

SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

7132 *Sala Segunda. Sentencia 36/2018, de 23 de abril de 2018. Recurso de amparo 1846-2016. Promovido por don Lorenzo Colombo y otras dos personas más respecto de las sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que les condenaron 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 una nueva valoración de pruebas personales practicadas sin garantía de inmediación, en relación con el conocimiento que los acusados tenían o debían tener sobre el carácter prohibido de su conducta (STC 146/2017).*

ECLI:ES:TC:2018:36

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por doña Encarnación Roca Trías, Presidenta, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Antonio Narváez Rodríguez y don Ricardo Enríquez Sancho, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 1846-2016, promovido por don Lorenzo Colombo, don Francesco Molon y don Maurizio Vissani, representados por la Procuradora de los Tribunales doña Rosa Sorribes Calle y bajo la dirección del Letrado don Alexandre Girbau Coll, contra la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2015 que estimó el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia de la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Barcelona de 10 de marzo de 2015, y contra el Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2016 que desestimó el posterior incidente de nulidad de actuaciones. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Por escrito presentado el 5 de abril de 2016 en el registro general del Tribunal Constitucional, se interpuso por la Procuradora de los Tribunales doña Rosa Sorribes Calle, en nombre y representación de don Lorenzo Colombo, don Francesco Molon y don Maurizio Vissani, asistidos por el Letrado don Alexandre Girbau Coll, recurso de amparo contra la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2015 que estimó el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia de la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Barcelona de 10 de marzo de 2015 y contra el Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2016 que desestimó el posterior incidente de nulidad de actuaciones.

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

a) El Juzgado de Instrucción núm. 28 de Barcelona incoó las diligencias previas núm. 956-2013 contra don Francisco Molón, don Lorenzo Colombo y don Maurizio Vissani, en las que el Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito contra la salud pública en la modalidad de tráfico de drogas que no causan grave daño a la salud y de un delito de asociación ilícita, por los que solicitó la imposición a cada uno de los acusados de las penas de dos años de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 10.700 € con 60 días de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago por el primer delito, y las penas de tres años de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de dieciséis meses con una cuota diaria de 12,02 € y ocho meses de arresto sustitutorio en caso de impago por el segundo delito.

En calificación definitiva las defensas de los acusados solicitaron su absolución y, subsidiariamente, la apreciación del error invencible de prohibición.

b) La Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó la Sentencia núm. 86/2015, de 10 de marzo, por la que absolvió a los acusados por no ser los hechos constitutivos de delito. En el relato de hechos probados establecía que los acusados constituyeron el 13 de noviembre de 2012 la asociación «Three Monkeys España», que integraban su junta directiva y que el 15 de noviembre de 2012 se solicitó su inscripción en el registro nacional de asociaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior. Los estatutos asociativos preveían que «[e]n espacios privados y en el ámbito estrictamente privado, debidamente registrados y con obtención de las oportunas licencias municipales en caso necesario, se llevará a cabo, adoptando las medidas de seguridad necesarias, por profesionales altamente cualificados en biología y agronomía, y por expertas contratadas, y con total control y transparencia, y en plena colaboración con las autoridades, el cultivo, distribución entre socios, y consumo por éstos con fines lúdicos o medicinales o de cualquier otra índole, de plantas medicinales, especialmente de la planta Cannabis Sativa L y sus preparados o derivados, provenientes de los cultivos colectivos de la Asociación Three Monkeys España». Los socios debían pagar una cuota anual y además el importe de la sustancia que adquirieran para su consumo en la sede de la asociación. La cuota anual daba derecho a una cantidad máxima de sustancia anual. En el momento de la inscripción el socio debía declarar su consumo mensual. El día 11 de febrero de 2013 la guardia urbana practicó una inspección en su sede en la que incautaron dos básculas de precisión, múltiples bolsas y botes de cristal que contenían marihuana en cogollos y hachís y 1.186,12 € en metálico.

La Audiencia Provincial entendió que los hechos no eran constitutivos del delito contra la salud pública porque no ponían en riesgo el bien jurídico protegido por dicha norma, la salud pública, toda vez que la sustancia cultivada iba destinada al consumo exclusivo de los socios, mayores de edad y consumidores previos, en la sede de la asociación, sin publicidad externa y sin riesgo de difusión a terceros. También desecha la imputación del delito de asociación ilícita al no apreciar por las mismas razones que la asociación tuviera una finalidad ilícita, considerando asimismo que la Administración autonómica había fijado unos criterios generales para el ordenado funcionamiento de este tipo de asociaciones cannábicas.

c) El Ministerio Fiscal preparó e interpuso recurso de casación con el único motivo de infracción de ley del artículo 849.1 de la Ley de enjuiciamiento criminal por la indebida inaplicación de los artículos 368 (salud pública) y 515.1, 517.1 y 520 del Código penal: CP (asociación ilícita). Conferido traslado para instrucción mediante diligencia de ordenación de 7 de mayo de 2015, la representación procesal de los demandados presentó escrito de alegaciones el 26 de mayo de 2015 en el que interesó su inadmisión y, subsidiariamente, su desestimación, alegando que una interpretación finalista y razonable de la jurisprudencia sobre consumo compartido conduciría a declarar la

irrelevancia penal de la conducta enjuiciada. El Fiscal a su vez se dio por instruido en escrito de 2 de junio de 2015.

d) Por providencia de 30 de julio de 2015 el recurso de casación fue declarado concluso y admitido a trámite señalándose fecha para su deliberación y decisión.

