no afectados por la vulneración determinante de la nulidad. Entiende que la segunda Sentencia permite un tratamiento autónomo a los efectos de la concesión del amparo parcial propugnado.

Finalmente descarta la vulneración del derecho a la doble instancia penal formulada en el motivo noveno del amparo esgrimido por los recurrentes con cita de la STC 51/1983, FJ 3, y el apartado 2 del artículo 2 del Protocolo núm. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

9. Con fecha 31 de mayo de 2017, el Magistrado don Cándido Conde-Pumpido Tourón remitió escrito al Presidente de este Tribunal poniendo en su conocimiento la posible concurrencia de la causa de abstención recogida en el artículo 219.11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Por medio de Auto del 5 de junio siguiente la Sala estimó

justificada la abstención formulada por el referido Magistrado apartándole definitivamente del conocimiento de este recurso.

10. Por providencia de 9 de junio de 2017 el Pleno de este Tribunal acordó, conforme con el artículo 10.1 n) LOTC y a propuesta de la Sala Primera, recabar para sí el conocimiento del presente recurso de amparo.

11. Por providencia de 12 de diciembre de 2017 se acordó señalar para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 14 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. La demanda de amparo se dirige contra la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2015 que condena a los demandantes, inicialmente absueltos, como autores de un delito contra la salud pública, apreciando la concurrencia de error de prohibición vencible y contra el Auto de la misma Sala de 26 de enero de 2016 que desestima el posterior incidente de nulidad de actuaciones.

Los demandantes argumentan que las resoluciones indicadas, han vulnerado por una parte las garantías materiales ínsitas en el principio de legalidad (art. 25.1 CE), en su consideración autónoma –esto es, desde el prisma de la garantía material de tipicidad sancionadora concretada en el mandato de taxatividad proyectado tanto sobre el legislador, como sobre el intérprete y aplicador de la norma–, así como asociado y conjuntamente con otros principios –proporcionalidad y culpabilidad– y con otros derechos fundamentales de naturaleza material –el derecho a la libertad– y procesal –la presunción de inocencia– y por otra, consideran que las resoluciones del Tribunal Supremo han vulnerado derechos fundamentales de índole procesal vinculados al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), bien por quiebra del principio de inmediación, al valorar indebidamente en casación pruebas personales, o por no haber sido oídos por el Tribunal que les condenó y finalmente por la falta de una instancia penal revisora de la condena.

El Ministerio Fiscal, tal y como ha quedado expuesto en los antecedentes, solicita que se les otorgue parcialmente el amparo, y se anule la segunda de las Sentencias del Tribunal Supremo, al entender que las resoluciones impugnadas han vulnerado el derecho de defensa de los recurrentes, por haber sido condenados sin ser oídos (art. 24.2 CE), descartando que se haya ocasionado lesión alguna del resto de los derechos invocados.

2. En las SSTC 115/2002, de 20 de mayo, FJ 3; 65/2003, de 7 de abril, FJ 2; 198/2003, de 10 de noviembre, FJ 3, o STC 126/2010, de 29 de noviembre, FJ 2, y en la más reciente STC 105/2013, de 6 de mayo, hemos declarado que corresponde a este Tribunal, en función de las circunstancias concurrentes en cada supuesto concreto sometido a nuestra consideración, determinar no solo el orden del examen de las quejas, sino también si resulta necesario o conveniente pronunciarse en la Sentencia sobre todas las lesiones de derechos constitucionales denunciadas, en el caso de que ya se haya apreciado la concurrencia de alguna de ellas.

En atención al contenido de las argumentaciones efectuadas en la demanda y en el informe del Ministerio Fiscal, así como a la naturaleza material y procesal de los derechos fundamentales alegados, procede ordenar sistemáticamente las vulneraciones invocadas en torno a dos grupos: las vulneraciones materiales que se concretan en los motivos primero a sexto de la demanda (art. 25.1 CE), que se examinarán en los fundamentos jurídicos tercero a quinto de esta Sentencia; y las referentes a garantías constitucionales del proceso contenidas en los motivos séptimo a noveno (art. 24.2 CE), que serán enjuiciadas en los fundamentos jurídicos sexto a octavo. Nuestro examen, por tanto comenzará por las vulneraciones del principio de legalidad que se propugna en la demanda con carácter principal.

3. En el primer bloque de motivos de amparo –relacionados en los motivos primero a sexto de la demanda–, los demandantes consideran vulnerados: i) la garantía material del principio de legalidad (art. 25.1 CE), que se examinará en el presente fundamento; ii) el

principio de legalidad penal (art. 25.1 CE) como consecuencia de una eventual irrazonable subsunción penal, que será objeto de análisis en el fundamento cuarto; y la vulneración del principio de la legalidad penal por aplicación retroactiva de una nueva interpretación del artículo 368 CP (art. 25.1CE), que se abordará en el fundamento quinto.

Como hemos adelantado, los recurrentes consideran que la descripción de la conducta típica contenida en el artículo 368 CP incumple la exigencia de taxatividad por el uso de conceptos jurídicos indeterminados en su redactado, lo que conduce a una «insoportable acumulación de elementos vagos e indefinidos», sin que, a juicio de los demandantes, sean precisos los términos «de otro modo», «promover, ofrecer o facilitar» el «consumo ilegal», siendo especialmente inconcreto el bien jurídico la «salud pública». Debe precisarse que, de compartirse dicha premisa, sería obligado plantear cuestión interna de constitucionalidad del precepto en los términos del artículo 55.2 LOTC.

a) Conviene recordar que el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), se articula a través de una doble garantía: material y formal. La primera –que es la que eventualmente se vulnera a juicio de los demandantes– es la exigencia de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes con la mayor precisión posible, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, de esta manera, las consecuencias de sus acciones (SSTC 242/2005, de 10 de octubre, FJ 2; 162/2008, de 15 de diciembre, FJ 1; 81/2009, de 23 de marzo, FJ 4, y 135/2010, de 2 de diciembre, FJ 4). Como señala la STC 145/2013, de 11 de julio, FJ 4, con cita de la STC 104/2009, de 4 de mayo, FJ 2, «la garantía material implica que la norma punitiva permita predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa, lo que conlleva que no quepa constitucionalmente admitir formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador».

A esa exigencia de *lex certa*, a la que debe responder el legislador al definir los tipos penales, no se opone la utilización en los tipos penales de los llamados conceptos jurídicos indeterminados, máxime en aquellos supuestos en que los mismos responden a la protección de bienes jurídicos reconocidos en el contexto internacional en el que se inserta nuestra Constitución de acuerdo con su artículo 10.2 (STC 62/1982, de 15 de octubre, FJ 7), como tampoco la utilización de un lenguaje relativamente vago y versátil, pues las «normas son necesariamente abstractas y se remiten implícitamente a una realidad normativa subyacente, y dentro de ciertos límites (por todas, STC 111/1993, de 25 de marzo), el propio legislador puede potenciar esa labilidad para facilitar la adaptación de la norma a la realidad» (STC 129/2008, de 27 de octubre, FJ 3), que en ocasiones presenta aspectos difíciles de prever.

b) La redacción del artículo 368 CP («Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines»), no contempla un tipo delictivo de formulación tan abierta que respalde el ejercicio de una decisión prácticamente libre y arbitraria. La utilización de verbos de uso habitual en el lenguaje y de conocimiento accesible como cultivar, elaborar, traficar, promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, no dejan en la indefinición la conducta típica. Al contrario, la esfera del comportamiento ilícito es perfectamente inteligible, conforme a valores socialmente arraigados, siendo razonablemente factible y previsible su concreción mediante criterios comunes a la experiencia humana. Conviene en este punto recordar que, «dado el carácter general de las leyes, el texto de las mismas no puede presentar una precisión absoluta. Una de las técnicas tipo de regulación consiste en recurrir a categorías generales en vez de listas exhaustivas. Por lo tanto, numerosas leyes utilizan, necesariamente, fórmulas más o menos imprecisas cuya interpretación y aplicación dependen de la práctica (*Kokkinakis*, antes citado, § 40, y *Cantoni*, antes citado, § 31). Por tanto, en cualquier sistema jurídico, por muy clara que sea la redacción de una disposición legal, incluso en materia penal, existe inevitablemente un elemento de interpretación judicial. Siempre será necesario dilucidar las

cuestiones dudosas y adaptarse a los cambios de situación. Por otra parte, la certeza, aunque muy deseable, se acompaña a veces de una rigidez excesiva; ahora bien el derecho debe saber adaptarse a los cambios de situación (*Kafkaris*, antes citado, § 141).» (STEDH, de 21 de octubre de 2013, asunto *Del Río Prada contra España*, § 92).

Por tales razones debe desestimarse la vulneración del principio de legalidad en su vertiente de exigencia de taxatividad (art. 25.1 CE).

4. La segunda cuestión que se somete a nuestra consideración es la posible vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) que derivaría según los demandantes de amparo: i) tanto de la subsunción semántica, metodológica y axiomáticamente irrazonable que efectúa la Sentencia del Tribunal Supremo de los hechos probados en el artículo 368 CP –contraria además al principio de proporcionalidad (art. 25.1 CE), al derecho a la libertad (art. 17.1 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y ii) como de la aplicación del error de prohibición vencible en lugar de invencible (art. 14 CP), en relación con el principio de culpabilidad.

a) Del examen de esas vulneraciones resulta que los recurrentes vinculan las quejas a la concreta motivación desplegada en las resoluciones judiciales, lesiva a su juicio del derecho a la legalidad penal, en relación con los tres aspectos indicados –tipicidad de la conducta, inaplicación del tipo atenuado, y apreciación del error de prohibición vencible– y de ellas hacen depender, de modo accesorio, las lesiones de los derechos a la libertad (art. 17.1 CE), del principio de proporcionalidad en la aplicación de los preceptos penales (art. 25.1 CE) y presunción de inocencia (art. 24.2 CE), que no se invocan en la demanda con autonomía propia.

Para dar respuesta a la cuestión planteada debemos partir de que la interpretación del contenido de los tipos sancionadores y el control del proceso de subsunción de los hechos probados en los preceptos aplicados es una cuestión ajena al contenido propio de nuestra jurisdicción al ser ésta una función que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 117.3 CE, corresponde en exclusiva a los jueces y tribunales ordinarios (por todas, STC 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 13). Ahora bien, a este Tribunal le compete la labor de verificar que la subsunción de los hechos en el correspondiente tipo, administrativo y penal, o lo que es lo mismo, que la concreta aplicación de la norma sancionadora, respeta las exigencias del derecho a la legalidad penal.

De acuerdo con la doctrina de este Tribunal relativa al artículo 25.1 CE, la constitucionalidad de la aplicación de las normas sancionadoras depende tanto del respeto al tenor literal del enunciado normativo, como de su previsibilidad, que debe ser analizada desde las pautas axiológicas que informan nuestro texto constitucional y conforme a modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica. Por ello, no solo vulneran el derecho fundamental a la legalidad sancionadora aquellas aplicaciones de la norma sancionadora que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada, sino que son constitucionalmente rechazables aquellas que conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios (por todas, SSTC 54/2008, de 14 de abril, FJ 4; 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 13; 29/2014, de 24 de febrero, FJ 3, y 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 5).