e) La Sala Segunda del Tribunal Supremo en sentencia núm. 596/2015, de 5 de octubre, estimó parcialmente el recurso y casó y anuló la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona. La Sentencia reproduce en gran medida los argumentos utilizados en la Sentencia del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo núm. 484/2015, de 7 de septiembre, y rechaza considerar atípico el cultivo compartido en el ámbito de una asociación de consumidores de cannabis toda vez que dicha actividad no es equiparable al denominado «consumo compartido» teniendo en cuenta que en la asociación se manejan cantidades importantes de droga y que concurre un grupo de personas amplio, no siendo por lo demás relevante a efectos penales la ausencia de ánimo de lucro, pues dicho ánimo no integra el tipo penal. Se hace referencia asimismo a los convenios internacionales y normas comunitarias que imponen a los Estados la obligación de perseguir el tráfico de drogas. En el ordenamiento interno español el consumo ilegal es un concepto de referencia del tipo penal que señala lo que se trata de evitar castigando toda acción dirigida a promoverlo, favorecerlo o facilitarlo, lo que constituye un elemento normativo que remite a la legislación extrapenal donde se entiende por consumo ilegal «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». Descarta que la doctrina del autoconsumo compartido creada jurisprudencialmente como supuesto excepcional de atipicidad pueda ser aplicada a este caso por la magnitud de la sustancia manejada, el riesgo real y patente de difusión de su consumo, la imposibilidad de constatar con plena certidumbre la condición de consumidores o usuarios de la sustancia de los socios así como de controlar el destino que pudieran dar al cannabis, enfatizando que hay un salto cualitativo entre el consumo compartido entre amigos o conocidos «y la organización de una estructura metódica, institucionalizada, con vocación de permanencia y abierta a la integración sucesiva y escalonada de un número elevado de personas». Afirma, igualmente, que la revisión de la sentencia absolutoria de instancia no vulnera en este caso la doctrina fijada en las sentencias del Tribunal Constitucional 167/2002, de 18 de septiembre, y concordantes, sobre respeto de las garantías de publicidad, intermediación y contradicción en condenas dictadas en segunda instancia, porque al tratarse de cuestión de estricta interpretación jurídica sin alteración del relato de hechos probados no se requería la celebración de vista pública para un examen directo y personal de la prueba ni la audiencia personal del acusado. Declara asimismo que los acusados tenían la obligación de comprobar la licitud de su actividad y que el incumplimiento de dicha carga traía como consecuencia la afirmación de la vencibilidad de su error. Rechaza, sin embargo, la pretensión del Ministerio Fiscal de que se les condene por delito de asociación ilícita o grupo criminal porque en estos delitos la ausencia de un conocimiento cierto de la finalidad delictiva de la organización constituye un error de tipo que, aun siendo vencible, trae consigo la absolución por no estar expresamente prevista su modalidad culposa.

f) A continuación la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo dicta segunda Sentencia en la que aprecia la concurrencia en los acusados de un error de prohibición, en su modalidad vencible, considerando que interpretaron de forma inadecuada, aunque *pro domo sua*, la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre ausencia de tipicidad en el consumo compartido, la pluralidad de resoluciones judiciales que negaron relevancia penal a conductas similares a la enjuiciada, la existencia de asociaciones de análogas características en todo el territorio nacional, así como de iniciativas legislativas en la misma línea, y otra serie de circunstancias mencionadas en la sentencia de instancia, por lo que resuelve dictar condena por delito contra la salud pública del artículo 368.1 CP en su modalidad de tráfico de sustancias que no causan grave daño a la salud, con rebaja de la pena prevista en la ley en un grado por su culpabilidad atenuada,

imponiéndoles la pena de ocho meses de prisión con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo, absolviéndoles del delito de asociación ilícita o grupo criminal que también les imputaba el Ministerio Fiscal.

La Sentencia cuenta con el Voto particular de uno de los Magistrados de la Sala que considera que en los acusados concurrió un error invencible de prohibición así como, en virtud de las circunstancias del caso, una causa de no exigibilidad de otra conducta excluyente de la culpabilidad, juntamente con la imposibilidad procesal de revisión en segunda instancia de la sentencia absolutoria sin previa audiencia de los acusados, de acuerdo con la doctrina constitucional acomodada a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, razones que a su entender hubieran debido conducir a la absolución de todos los acusados.

g) Los recurrentes en amparo promovieron mediante escrito de 4 de enero de 2016 incidente de nulidad de actuaciones por vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, libertad, a un proceso con todas las garantías, a la presunción de inocencia y a la legalidad penal, interesando la declaración de nulidad de las dos Sentencias 596/2015, de 5 de octubre, y la consiguiente retroacción de las actuaciones al momento previo al dictado de la primera. Evacuado traslado por el Ministerio Fiscal en informe de 4 de febrero de 2016, el incidente fue desestimado por Auto de la Sala Penal del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2016.

3. Los recurrentes afirman en su demanda de amparo que se vulneró su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) porque la Sala Penal del Tribunal Supremo al dictar sus Sentencias no examinó ni se pronunció sobre los motivos de inadmisión y desestimación que se articularon en el escrito de alegaciones al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal. Consideran lesionado el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) en relación con el principio de seguridad jurídica en dos planos distintos, primero porque el Tribunal Supremo ha declarado con carácter general que constituye delito contra la salud pública del artículo 368.1 CP la constitución de asociaciones de consumidores de cannabis sin valorar las concretas acciones u omisiones de los acusados, inmiscuyéndose en cuestiones de política criminal que no le competen, y en segundo lugar por el carácter indeterminado del propio enunciado del citado precepto que utiliza una expresión «consumo ilegal» que por su inconcreción dificulta precisar cuáles son las conductas de promoción, favorecimiento o facilitación del mismo que tienen encaje típico por lesionar el bien jurídico protegido; argumenta que la conducta de los recurrentes estaba avalada por la regulación sectorial de diversos poderes públicos y administraciones y es practicada por más de mil asociaciones en España. Igualmente denuncian que se ha vulnerado su derecho a la legalidad penal por la subsunción absurda, ilógica y no razonable de los hechos probados en el artículo 368 CP, pues de los mismos no se deriva que los recurrentes hubieran tenido intención de poner en peligro la salud pública, ni siquiera que les fuera indiferente su eventual puesta en peligro, pues se constata que cultivaban cannabis para su propio consumo y dirigían su asociación para que solamente sus miembros inscritos cultivaran y consumieran, sin que se den circunstancias que permitan inferir un dolo ni siquiera eventual; la interpretación que se ha hecho del precepto penal lo amplía injustificadamente porque no se refiere al peligro para la salud pública, sino al peligro de que se produzca una difusión del consumo por terceros condenando a tres personas por la imposibilidad de erradicar eventuales, remotos y pequeños riesgos de difusión clandestina de la sustancia, lo que no respeta la proporcionalidad ni la culpabilidad. También invocan la vulneración del «derecho a la proporcionalidad» en la privación de libertad, considerando que la restricción del derecho a la libertad solo es constitucionalmente legítima si obedece a un fin constitucional y no existe una alternativa menos lesiva para su consecución; argumentan que la conducta de los recurrentes carecía de lesividad y su condena vulnera su autonomía personal a través de una desmedida prohibición, por lo que la interpretación que se ha hecho del precepto penal es axiológicamente irrazonable. Seguidamente denuncian la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia porque la condena se basa en la presunción de que la droga se difundía dolosamente a