En el examen de la razonabilidad de la subsunción de los hechos probados en la norma penal o sancionadora, el primero de los criterios a utilizar es la compatibilidad de dicha subsunción con el tenor literal de la norma, con la consiguiente prohibición de la analogía *in malam partem*. A dicho criterio inicial se añade un doble parámetro de razonabilidad: metodológico, dirigido a comprobar que la exégesis de la norma y subsunción en ella de las conductas contempladas no incurre en quiebras lógicas y resultan acordes con modelos de argumentación aceptados por la comunidad jurídica; y axiológico, consistente en verificar la correspondencia de la aplicación del precepto con las pautas valorativas que informan el ordenamiento constitucional (SSTC 57/2010, de 4 de octubre, FJ 3; 153/2011, de 17 de octubre, FJ 8; 45/2013, de 25 de febrero, FJ 2; 193/2013,

de 2 de diciembre, FJ 5; 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 5, 2/2015, de 19 de enero, FJ 8, y STC 146/2015, de 25 de junio, FJ 2).

b) Como resulta de los antecedentes, la STS 484/2015 examina el sentido y alcance del artículo 368 CP, partiendo del análisis del elemento normativo del tipo «consumo ilegal», bajo el prisma de la normativa extrapenal y de la jurisprudencia precedente, y lo define como: «toda utilización o ingesta de la droga por diversas vías orgánicas que no sea aquella que esté expresamente autorizada por tener finalidad terapéutica o positiva para la salud» (STS 670/1994, de 17 de marzo). Por otra parte, la Sentencia descarta que el autoconsumo, salvo que lo sea para usos médicos o de investigación científica, sea legal, pese a ser atípico penalmente. Indica que de la literalidad del artículo 368 CP resulta castigada toda actividad que promueva el consumo ilegal caracterizado por la alteridad, esto es, en cuanto tiene como destino la promoción, favorecimiento o facilitación del consumo de terceros. Ahora bien, no solo se considera atípica la conducta de facilitar o favorecer el consumo propio, sino que por la desmesurada extensión de la conducta, combinada con la atipicidad del autoconsumo, el Tribunal Supremo reconoce también la ausencia de sanción de la conducta de consumo compartido cuando concurren cuatro condiciones, reiteradas en los numerosos pronunciamientos jurisprudenciales que se indican: i) que se trate de consumidores habituales o adictos; ii) que el consumo se lleve a cabo en lugar cerrado, evitando de este modo la promoción pública y difusión de la sustancia; iii) que el consumo quede circunscrito a un grupo reducido de adictos, identificados y determinados y iv) finalmente, que la cantidad de droga no rebase la necesaria para el consumo inmediato.

El Tribunal Supremo considera, al resolver el recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el Ministerio Fiscal, que dicha doctrina no es aplicable a la actividad de la asociación Ebers apoyando su conclusión en un supuesto semejante referido a una asociación de similar naturaleza, que fue resuelto por la STS 1377/1997, de 17 de noviembre. Razona que la filosofía de la doctrina de la atipicidad del consumo compartido no es extrapolable a un supuesto como el enjuiciado, en consideración a la magnitud de las cantidades de droga manejadas, el riesgo real y patente de difusión del consumo, la imposibilidad de constatar con plena certidumbre la condición de consumidores habituales de la sustancia y la de controlar el destino que pudieran dar al cannabis sus receptores. Estas circunstancias desbordan para el Tribunal no sólo los términos más literales en que se desarrolla aquella doctrina, sino sobre todo su filosofía inspiradora. Precisamente entiende el Tribunal Supremo, que la interpretación del artículo 368 CP, pretendida por los demandantes, sería la que contravendría el principio de legalidad, al expulsar de la literalidad de la ley la conducta de los recurrentes, dado el evidente encaje en el tipo. Considera que la limitación de la tipicidad sólo es posible «en relación al consumo compartido (bolsa común) y al consumo (mejor dicho donación) compasivo». Y considera que la punibilidad de la conducta era previsible al existir un precedente jurisprudencial en el mismo sentido.

El Tribunal Supremo, en el Auto desestimando el incidente de nulidad de actuaciones, descarta la aplicación del subtipo atenuado (art. 368.2 CP) a don Ignacio Agorria Ortiz de Zárate, don Joseba Imanol Dorronsoro Ibeas y a doña Cristina Muñoz Fernández, al no ser proporcionado equiparar la conducta accesoria y episódica de doña Olga Muñoz Fernández y don Sergio Bermejo de la Peña con la de quienes han organizado la asociación destinada a producir y hacer llegar a consumidores toneladas de hachís.

Finalmente, la STS 484/2015, una vez estimado parcialmente el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, dicta una segunda Sentencia para individualizar la pena que debe imponerse a los acusados, y a tal fin razona que concurre error vencible de prohibición, pues, de los hechos probados, se infiere una preocupación por revestir la conducta de apariencia de legalidad, asumiendo la probabilidad de su ilicitud, que revela una actitud incompatible con el carácter invencible del error que alegan los recurrentes, pues este exige una fidelidad incondicionada y escrupulosa a la norma. Tal inferencia la sustenta la Sentencia del Tribunal Supremo en la forma en que han redactado los estatutos de la asociación, cuidando aparentemente de adaptarse a la doctrina del consumo

compartido, pero ocultando la producción de cannabis, su distribución entre los socios previa contribución a los gastos mediante el pago de unas cuotas, así como la ambigüedad e invocaciones retóricas de *consejos* jurisprudenciales, evitando, con descripción transparente de la actividad, un pronunciamiento adverso de la autoridad gubernativa a quien le presentaron los estatutos. Razona que el error de prohibición ha de considerarse evitable cuando el autor alberga razones para sospechar la ilicitud de su conducta y cuenta con medios para alcanzar el conocimiento de esa ilicitud.

c) Centrada la problemática constitucional, debemos anticipar, compartiendo la argumentación del Ministerio Fiscal, que las resoluciones del Tribunal Supremo satisfacen, en la operación jurídica de subsunción penal, el respeto a la norma sancionadora desde una triple perspectiva: tanto por su sometimiento a su tenor literal; como desde el prisma metodológico, pues la exégesis de las normas aplicadas y la correspondiente aplicación en ellas de las conductas probadas no incurre en quiebras lógicas y es ajustada a modelos de argumentación sostenidos por la comunidad jurídica; y, finalmente, desde el enfoque axiológico, al encajar la aplicación de los preceptos con las pautas valorativas que informan el ordenamiento constitucional.

Es claro que no contraviene el tenor literal del precepto considerar subsumibles en el tipo penal las actividades dirigidas a facilitar cannabis a consumidores o consistentes en cultivar, producir, preparar, envasar y entregar la sustancia tóxica a los socios para su consumo, así como en tener a disposición para su entrega de una importante cantidad de cannabis (un total de 4.750 gramos). Como tampoco resulta extravagante, ni desborda los contornos del artículo 368 CP, entender que una asociación dedicada a cultivar y facilitar cannabis a sus miembros, institucionalizada, con vocación de permanencia y abierta a la integración sucesiva y escalonada de un número elevado e indeterminado de personas, no deba verse beneficiada por la exoneración de la responsabilidad penal derivada del consumo compartido.

Idéntica conclusión debemos alcanzar, cuando la segunda Sentencia del Tribunal Supremo, al determinar la pena que debe ser impuesta a los acusados, considera la existencia de un error de prohibición vencible. El Tribunal Supremo entiende que el error era vencible, en tanto que era evitable, pues los recurrentes albergaban dudas sobre la ilicitud de su conducta y sin embargo no trataron de verificar si esa actividad era conforme a derecho. La Sentencia argumenta la existencia de tales sospechas de ilicitud, aludiendo, entre otras razones, a la existencia de un precedente jurisprudencial que resuelve un caso similar citado por el Tribunal Supremo y a la evidencia de que la conducta de los recurrentes desbordaba los contornos del atípico consumo compartido. En este aspecto la queja de los recurrentes no se enmarca en un problema de subsunción penal, sino que se limita a exteriorizar la mera discrepancia por la inferencia alcanzada en la Sentencia.

Finalmente, tampoco la subsunción penal puede considerarse intolerable desde los fundamentos teleológicos de la norma, en conexión con el bien jurídico protegido, ni reprochable desde la perspectiva axiológica, al no contravenir valores, principios contenidos en la Constitución y en diversos convenios internacionales, entre otras, la Convención Única de Naciones Unidas sobre estupefacientes de 1961, que reconoce que la «toxicomanía constituye un mal grave para el individuo y entraña un peligro social y económico para la humanidad» y la Decisión marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas.

5. Por último, para concluir con las vulneraciones materiales vinculadas al artículo 25.1 CE, debemos abordar la vulneración del derecho a la legalidad penal por aplicación retroactiva de una nueva interpretación del artículo 368 CP.

Invocan los demandantes como fundamento de su pretensión anulatoria la doctrina emanada de la STEDH de 21 de octubre de 2013 (asunto *Del Río Prada c. España*). Sin embargo, el caso sometido a nuestro enjuiciamiento, a diferencia del abordado por la Sentencia indicada, no ha supuesto una aplicación retroactiva de una interpretación jurisprudencial desfavorable e imprevisible.

Como tuvimos ocasión de precisar en el fundamento jurídico 4 del ATC 155/2016, de 20 de septiembre, en el supuesto resuelto en la citada Sentencia del Tribunal Europeo, «la penada había obtenido una primera decisión judicial firme (Auto de la Audiencia Nacional de 30 de noviembre de 2000) que determinaba, de forma definitiva, la pena total que le resultaba aplicable. Esa decisión inicial, beneficiosa para la penada, implicaba que, conforme a la práctica judicial entonces existente y pacífica, las redenciones de penas por trabajo consolidadas conforme al Código penal de 1973, debían proyectarse sobre el límite máximo de cumplimiento resultante de la acumulación de condenas (en el entendimiento de que dicha acumulación generaba una pena de nuevo cuño, con dimensión sustantiva propia). La penada contaba, de este modo, con una primera decisión judicial firme que suponía que la legalidad penal le debía ser aplicada de un modo determinado, lo que le generaba la expectativa inequívoca de que el cumplimiento de la condena de prisión de 30 años, resultante de la acumulación, se vería reducida por la aplicación de las redenciones de pena por trabajo obtenidas previamente, de ahí que el tiempo de cumplimiento efectivo de aquélla aún se habría acortado más. Cuando, en el año 2008, se produjo la decisión judicial que le aplicó el sistema de cómputo de las redenciones de un modo completamente distinto (perjudicial para la afectada) tuvo lugar, como señala la resolución del Tribunal Europeo, una aplicación retroactiva desfavorable de la legalidad penal que supuso, de facto, una alteración sustancial de la penalidad que ya había sido establecida judicialmente para ese proceso. Dada la práctica judicial existente hasta ese momento, tal variación de la penalidad no era en modo alguno previsible.»