terceros, afirmando un riesgo de difusión que supone para los acusados una inversión de la carga de la prueba al exigirles una acreditación imposible de la ausencia completa de riesgo. Seguidamente retoman la vulneración del derecho a la legalidad penal desde otra perspectiva, la aplicación retroactiva de lo que consideran una interpretación jurisprudencial nueva del artículo 368 CP, citan como fundamento de este motivo de amparo la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de octubre de 2013 (asunto *Inés del Río Prada c. España*) que afirma que el principio de legalidad no se detiene en la ley sino que abarca también la jurisprudencia, por lo que consideran que no se debió aplicar una jurisprudencia creada en el año 2015 a hechos acaecidos en el 2013. Consideran asimismo que se ha vulnerado su derecho a un proceso con todas las garantías en conexión con el derecho a la presunción de inocencia por haberse valorado en casación, sin la exigible inmediación, las pruebas personales que se practicaron ante el Tribunal *ad quem*, necesarias para pronunciarse sobre el error; el conocimiento de la ilicitud y su falta de cautela en la comprobación de la misma son cuestiones fácticas que han sido modificadas en casación de manera inaceptable porque el Tribunal Supremo no presenció ni intervino en la práctica de las pruebas, lo que está prohibido en la doctrina constitucional. Denuncian seguidamente la vulneración del derecho a la legalidad penal por irracional subsunción de los hechos en el error vencible, cuando se trataba de un error invencible, pues los estatutos de la asociación eran claros y transparentes y anunciaban la actividad de cultivo de cannabis para el consumo de los socios, de lo que se desprende que no había ninguna voluntad de ocultación, además los acusados no podían saber que su conducta iba a ser considerada ilícita porque cuando la realizaron aún no existía la jurisprudencia que considera delictiva la imposibilidad de erradicar todo riesgo de difusión, alegan finalmente que aunque fuera vencible el error procedería su absolución pues el delito es de naturaleza dolosa. A continuación aducen vulneración del derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías por falta de una instancia penal posterior a la primera condena, toda vez que quien les condena es el máximo órgano jurisdiccional del orden penal sin que los acusados sean aforados al mismo. También aducen vulneración del derecho de defensa por no haber sido escuchados por el Tribunal que les condenó, alegan que el órgano judicial *ad quem* no puede modificar los hechos que dependen de la valoración de pruebas a las que no ha asistido y además debe escuchar al acusado absuelto como requisito para poder condenarlo, citando al efecto doctrina constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Finalmente denuncian la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías por falta de contradicción por no haberse otorgado la audiencia prevista en el artículo 897.2 de la Ley de enjuiciamiento criminal para el debate de la concurrencia del error, lo que les privó de la oportunidad de argumentar que se trataba de un error invencible.

4. Por providencia de 28 de noviembre de 2016 la Sala Segunda del Tribunal Constitucional 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 [STC 155/2009, FJ 2 b)]» y en aplicación de lo previsto en el artículo 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), dirigir atenta comunicación a la Sala Penal del Tribunal Supremo, a la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Barcelona, y al Juzgado de Instrucción núm. 28 de Barcelona a fin de que en el plazo de diez días remitieran certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al recurso de casación núm. 755-2015, al rollo del procedimiento abreviado núm. 79-2015, y del procedimiento abreviado núm. 956-2013, interesándose al mismo tiempo que se emplazase a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, exceptuando la parte recurrente en amparo, para que pudieran comparecer en este proceso constitucional, si lo estimaran pertinente, en el plazo de diez días.

5. Una vez recibidos los testimonios solicitados y cumplimentados los emplazamientos requeridos, la Sala Segunda, mediante diligencia de ordenación de su

Secretario de Justicia de 24 de febrero de 2017, acordó dar vista de las actuaciones a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal por un plazo común de veinte días para que formularan las alegaciones que estimaran pertinentes, conforme determina el artículo 52.1 LOTC.

6. La representación procesal de los demandantes evacuó trámite de alegaciones mediante escrito registrado en este Tribunal el día 28 de marzo de 2017, ratificando los motivos desarrollados en la demanda de amparo.

7. El Ministerio Fiscal presentó sus alegaciones mediante escrito registrado el 25 de abril de 2017 en las que se pronunció a favor del otorgamiento parcial del amparo por vulneración del derecho de defensa de los demandantes (art. 24.2 CE) por infracción de la garantía de audiencia personal en segunda instancia y del principio de contradicción y solicitó la anulación de la segunda Sentencia 596/2015, de 5 de octubre y del ulterior Auto de 10 de febrero de 2016 dictados por la Sala Penal del Tribunal Supremo.

El Fiscal empieza analizando los motivos de naturaleza procesal, que sintetiza en tres aspectos: la quiebra de la garantía de la inmediación por valoración indebida de pruebas personales en casación, la infracción del derecho de defensa por no haber sido escuchados los acusados por el Tribunal, y la contravención del derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías por falta de una instancia posterior a la condena. Aunque los dos primeros motivos suelen aparecer tratados de forma conjunta en la doctrina constitucional en relación con la garantía de contradicción, el Fiscal considera que se debe respetar el tratamiento autónomo que la demanda de amparo da a ambos. Cita la STC 205/2013, de 5 de diciembre, que distinguió la cuestión de la inmediación probatoria del derecho-deber de audiencia del acusado, afirmando entonces que el respeto de la garantía de inmediación está condicionado por los hechos objeto de debate y el modo en que el Tribunal de segunda instancia llevó a cabo la revisión del pronunciamiento absolutorio, sin que sea posible dar soluciones rígidas y estereotipadas, afirmando que la vulneración se produce si el Tribunal condena a quien había sido absuelto en la instancia mediante 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 a presencia del órgano judicial que las valora. En aplicación de dicha doctrina considera que no se ha producido en este caso vulneración efectiva de la garantía de inmediación, pues el Tribunal Supremo partió de unos hechos que resultaron incontrovertidos por las partes, Fiscal y acusados, en la instancia, para sobre los mismos efectuar una operación de subsunción jurídica en el tipo penal del artículo 368 CP, operación que constituyó el elemento nuclear y principal de la discusión y que acabó siendo el sostén de la casación agravatoria, al ser apreciada positivamente la tipicidad de los hechos en términos de estricta interpretación jurídica al considerar que no encajaban en la excepción atípica del «autoconsumo compartido», de modo que ningún medio probatorio ha sido analizado, ni revisado, ni vuelto a considerar.

Analiza a continuación la apreciación del error de prohibición por el Tribunal Supremo sin haber abierto un trámite específico de audiencia de las partes conforme al artículo 897.2 de la Ley de enjuiciamiento criminal y señala que la afirmación de su existencia constituye un dato empírico a establecer en función de las circunstancias objetivas del hecho y subjetivas del autor, y como resultado de la actividad probatoria. Cita la doctrina fijada en la STC 126/2012, de 18 de junio y reiterada en varios pronunciamientos ulteriores que estableció que el enjuiciamiento de la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte de la vertiente fáctica del juicio, debiendo distinguirse de la estricta calificación jurídica, por lo que dicho enjuiciamiento deberá venir presidido, en todo caso, por la previa audiencia del acusado. A partir de esta doctrina que establece que la condena subsiguiente a la absolución en la instancia exige la audiencia personal del acusado como garantía procesal ineludible, entiende que la condena de los recurrentes ha producido la lesión de su derecho de defensa y considera que el efecto de dicha lesión ha de ser la anulación de la segunda Sentencia de casación y del ulterior

Auto resolutorio del incidente de nulidad de actuaciones, con retroacción de las actuaciones al momento anterior.