En el presente caso, como se pone de manifiesto en las resoluciones impugnadas, había ya un precedente jurisprudencial que abordaba un caso similar al resuelto en la primera STS 484/2015. En efecto, en la STS 1377/1997, de 17 de noviembre, que estimó el recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de primera instancia que absolvió a los procesados del delito de cultivo de drogas y estupefacientes, el Tribunal Supremo se pronunció en términos contundentes, al condenar a los responsables de una asociación de similar naturaleza a la constituida y dirigida por los demandantes, que había arrendado una finca para plantación de cannabis y la destinaba exclusivamente al autoconsumo de sus socios.

Por lo que no puede compartirse que en este caso exista una aplicación retroactiva de un novedoso criterio interpretativo desfavorable e imprevisible que venga a sustituir a otro más beneficioso.

6. En el segundo bloque de vulneraciones –las relacionadas en los motivos séptimo a noveno de la demanda–, los demandantes refieren: i) la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías por haberse efectuado en las resoluciones impugnadas una valoración de las pruebas personales sin intermediación, en relación con la consideración de la conducta como típica y al conocimiento que los acusados tenían o debían tener sobre el carácter prohibido de su conducta (art. 24.2 CE); ii) la vulneración del derecho a un proceso equitativo que opera como garantía específica del derecho de defensa, por haber sido condenados sin dar a los acusados la posibilidad de ser oídos (art. 24.2 CE); iii) la vulneración del derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías, por falta de una instancia penal posterior a la condena (art. 24.2 CE).

En el presente fundamento y en el fundamento séptimo se expondrá la evolución de la doctrina constitucional relativa al derecho a un proceso con todas las garantías y al derecho de defensa (art. 24.2 CE), vinculada a las condenas o la agravación de las mismas en vía de recurso.

El derecho a un proceso con todas las garantías, que junto con el derecho de defensa se invoca por los recurrentes como vulnerado al haber sido condenados en segunda instancia, tras revisar una previa absolución, ha sido objeto en nuestra doctrina de un detenido y extenso análisis en numerosas Sentencias, inspiradas en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (entre otras, SSTEDH de 26 de mayo de 1988, asunto *Ekbatani c. Suecia*, o de 27 de junio de 2000, asunto *Constantinescu c. Rumania*). En la STC 167/2002, de 18 de diciembre, FFJJ 9 a 11, el Pleno de este Tribunal Constitucional, señaló que el respeto a los principios de publicidad, intermediación y

contradicción, que forman parte del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), impone inexorablemente que toda condena articulada sobre pruebas personales se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente en un debate público, en el que se respete la posibilidad de contradicción.

A partir de ello, se ha consolidado una doctrina constitucional, reiterada en numerosas resoluciones (entre las últimas, SSTC 126/2012, de 18 de junio, FJ 2; 22/2013, de 31 de enero, FJ 4, o 43/2013, de 25 de febrero, FJ 5), según la cual resulta contrario a un proceso con todas las garantías que un órgano judicial, conociendo a través de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación como consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados que encuentre su origen en la reconsideración de pruebas cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen en presencia del órgano judicial que las valora –como es el caso de las declaraciones de testigos, peritos y acusados (así, entre otras, SSTC 197/2002, de 28 de octubre, FJ 4, o 1/2010, de 11 de enero, FJ 3)–, sin haber celebrado una vista pública en que se haya desarrollado con todas las garantías dicha actividad probatoria.

Por el contrario, en aplicación de esta doctrina constitucional, también se ha destacado que no cabrá efectuar ese reproche constitucional cuando la condena pronunciada en apelación o la agravación de la situación, a pesar de no haberse celebrado vista pública, tenga origen en una alteración fáctica que no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración –como es el caso de pruebas documentales (así, STC 272/2005, de 24 de octubre, FJ 5, o 153/2011, de 17 de octubre, FJ 4), pruebas periciales documentadas (así, SSTC 143/2005, de 6 de junio, FJ 6, o 142/2011, de 26 de septiembre, FJ 3)–; o, también, cuando dicha alteración fáctica se derive de discrepancias con la valoración de pruebas indiciarias, de modo que el órgano judicial revisor se limite a rectificar la inferencia realizada por el de instancia, a partir de unos hechos que resultan acreditados en ésta, argumentando que este proceso deductivo, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la inmediatez, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen del recurso sin merma de garantías constitucionales (así, SSTC 43/2007, de 26 de febrero, FJ 6, o 91/2009, de 20 de abril, FJ 4). Por último, también se descarta una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías cuando la condena o agravación en vía de recurso, aun no habiéndose celebrado vista pública, no derive de una alteración del sustrato fáctico sobre el que se asienta la Sentencia de instancia sino sobre cuestiones estrictamente jurídicas (así, SSTC 143/2005, de 6 de junio, FJ 6, o 2/2013, de 14 de enero, FJ 6).