El Fiscal rechaza, sin embargo, la vulneración del derecho a la doble instancia penal previsto en el artículo 14.5 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos toda vez que nos encontramos ante una condena emanada del órgano que ocupa la cúspide de la jurisdicción penal, y que la doctrina constitucional no objeta la condena recaída en segunda instancia por entender que no hay indefensión cuando las pretensiones del actor han sido examinadas por dos órganos judiciales distintos, contando además con el apartado segundo del artículo 2 del Protocolo núm. 7 al Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales que excepciona expresamente la condena resultante de un recurso interpuesto contra su previa absolución.

El Fiscal rechaza igualmente que se haya producido vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por no haber respondido el Tribunal Supremo a todas las alegaciones formuladas por la defensa al recurso de casación del Fiscal, pues las mismas se centraban en la atipicidad de la conducta y la concurrencia de error invencible de prohibición, cuestiones que aparecen debidamente solventadas en la citada resolución, que proporciona una desestimación al menos tácita de las puntuales alegaciones mantenidas por los recurrentes tanto en primera como en segunda instancia, por lo que no habría incurrido en incongruencia omisiva.

En relación con la queja de vulneración del principio de contradicción por no haberse convocado por el Tribunal Supremo, en virtud del artículo 897.2 de la Ley de enjuiciamiento criminal, una audiencia para debatir la concurrencia del error de prohibición, el Fiscal entiende que la misma debe ser acogida y estimada porque constituye un «añadido conculcador» a la vulneración del derecho de defensa derivado de no haber sido oídos por el Tribunal que les condenó, tratada antes.

El Ministerio Fiscal trata a continuación las vulneraciones relacionadas en la demanda con el principio de legalidad penal. El Fiscal analiza en primer lugar la configuración normativa del artículo 368 CP y rechaza que el mismo contenga un tipo delictivo descrito en forma tan abierta que propicie o facilite un arbitrio judicial absoluto o descontrolado, pues su núcleo central se compone de factores suficientemente definidos para facilitar su concreción: la realización de actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de comportamientos que de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, sustancias estupefacientes o psicotrópicas, o su posesión con tales fines. Considera que el hecho de que los jueces y tribunales dispongan de un margen de apreciación de los términos utilizados en el precepto no es contrario, sino compatible, con el principio de legalidad penal según doctrina constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que admiten la legitimidad del uso de categorías generales o de cláusulas más o menos precisas, susceptibles de interpretación judicial, en virtud de la abstracción de las normas jurídicas y la inevitable generalidad del lenguaje. Añade que para enjuiciar la suficiencia o insuficiencia, a la luz del principio de tipicidad, de la labor de predeterminación normativa de las conductas sancionadas debe tenerse en cuenta también el contexto legal y jurisprudencial en el que el precepto se inscribe, pues el ordenamiento jurídico es una realidad compleja e integrada, dentro de la cual adquieren sentido y significación propia –también en el ámbito penal– cada uno de los preceptos singulares, y que existe una normativa internacional, supranacional y nacional relacionada con el artículo 368 CP en cuyo contexto los términos del mismo adquieren sentido y significación. Cita, al efecto, los tres principales tratados de Naciones Unidas que conforman el marco legal internacional del régimen de control mundial de las drogas: la Convención Única sobre estupefacientes de 1961, enmendada por el Protocolo de 1972, el Convenio sobre sustancias psicotrópicas de 1971 y la Convención sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988, cuyo artículo 3 contiene la relación de las conductas a definir como delitos en las legislaciones internas. Cita igualmente 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, cuyo artículo 2 contiene igualmente una relación de conductas cuya punibilidad debe ser garantizada en cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea. En el ámbito nacional cita como principales referentes la Ley 17/1967, de 8 de abril, de estupefacientes, y la normativa en materia de seguridad ciudadana. Concluye que la concreción incluso de los elementos abiertos del artículo 368 CP es razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, de tal forma que puede asegurarse que cabe prever con suficiente seguridad la naturaleza y características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada.

Analiza seguidamente la razonabilidad de la subsunción judicial de los hechos en el artículo 368 CP aplicando los cánones definidos por la doctrina constitucional de respeto a los términos empleados en la norma, a las reglas de interpretación aceptadas en la comunidad jurídica y a los valores y principios constitucionales, y concluye que la primera Sentencia del Tribunal Supremo 596/2015, de 5 de octubre, al aplicar los criterios establecidos en la anterior Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo 484/2015, que cita a su vez un precedente anterior constituido por la Sentencia del Tribunal Supremo 670/1994, de 17 de marzo, que define lo que se ha de considerar como «consumo ilegal» efectuó un uso adecuado de las herramientas interpretativas que proporcionaba la normativa nacional, internacional y supranacional anteriormente citada, al concluir que la conducta enjuiciada constituía un supuesto de favorecimiento del consumo ilícito de sustancias estupefacientes merecedor de reproche penal y no susceptible de ser encuadrado en la excepción típica del consumo compartido creada por la jurisprudencia para ser aplicada en supuestos diferentes. Considera, en suma, que la subsunción verificada por el Tribunal Supremo cumple los parámetros constitucionales derivados del principio de legalidad penal del artículo 25.1 CE porque tiene fundamento razonable, y no es imprevisible ni contraria a la orientación material de la norma, utilizando como elemento de restricción interpretativa de los elementos del tipo el concepto de alteridad, entendido como riesgo de difusión del consumo de la sustancia estupefaciente entre terceros, en los que incluye a los socios consumidores, así como la interpretación del concepto de consumo ilegal conforme al entendimiento del mismo en el contexto legal nacional, internacional y supranacional. El Fiscal concluye que la primera Sentencia del Tribunal Supremo resulta adecuada a los tres parámetros constitucionales mencionados cuando justifica la condena en el hecho de que en la asociación «Three Monkeys» un reducido número de personas organizaba y dirigía una estructura asociativa, disponían y preparaban la intendencia, abastecimiento, control y cultivo, y ponían tales estructuras al servicio de un grupo amplio e indiscriminado de usuarios que se limitaban a obtener la sustancia previo pago de su cuota y coste, lo que, concluye, es facilitar el consumo de terceros, conducta que no puede ser tolerada penalmente.

El Fiscal rechaza el fundamento de la queja de vulneración del principio de proporcionalidad por ausencia de lesividad, o escasa lesividad del bien de la salud pública, de la conducta enjuiciada, por considerar que se trata de una queja dirigida más bien a la norma jurídica y al marco penal establecido por el legislador, lo que la sitúa en el ámbito de la política criminal y del debate sociológico relativo a la búsqueda de alternativas a la reacción penal, más que en el de los valores y principios constitucionales, concluyendo que la queja carece de consistencia en el marco de una práctica universal y prácticamente unánime favorable a utilizar la vía penal para impedir el consumo ilegal de drogas.

También rechaza la queja de que se ha aplicado retroactiva y sorpresivamente una interpretación jurisprudencial nueva del contenido del artículo 368 CP, argumentando que no ha existido un cambio jurisprudencial que pudiera parangonarse en lo más mínimo con el que motivó la condena a España en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de octubre de 2013, asunto *del Río Prada contra España*, pues el criterio decisorio ya había sido definido por el Tribunal Supremo mucho antes de la comisión de los hechos enjuiciados, en el precedente constituido por la Sentencia del

Tribunal Supremo 1377/1997, de 17 de noviembre, que se pronunció en relación con una asociación de naturaleza similar que había arrendado una finca para el cultivo de cannabis destinada al consumo de sus socios, precedente que hacía previsible el carácter punible de los hechos.

En cuando a la queja de vulneración del derecho a la legalidad penal y de los principios de culpabilidad y de seguridad jurídica por la no apreciación del carácter invencible del error de prohibición, el Fiscal rechaza igualmente su procedencia y fundamento por tratarse de la expresión de una mera discrepancia de parte con el criterio judicial seguido al aplicar el artículo 14.3 CP que regula el error de prohibición, que el Fiscal considera debidamente razonado en la segunda Sentencia de casación, en la que se valora que el error de los recurrentes no recayó en la ilicitud de la conducta –error de tipo– sino en el alcance de la prohibición, y que dicho error podría haber sido despejado de haber realizado los recurrentes en su momento un mínimo esfuerzo sincero de indagación de la licitud de la actuación que se proponían realizar. El Fiscal respalda la adecuación metodológica y axiológica de la argumentación judicial que conduce a calificar de vencible el error de prohibición al comprobar que se apoya en (i) la exigibilidad de una mayor cautela y un mínimo esfuerzo de indagación de la licitud de la conducta, (ii) la evidencia de la conciencia de que sopesaban y se representaron como posible la antijuridicidad por la forma en que redactaron los Estatutos de la asociación, (iii) la incompatibilidad con el hecho probado de la existencia de una certeza absoluta, sin atisbo de duda, de la licitud de su conducta, (iv) la inacción para superar el error, (v) la aptitud de los hechos probados y la fundamentación jurídica de la Sentencia de instancia para basar como probable la creencia equivocada, (vi) la consideración del error como evitable cuando el autor alberga razones para sospechar la ilicitud de su conducta, (vii) el bastar ser conscientes de circunstancias que aconsejarían verificar la licitud de la conducta, (viii) el incumplimiento de la carga de verificar la licitud de la actividad que se proponían desplegar, (ix) la irrelevancia para apreciar la invencibilidad del error del principio de confianza en la jurisprudencia o decisiones judiciales cuando existen pronunciamientos contradictorios.

En relación con la supuesta conculcación del derecho a la presunción de inocencia por interpretarse la prohibición de difusión de las drogas como proscripción del riesgo de difusión porque se castiga a los recurrentes por no ser capaces de demostrar que tuviesen la capacidad y la posibilidad de erradicar todo riesgo de mal uso o mal destino de la droga, el Fiscal aduce que bajo un ropaje procesal lo que se está cuestionando es la interpretación judicial del precepto penal y su alcance al considerar el Tribunal Supremo que la conducta de los recurrentes era encajable en el artículo 368.1 CP, pues la afirmación de la tipicidad se basó no en el riesgo de difusión a terceros ajenos a la asociación, sino la efectiva distribución entre los socios, lo que se tuvo como elemento clave para afirmar la tipicidad de la conducta. Además en el presente caso la realidad de los hechos probados quedó fijada en una actividad probatoria desplegada ante la Audiencia Provincial sin que en el debate sobre tipicidad dicho relato sufriera modificación alguna.

8. Por providencia de 19 de abril de 2018 se acordó señalar para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 23 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 núm. 596/2015, de 5 de octubre, que condena a los demandantes, inicialmente absueltos, como autores de un delito contra la salud pública con la concurrencia de un error vencible de prohibición, y contra el auto de la misma sala de 10 de febrero de 2016 que desestima el incidente de nulidad de actuaciones que interpusieron contra la anterior resolución.

Los demandantes argumentan, de una parte, que las resoluciones judiciales han lesionado su derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) en su vertiente material, tanto por las deficiencias inherentes al tipo penal sobre el que se asienta su condena, descrito en el artículo 368 del Código penal (CP), que consideran excesivamente indeterminado y abierto (garantía de determinación), como por haberse efectuado una irracional subsunción de los hechos probados en dicho precepto (garantía de tipicidad), lo que relacionan con la lesión de los principios de seguridad jurídica y de proporcionalidad en la restricción de la libertad personal, invocando asimismo como vulneraciones autónomas la irracional aplicación de la norma reguladora del error y sus efectos en el orden penal (art. 14 CP), y la aplicación retroactiva de una interpretación jurisprudencial del artículo 368 CP que no existía en la fecha en que ocurrieron los hechos enjuiciados en la causa; de otra parte afirman que se les han rehusado garantías esenciales del procedimiento pacíficamente reconocidas tanto en nuestra doctrina constitucional como en la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, singularmente la garantía de la inmediación en la valoración de las pruebas y el derecho de defensa, el derecho a la doble instancia penal, el derecho a la tutela judicial efectiva por incongruencia omisiva, y el derecho a la presunción de inocencia por imponerse a los acusados el deber de probar que controlaban de forma absoluta todo riesgo de difusión de la sustancia estupefaciente fuera del círculo de los asociados.

El Ministerio Fiscal, tal y como ha quedado expuesto en los antecedentes, solicita que se otorgue parcialmente el amparo y que se anule la segunda sentencia casacional y el posterior auto, por haberse visto vulnerado el derecho de defensa de los demandantes (art. 24.2 CE) al haber sido condenados por un tribunal que no les había oído y que no les otorgó la posibilidad de debatir contradictoriamente en una vista pública la concurrencia del error y sus efectos jurídicos, rechazando el fundamento de las restantes lesiones sustantivas y procesales invocadas en el recurso.