Más en concreto, y centrándose en la cuestión de la acreditación de los elementos subjetivos del delito, se vino considerando, también en proyección de la doctrina de la STC 167/2002, que, desde la perspectiva de la exigencia de inmediatez, el elemento determinante para concluir la eventual vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías era verificar si el razonamiento judicial sobre la concurrencia de ese elemento subjetivo por el órgano judicial de segunda instancia se fundamentaba en elementos de prueba que exigieran inmediatez (por todas, entre las últimas, SSTC 127/2010, de 29 de noviembre, FFJJ 3 y 4, o 126/2012, de 18 de junio, FJ 3); o, por el contrario, se vinculaba con pruebas que no tuvieran carácter personal (así, STC 137/2007, de 4 de junio, FJ 3) o sobre la base de un control de la razonabilidad de la inferencia llevada a cabo en instancia, a partir de unos hechos base que se dan por acreditados, argumentando que, en este último caso, se trata de una cuestión de estricta valoración jurídica que no exige la reproducción del debate público y la inmediatez (por todas, SSTC 328/2006, de 20 de noviembre FJ 3. o 184/2009, de 7 de septiembre, FJ 2).

7. Las indicadas garantías del acusado en la segunda instancia fueron ampliadas a consecuencia de los diversos pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y en lo referente a la acreditación de los elementos subjetivos del delito, este Tribunal, perfilando el criterio de la STC 184/2009, afirmó «que también el enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales, debiendo

distinguirse del mismo el relativo a la estricta calificación jurídica que deba asignarse a los hechos una vez acreditada su existencia. De este modo, si bien la revisión de la razonabilidad de las inferencias a partir de la cual el órgano *a quo* llega a su conclusión sobre la inexistencia de dolo –u otro elemento subjetivo del tipo– no precisará de la garantía de inmediación si tal enjuiciamiento no se produce a partir de la valoración de declaraciones testificales, sí deberá venir presidido, en todo caso, por la previa audiencia al acusado» (STC 126/2012, de 18 de junio, FJ 4).

Tal ampliación era el corolario de la recepción de las SSTEDH de 10 de marzo de 2009, asunto *Igual Coll c. España*, § 27; 21 de septiembre de 2010, asunto *Marcos Barrios c. España*, § 32; 16 de noviembre de 2010, asunto *García Hernández c. España*, § 25; 25 de octubre de 2011, asunto *Almenara Álvarez c. España*, §39; 22 de noviembre de 2011, asunto *Lacadena Calero c. España*, § 38; 13 de diciembre de 2011, asunto *Valbuena Redondo c. España*, § 29; 20 de marzo de 2012, asunto *Serrano Contreras c. España*, § 31. A las que siguieron con posterioridad la STEDH de 27 de noviembre de 2012, asunto *Vilanova Goterris y Llop García c. España*, y la STEDH de 13 de junio de 2017, asunto *Atutxa Mendiola y otros c. España* (§ 41 a 46).

Esta última merece una especial referencia. En ella se constata que el Tribunal Supremo, pese a que reprodujo los hechos que habían sido considerados probados en la Sentencia absolutoria dictada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, efectúa una nueva valoración de los distintos elementos de prueba que ya habían sido examinados por el órgano de instancia: por una parte medios de carácter documental y, por otra, testimonios propuestos tanto por la parte acusadora como por los demandantes, así como las declaraciones de estos últimos, y concluyó que los acusados se habían negado «de manera consciente y deliberada» a acatar la resolución del propio Tribunal Supremo. La STEDH consideró que el Tribunal Supremo procedió a una nueva valoración de las pruebas sin haber tenido un contacto directo con las partes y, sobre todo, sin haber permitido que éstas últimas expusieran sus argumentos en respuesta a las conclusiones expuestas (asunto *Serrano Contreras*, anteriormente citada § 36). Finalmente, el Tribunal Europeo razonó que el Tribunal Supremo, para llegar a esa distinta interpretación jurídica del comportamiento de los demandantes, se pronunció sobre circunstancias subjetivas que conciernen a los interesados, a saber que eran conscientes de la ilegalidad de sus actos. La Sentencia entendió que ese elemento subjetivo ha sido decisivo en la determinación de la culpabilidad de los demandantes, pues el Tribunal Supremo sí que concluyó que hubo intencionalidad por parte de los demandantes sin valorar directamente su testimonio, conclusión que contradice las conclusiones de la instancia que sí había oído a los acusados y a otros testigos (§ 41 y 42). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos indicó que las cuestiones que debían ser examinadas por el Tribunal Supremo requerían la valoración directa del testimonio de los demandantes (asunto *Serrano Contreras*, anteriormente citada, § 39). Y habida cuenta de todas las circunstancias del proceso, concluyó que los demandantes han sido privados de su derecho a defenderse en el marco de un debate contradictorio, en consecuencia, por lo que ha habido violación del derecho a un proceso equitativo garantizado por el artículo 6.1 del Convenio (§§ 45 y 46).

8. La aplicación de los criterios expuestos al presente caso permite ya anticipar la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho de defensa en relación con el conocimiento que los acusados tenían o debían tener sobre el carácter prohibido de su conducta, no así en relación con la consideración de la conducta como típica.

a) Aplicando tal parámetro y atendidas las circunstancias concurrentes, es de observar, en torno a la garantía de la inmediación como pilar central de la valoración de las pruebas personales, como afirma el Ministerio Fiscal, que no ha existido una alteración sustancial de los hechos probados, ni tampoco una reconsideración de prueba personal, en la conclusión alcanzada por el Tribunal Supremo al calificar los hechos probados como subsumibles en el tipo penal descrito en el artículo 368 CP y descartar que fuera de aplicación la doctrina del consumo compartido. En efecto, se ha expuesto en los antecedentes que la Sentencia de instancia absolvió a los demandantes al considerar que

los hechos probados encajaban en la excepción de atipicidad de «autoconsumo compartido». Planteada por el Ministerio Fiscal, en el recurso de casación, una discrepancia en la subsunción jurídica, al entender, que en atención al relato de hechos probados, no era de aplicación la doctrina del consumo compartido, el Tribunal Supremo se limitó a resolver una divergencia estrictamente jurídica, esto es, la discusión y la decisión casacional versaron sobre la concurrencia o no de los presupuestos exigidos en la jurisprudencia para apreciar la atipicidad penal derivada del consumo compartido. De tal modo que la subsunción de la conducta probada en el tipo finalmente aplicado por el Tribunal Supremo –que no consideró que concurrieran las condiciones para apreciar la exclusión de la tipicidad por consumo compartido–, se desarrolló al margen de cualquier reinterpretación o revisión de los hechos probados, y por ello, extramuros del alcance de la garantía de inmediación.