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, y 126/2010, de 29 de noviembre, FJ 2, así como en la más reciente STC 105/2013, de 6 de mayo, FJ 3, el Tribunal ha declarado que le corresponde, en función de las circunstancias concurrentes en cada supuesto concreto, 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.

Acogiéndonos a dicha doctrina, y a la vista de la semejanza del presente caso con el asunto dirimido en la STC 146/2017, de 14 de diciembre, que trató de la condena en segunda instancia de miembros de una asociación cannábica, examinaremos en primer lugar los motivos de amparo relacionados con la vulneración del principio de legalidad penal. En efecto, siendo objeto de específica invocación el incumplimiento de la garantía de determinación que vincula al legislador por deficiente concreción de los elementos típicos del artículo 368.1 CP, de apreciarse fundamento suficiente para la estimación de tal motivo, el Tribunal se vería precisado a plantear una cuestión interna de inconstitucionalidad en los términos del artículo 55.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) antes de resolver sobre la procedencia del amparo.

Los recurrentes consideran inadmisibles la indeterminación del artículo 368.1 CP, que a su entender derivaría «de la obsolescencia e inconcreción de la expresión "consumo ilegal" cuyo favorecimiento o facilitación constituye el atentado al bien jurídico protegido». Esta, en su opinión, no permite determinar mínimamente la relación de conductas que quedarían comprendidas en dicho precepto. Afirman que estamos ante un tipo penal formulado de forma tan abierta que su aplicación o inaplicación depende de una decisión prácticamente libre y arbitraria en el sentido estricto de la palabra de los jueces y tribunales.

Sobre la calidad normativa del artículo 368 CP desde la perspectiva de la garantía material de determinación de los preceptos penales se ha pronunciado la STC 146/2017

en su fundamento jurídico 3, fijando una doctrina íntegramente aplicable al presente supuesto:

«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 (asunto *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 (asunto *Kafkaris*, antes citado, § 141)." (STEDH, de 21 de octubre de 2013, asunto *Del Río Prada contra España*, § 92).»

Estas razones conducen a desechar la vulneración del principio de legalidad en su vertiente de exigencia de taxatividad de las normas penales (art. 25.1 CE).

3. Descartada la vulneración del principio de legalidad por defectos inherentes al precepto penal aplicado, procede entrar al análisis de los motivos de amparo que denuncian la infracción del principio de legalidad penal fundada en una errónea interpretación y aplicación judicial del mismo. El recurso aduce la existencia de una irracional subsunción jurídica de los hechos probados en el tipo penal del artículo 368.1 CP (garantía de tipicidad), para seguidamente cuestionar la aplicación del artículo 14.3 CP sobre error de prohibición invencible, y el efecto retroactivo otorgado, según afirma la demanda de amparo, a una línea jurisprudencial nueva y peyorativa para los intereses de los recurrentes.

A la luz de las exigencias del artículo 25.1 CE, es jurisprudencia consolidada 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 la jurisdicción de este Tribunal. Es esta una función que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 117.3 CE, corresponde en exclusiva a los jueces y tribunales ordinarios (entre otras muchas, STC 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 13). Ahora bien, al 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.

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 (entre otras, 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 que deben ser aplicados es el de 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 la subsunción en ella de las conductas contempladas no incurre en quiebras lógicas y resulta 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, FJ 5; 2/2015, de 19 de enero, FJ 8, y 146/2015, de 25 de junio, FJ 2).

En los antecedentes de esta resolución ha quedado reflejado que la primera sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 596/2015, de 5 de octubre, reprodujo en gran medida los argumentos utilizados en la sentencia del pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo núm. 484/2015, de 7 de septiembre, y que sobre esta base rechazó considerar atípico el cultivo compartido en el ámbito de una asociación de consumidores de cannabis, toda vez que dicha actividad no es equiparable al denominado «consumo compartido», teniendo en cuenta que en la asociación se manejaban cantidades importantes de droga y que concurría un grupo de personas amplio, y que no es por lo demás relevante a efectos penales la ausencia de ánimo de lucro, pues dicho ánimo no integra el tipo penal. Se hace referencia asimismo a los convenios internacionales y normas comunitarias que imponen a los Estados la

obligación de perseguir el tráfico de drogas. En el ordenamiento interno español el consumo ilegal es un concepto de referencia del tipo penal, señala lo que se trata de evitar al castigar toda acción dirigida a promoverlo, favorecerlo o facilitarlo y constituye un elemento normativo que remite a la legislación extrapenal donde se entiende por consumo ilegal «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». Descarta que la doctrina del autoconsumo compartido creada jurisprudencialmente como supuesto excepcional de atipicidad pueda ser aplicada a este caso por la magnitud de la sustancia manejada, el riesgo real y patente de difusión de su consumo, la imposibilidad de constatar con plena certidumbre la condición de consumidores o usuarios de la sustancia de los socios, así como de controlar el destino que pudieran dar al cannabis, enfatizando que hay un salto cualitativo entre el consumo compartido entre amigos o conocidos «y la organización de una estructura metódica, institucionalizada, con vocación de permanencia y abierta a la integración sucesiva y escalonada de un número elevado de personas».

Compartimos en este punto la argumentación del Ministerio Fiscal cuando afirma que las resoluciones del Tribunal Supremo verifican una operación jurídica de subsunción penal respetuosa de la norma sancionadora desde la triple perspectiva anteriormente expuesta: sometimiento al tenor literal de la norma, que no se ve desbordado en ninguno de sus aspectos, ausencia en el plano metodológico de quiebras lógicas en su exégesis o de un apartamiento de los modelos de argumentación aceptados por la comunidad jurídica, y adecuación en el plano axiológico a las pautas valorativas que informan el ordenamiento constitucional interpretado a la luz de los convenios internacionales suscritos sobre la materia.

En efecto, no contraviene el tenor literal del precepto considerar subsumibles en el mismo las actividades consistentes en el cultivo y la distribución para su consumo con fines lúdicos, medicinales o de cualquier otra índole, de la planta cannabis sativa y de sus preparados y derivados, previo pago por sus socios de la cuota anual y del importe de la sustancia adquirida, pues se trata de conductas que realizan algunos de los verbos nucleares fijados en la descripción típica del artículo 368 CP en correspondencia con la normativa internacional y supranacional que establece las bases comunes de la represión del tráfico ilícito de drogas. No resulta metodológicamente extravagante, ni desborda los contornos del artículo 368 CP, entender que una asociación dedicada a cultivar y facilitar cannabis a sus miembros está promoviendo un consumo no autorizado por los convenios internacionales y las normas administrativas vigentes en nuestro país, tratándose por lo tanto del consumo ilegal que la norma penal trata de evitar, y que realizadas estas conductas en el seno de una estructura metódica, institucionalizada, con vocación de permanencia y abierta a la integración sucesiva y escalonada de un número elevado e indeterminado de personas, no les cuadra la exoneración del «consumo compartido» auspiciada jurisprudencialmente para contener la reacción penal en supuestos fácticos bien diferentes, caracterizados por el consumo inmediato de cantidades mínimas, en un grupo cerrado y no muy numeroso de personas adictas y conocidas.