Por otra parte, tampoco era indispensable contar con una audiencia pública de los acusados, al haberse limitado el Tribunal Supremo a efectuar una interpretación diferente en derecho a la del órgano judicial *a quo* en cuanto a un conjunto de elementos objetivos, (STEDH de 10 de marzo de 2009, asunto *Igual Coll c. España*, § 36), resolviendo el debate estrictamente jurídico que le había sido planteado por el Ministerio Fiscal en su recurso de casación. El Tribunal Supremo, al fundamentar el encaje de la conducta probada en el tipo penal, se limitó a un aspecto puramente jurídico, y en tales circunstancias, tampoco el derecho de defensa de los acusados exigía que hubieran sido oídos por el Tribunal Supremo, que fue el primero en condenarles, pues tal audiencia de los recurrentes nada hubiera aportado sobre la divergencia de naturaleza estrictamente jurídica planteada (STEDH de 27 de junio de 2000, asunto *Constantinescu c. Rumanía*, §§ 58 y 59 y STC 45/2011, de 11 de abril, FJ 4).

b) Distinta conclusión debemos alcanzar en relación con la segunda de las cuestiones suscitadas, esto es, la relativa al respeto de la exigencia de inmediación en la valoración de pruebas personales y del deber de audiencia de los acusados como garantías específicas del derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho de defensa respectivamente por el Tribunal Supremo al efectuar la inferencia sobre el conocimiento de la antijuridicidad de los recurrentes subyacente a la calificación como vencible o invencible el error de prohibición en el que incurrieron los recurrentes.

El caso planteado presenta una serie de singularidades frente a otros supuestos enjuiciados por este Tribunal Constitucional, que son las siguientes: i) el error de prohibición no había sido alegado por los recurrentes ante la Audiencia Provincial, como tampoco lo había sido en el recurso de casación; ii) la cuestión del error es analizada de oficio, en tanto que beneficiosa para los acusados, con posterioridad a estimar el primer motivo del recurso de casación, esto es, tras considerar que la conducta era típica y en consecuencia anular la Sentencia absolutoria de la Audiencia Provincial; iii) el Tribunal Supremo es quien abre un trámite para que las defensas de los acusados y el Ministerio Fiscal informen sobre si concurren los presupuestos del error previsto en el artículo 14 CP.

Son precisamente estas vicisitudes, y especialmente, el carácter favorable de la apreciación del error vencible de prohibición, lo que llevó a que el Tribunal Supremo descartara la vulneración del derecho de defensa, por no haber dado la posibilidad de oír a los acusados. Por otra parte, son precisamente esas peculiaridades las que llevaron a apreciar que concurría una especial trascendencia constitucional porque el recurso podía dar ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna.

Debe coincidirse con el Ministerio Fiscal en que de haber limitado el Tribunal Supremo su actuación al primer motivo casacional: la tipicidad o atipicidad de la conducta probada, la condena de los inicialmente absueltos no hubiera merecido reproche constitucional alguno ni desde la garantía de inmediación ni desde la perspectiva del derecho de defensa conforme a la doctrina expuesta.

El razonamiento por el que la segunda sentencia del Tribunal Supremo descarta el carácter invencible del error de prohibición y estima que concurre el error de prohibición vencible se sustenta en la inferencia llevada a cabo a partir de unos hechos base reflejados

en los hechos probados tomando en consideración el contexto sociológico, el debate suscitado en pronunciamientos judiciales y el tenor de los Estatutos de la asociación afectada. Ahora bien, el Tribunal Supremo, aunque formalmente no modifica el relato de hechos probados de la sentencia de instancia, –que había detenido su juicio en el elemento de la tipicidad penal– lo completa al introducir un nuevo elemento fáctico que imposibilita la exención de la responsabilidad penal y que a la postre será determinante de la condena en la segunda de las sentencias. Es precisamente en esta Sentencia, en la que el Tribunal Supremo llega a la convicción de que los recurrentes se representaron como posible la antijuridicidad de su actividad y no trataron de despejar esa duda, en consecuencia, aprecia el error de prohibición como vencible y excluye, por dicha razón, la invencibilidad del mismo. Ahora bien, para alcanzar tal conclusión el Tribunal Supremo, orilló cualquier ponderación de las declaraciones personales practicadas ante la Audiencia Provincial; en concreto, eludió valorar las declaraciones de los coacusados, en las que, según refieren en su escrito de alegaciones ante el Tribunal Supremo, manifestaron «su creencia absoluta y sin género de dudas de que la Asociación y sus asociados obraban conforme a derecho». De este modo el Tribunal Supremo privó de cualquier virtualidad probatoria a las declaraciones de los coacusados por las que negaban haberse planteado la antijuridicidad de su comportamiento, pese a que no tomó conocimiento directo e inmediato con tales pruebas personales en condiciones plenas de inmediación, contradicción y publicidad.