Esta subsunción jurídica tampoco resulta reprochable desde los fundamentos teleológicos de la norma, en conexión con el bien jurídico protegido, ni desde la perspectiva axiológica, al no contravenir valores o principios contenidos en la Constitución y ser conforme con las previsiones de los convenios internacionales citados en la Sentencia, entre ellos, la Convención única 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.

Idéntica conclusión se alcanza cuando se analiza la aplicación efectuada de la figura del error de prohibición en su modalidad vencible prevista en el artículo 14.3 CP. Aunque

se trata de un precepto inserto en la parte general del Código penal que no tiene por función describir y sancionar un hecho punible concreto, constituye en cualquier caso una norma penal de naturaleza sustantiva que por sus inequívocos efectos en el juicio de culpabilidad debe sujetarse a los mismos parámetros de razonabilidad que imperan en la aplicación de las normas penales que describen conductas típicas.

La primera Sentencia del Tribunal Supremo, en su fundamento de Derecho 10, rechaza la tesis de la invencibilidad del error, aportada por los recurrentes con carácter subsidiario en su calificación definitiva de los hechos, al entender que no la justificaba el principio de confianza en la jurisprudencia o decisiones judiciales, pues cuando la jurisprudencia es contradictoria debe diferenciarse en función del rango del órgano judicial y estar al criterio del tribunal superior, sin que el particular pueda invocar la decisión del tribunal inferior, y que cuando confluyen sentencias contradictorias de tribunales de igual jerarquía quien 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 hará en principio «con error de prohibición evitable, si no con conciencia eventual del ilícito», añadiendo a continuación «que lo exigible no es el conocimiento de la ilicitud penal, sino el conocimiento de la ilicitud en general» por lo que «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».

La segunda Sentencia del Tribunal Supremo, en su fundamento de Derecho 3 asume los criterios argumentales de la STS 484/2015 para valorar el error, y junto a la falta de claridad de los estatutos de la asociación –discutible en este caso, pues los estatutos mencionaban el cultivo de la planta cannabis sativa para su distribución entre los socios–, aporta los siguientes elementos de juicio complementarios para considerar que los demandantes abrigaban al menos la duda de la licitud de su conducta: i) que el cultivo asociativo del cannabis no es una conducta «estereotipadamente lícita socialmente», sino lo contrario, ii) que no había urgencia para decidir antes de emprender su actividad, iii) que la invencibilidad del error no puede asentarse en el principio de confianza en la jurisprudencia o decisiones judiciales y que lo exigible es el conocimiento de la ilicitud en general.

En definitiva, los razonamientos que de forma directa o por remisión recogen las dos Sentencias del Tribunal Supremo para aplicar el artículo 14.3 CP no presentan fallas argumentales de relieve susceptibles de invalidar dichas decisiones desde la perspectiva del principio de legalidad penal garantizado en el artículo 25.1 CE, aunque al mismo tiempo introducen un presupuesto fáctico, el conocimiento imperfecto o eventual de la ilicitud de su conducta por parte de los demandantes, que difícilmente puede ser declarado sin un contacto inmediato con las fuentes de la prueba, cuestión que se adentra en el terreno de las garantías procesales de las que se tratará en el fundamento jurídico sexto de esta resolución.

4. El agotamiento de los motivos de amparo que se cobijan en el ámbito protector del artículo 25.1 CE exige abordar el relativo a la aplicación retroactiva de una supuestamente novedosa interpretación del artículo 368 CP. En este punto es inevitable conformar la respuesta siguiendo las pautas fijadas en la STC 146/2017, FJ 5, por la similitud fáctica y jurídica del caso planteado entonces.

En efecto, los demandantes invocan como fundamento de su pretensión anulatoria la doctrina emanada de la STEDH de 21 de octubre de 2013 (asunto *Del Río Prada c. España*), aunque se trata de un caso que no presenta las similitudes necesarias con el presente. 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.»

Perfilada de este modo la doctrina constitucional sobre lo que puede legítimamente considerarse una aplicación retroactiva de nuevas construcciones jurisprudenciales constitucionalmente proscrita, es evidente que el presente caso no queda abarcado en la misma, pues el Tribunal Supremo introdujo como argumento decisorio determinante del juicio positivo de tipicidad, mediante la cita del inmediato precedente constituido por su STS 484/2015, un pronunciamiento cronológicamente anterior a la comisión de los hechos enjuiciados, el constituido por la STS 1377/1997, de 17 de noviembre, del que cabía extraer con meridiana claridad que el cultivo compartido de cannabis en el ámbito de una asociación no podía aspirar al grado de tolerancia judicial que los demandantes de amparo afirman que era objetivamente esperable. Es elocuente, sin necesidad de mayores comentarios, que la STS 1377/1997 estimara un recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el Ministerio Fiscal contra una sentencia de primera instancia que absolvió a los procesados del delito de cultivo de drogas y estupefacientes, y que el Tribunal Supremo se pronunciara en términos contundentes, al condenar a los responsables de una asociación de similar naturaleza a la participada por los demandantes, que había arrendado una finca para la plantación de cannabis con destino exclusivo al autoconsumo de sus socios.

En atención a lo expuesto, hemos de descartar que en este caso se haya producido una aplicación retroactiva de una interpretación judicial de la norma novedosa e impredecible para los recurrentes en el momento de planificar y desplegar la acción por la que fueron juzgados y condenados.

5. Entrando en el análisis de las vulneraciones de naturaleza procesal, comprobamos que los demandantes de amparo protestan la infracción de su derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) por haberse efectuado en las resoluciones impugnadas una valoración de las pruebas personales sin intermediación. Se dice que al resolver un recurso de casación del Fiscal con un único motivo de infracción de ley, la Sala Penal del Tribunal Supremo no podía reexaminar cuestiones fácticas sin haber presenciado la prueba practicada, y que pronunciarse sobre el error de los acusados y su vencibilidad exigía necesariamente reexaminar los hechos y efectuar una revaloración de la prueba sin las garantías exigidas por la doctrina constitucional. También aducen que se vulneró su derecho de defensa porque el Tribunal Supremo dictó condena sin haberles oído previamente y además porque apreció la concurrencia del error de prohibición vencible sin abrir el trámite de audiencia contradictoria que hubiera permitido el artículo 897.2 de la Ley de enjuiciamiento criminal.