Por otra parte cuando el Tribunal Supremo abre el debate sobre la conciencia de la antijuridicidad de la conducta y solicita a las partes que le informen sobre la concurrencia de un error del artículo 14 CP, se introduce en una realidad jurídico penal intrínsecamente vinculada con la culpabilidad de los acusados, decantando su decisión no por la solución exoneradora de la responsabilidad penal interesada por la defensa de los acusados –lo que hubiera determinado una respuesta penal absolutoria, como la de la instancia, carente por ello de esta específica problemática constitucional–, sino por una exoneración parcial, al considerar que el error padecido por los acusados era vencible, lo que a la postre lleva a que se condene a los inicialmente absueltos.

En efecto, el Tribunal Supremo, en su segunda Sentencia, condena a los acusados absueltos al descartar que el error de prohibición fuera invencible, esto es, rechaza que los acusados tuvieran la certeza firme sobre la legalidad de su actuación –tesis mantenida en el trámite de alegaciones por el letrado de los acusados–. Para alcanzar tal conclusión la Sentencia efectúa un razonamiento deductivo que partiendo de los hechos probados le lleva a afirmar que los acusados sopesaban y se representaban como posible la antijuridicidad de su actividad, lo que determina la exclusión de la invencibilidad del error y en consecuencia la revocación de la previa absolución sin atender la exigencia de la audiencia personal del acusado como garantía específica vinculada al derecho de defensa (art. 24.2 CE), y ello pese a que el núcleo de lo debatido, introducido de oficio por el Tribunal Supremo, afectaba con carácter general a la declaración de inocencia o culpabilidad y no versaba sobre estrictas cuestiones jurídicas (este era el caso de las SSTC 45/2011, de 11 de abril, FJ 3, o 153/2011, de 17 de octubre, FJ 6). El razonamiento del Tribunal Supremo versó sobre la intención de los acusados inferido de los hechos probados completados y reinterpretados con el examen de la prueba documental, por lo que la cuestión no podía ser resuelta sin dar la posibilidad a los recurrentes de ser oídos personalmente, y sin que dicha garantía pudiera ser sustituida por el trámite de alegaciones concedido a su abogado, dada la naturaleza de las cuestiones de hecho y de derecho determinantes de la culpabilidad o de la inocencia, de los acusados.

A este respecto, cabe destacar que la reconsideración de los hechos estimados probados en primera instancia no se limitó a una mera discrepancia jurídica, sino a la apreciación de la posibilidad de conocer lo ilícito de su conducta, concluyendo con la alternativa –error vencible de prohibición– que agravaba la absolución de la instancia, por lo que la posibilidad de los condenados de ser oídos era obligada para garantizar su defensa (por todas, la reciente STEDH de 8 de marzo de 2016, asunto *Porcel Terribas y otros c. España*).

Por lo expuesto, debe considerarse producida la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho de defensa (art. 24.2 CE).

9. Constatada así la infracción del derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho de defensa (art. 24.2 CE) en su concreción relativa a la posibilidad de ser oído cuando se debaten cuestiones de hecho y de Derecho por el Tribunal que dictó el pronunciamiento condenatorio, ha de otorgarse el amparo solicitado sin que sea necesario, en consecuencia, continuar con el análisis de la vulneración del derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías, por falta de una instancia penal posterior a la condena (STC 157/2013, FJ 7).

Finalmente, en orden a la determinación de los efectos del otorgamiento del amparo, pese a que es en la segunda Sentencia del Tribunal Supremo en la que se concretan las vulneraciones de los derechos fundamentales indicadas, dicha Sentencia forma con la primera, de la que trae causa –y en cuyo fundamento duodécimo ya se adelanta la apreciación de un error de prohibición vencible– un conjunto inescindible del que resulta la revocación de la previa absolución sin atender las exigencias de inmediación y de audiencia personal de los acusados como garantías específicas vinculadas al derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho de defensa (art. 24.2 CE). Por lo que para el pleno restablecimiento de los recurrentes en sus derechos resulta procedente la anulación de las dos Sentencias del Tribunal Supremo y del Auto desestimatorio del incidente de nulidad de actuaciones en tanto que no reparó dichas vulneraciones, retro trayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado de la primera de ellas, para que el Tribunal Supremo se pronuncie sobre el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal con respeto al contenido de los derechos fundamentales ya mencionados, así como de la interdicción de *reformatio in peius*.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo a don Ignacio Agorria Ortiz de Zárate, don Joseba Imanol Dorronsoro Ibeas, doña Cristina Muñoz Fernández, doña Olga Muñoz Fernández y don Sergio Bermejo de la Peña y, en su virtud:

1.º Declarar que se han vulnerado los derechos de los demandantes a un proceso con todas las garantías y a la defensa (art. 24.2 CE).

2.º Declarar la nulidad de las dos sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2015 y del auto de 26 de enero de 2016 que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones, dictadas en el rollo de casación núm. 1765-2014, retro trayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado de la primera de las sentencias, para que el Tribunal Supremo proceda de modo respetuoso con los derechos fundamentales reconocidos.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a catorce de diciembre de dos mil diecisiete.–Juan José González Rivas.–Encarnación Roca Trías.–Andrés Ollero Tassara.–Fernando Valdés Dal-Ré.–Santiago Martínez-Vares García.–Juan Antonio Xiol Ríos.–Pedro José González-Trevijano Sánchez.–Antonio Narváez Rodríguez.–Alfredo Montoya Melgar.–Ricardo Enríquez Sancho.–María Luisa Balaguer Callejón.–Firmado y rubricado.