Es conveniente en este punto efectuar una sintética exposición de 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.

Retomamos aquí la síntesis de doctrina constitucional efectuada en la STC 146/2017, FFJJ 6 y 7, cuando indicaba que el derecho a un proceso con todas las garantías ha sido objeto 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.

Desde entonces 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, y 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 declarado 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, SSTC 272/2005, de 24 de octubre, FJ 5, o 153/2011, de 17 de octubre, FJ 4), o de 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 intermediación, 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 intermediación, 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 intermediación (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 intermediación (entre otras, SSTC 328/2006, de 20 de noviembre FJ 3, o 184/2009, de 7 de septiembre, FJ 2).

6. 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 intermediación si tal enjuiciamiento no se produce a partir de la valoración de declaraciones testimoniales, 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 las SSTEDH de 27 de noviembre de 2012, asunto *Vilanova Goterris y Llop García c. España*, y 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 estas 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).

7. La aplicación de los criterios expuestos al presente caso permite concluir la existencia de una 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 entendió que los hechos no eran constitutivos del delito contra la salud pública porque no ponían en riesgo el bien jurídico protegido por dicha norma, la salud pública, toda vez que la sustancia cultivada iba destinada al consumo exclusivo de los socios, mayores de edad y consumidores previos, en la sede de la asociación, sin publicidad externa y sin riesgo de difusión a terceros. También desecha la imputación del delito de asociación ilícita al no apreciar por las mismas razones que la asociación tuviera una finalidad ilícita, considerando asimismo que la Administración autonómica había fijado unos criterios generales para el ordenado funcionamiento de este tipo de asociaciones cannábicas.

Contra esta resolución reaccionó el Ministerio Fiscal interponiendo un recurso de casación basado en un único motivo de infracción de ley al entender que, en atención al relato de hechos probados, no era de aplicación la doctrina del consumo compartido. El Tribunal Supremo se limitó en este particular 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 artículo 368.1 CP se verificó 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, cuando el Tribunal Supremo efectúa la inferencia del grado de conocimiento que tenían los recurrentes de la naturaleza antijurídica de su conducta del que seguidamente extrae la consecuencia jurídica de la apreciación de un error de prohibición en su modalidad vencible.

El Tribunal Supremo afirma en sus Sentencias que los demandantes de amparo abrigaron dudas sobre la legalidad de su actuación e incumplieron deberes de comprobación diligente de dicha situación. Esta afirmación constituye una extensión de la vertiente fáctica de la Sentencia de instancia, que, al descartar la tipicidad de la

conducta, no entró a analizar los aspectos subjetivos de la actuación de los acusados, y trasciende por ello la mera operativa de interpretación de las normas jurídicas, por lo que ha de estimarse sujeta a las garantías procesales inherentes a la valoración de la prueba. El Tribunal Supremo alcanzó en este punto sus conclusiones sin ponderar las declaraciones personales evacuadas por los acusados ante la Audiencia Provincial en las que manifestaron su convicción de haber obrado dentro de la legalidad.

Por otra parte el Tribunal Supremo al someter a examen la conciencia de la antijuridicidad de la conducta que abrigaban los acusados se introduce en una realidad jurídico penal intrínsecamente vinculada con la culpabilidad, decantando su decisión no por la exoneración plena de los acusados instada por su defensa en conclusiones definitivas –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 condena en casación a los acusados absueltos al descartar que el error de prohibición fuera invencible, esto es, rechaza que los acusados tuvieran certeza de la licitud de su actuación. Para alcanzar tal conclusión la Sentencia efectúa un razonamiento deductivo que partiendo de los hechos probados la 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), pese a que el núcleo de lo debatido 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 una cuestión de índole anímica o interna –el grado de conocimiento de la ilicitud de la acción por parte de los acusados– determinante de la culpabilidad o de la inocencia, en función del efecto de exoneración o atenuación previsto para el error de prohibición en el artículo 14.3 CP, que no podía ser resuelta sin dar la posibilidad a los recurrentes de ser oídos personalmente. La reconsideración de los hechos estimados probados en primera instancia no se limitó por lo tanto 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 debía ser preservada para garantizar su defensa efectiva (entre otras, la reciente STEDH de 8 de marzo de 2016, asunto *Porcel Terribas y otros c. España*).

Por tal motivo debe considerarse producida la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho de defensa (artículo 24.2 CE).

Los recurrentes aducen, asimismo, que se vulneró también su derecho de defensa porque el Tribunal Supremo no les convocó a una vista pública para debatir la procedencia de la aplicación del error de prohibición, existiendo al efecto un trámite procesal, el previsto en el artículo 897.2 de la Ley de enjuiciamiento criminal, que hubiera permitido hacer efectivo el principio de contradicción. Se trata de una denuncia que aparece directamente relacionada con la anterior, en la medida en que el trámite de audiencia de las partes para «un mayor esclarecimiento de la cuestión debatida» previsto artículo 897.2 de la Ley de enjuiciamiento criminal, hubiera ofrecido la posibilidad de materializar la audiencia personal de los acusados dándoles la oportunidad de dirigirse directamente al Tribunal que iba a resolver sobre su culpabilidad, y a este de apreciar directamente su testimonio.

8. Una vez constatada 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 previamente por el Tribunal que ha de juzgar la culpabilidad o inocencia, ha de otorgarse el amparo solicitado sin que sea necesario, en virtud de la extensión de la retroacción de actuaciones que se seguirá de la estimación de estos

motivos, adentrarse en el análisis de las restantes vulneraciones de índole procesal que el recurso ha hilvanado en torno a diversas formas de desconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva por incongruencia omisiva por ausencia de respuesta a algunas alegaciones, presunción de inocencia por exigírseles una acreditación imposible de la ausencia de riesgo de difusión de la sustancia, y derecho a un proceso con todas las garantías por falta de una instancia penal posterior a la condena (STC 157/2013, FJ 7).

En orden a determinar los efectos del otorgamiento del amparo, se observa que las dos Sentencias dictadas en casación efectúan valoraciones de índole fáctica y jurídica sobre la concurrencia del error de prohibición vencible, que han sido causalmente determinantes de la condena y su concreta extensión, por lo que ambas conforman 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 ello para el pleno restablecimiento de los recurrentes en sus derechos resulta procedente en este caso la anulación de las dos Sentencias del Tribunal Supremo así como del ulterior Auto desestimatorio del incidente de nulidad de actuaciones que no restableció el derecho de los recurrentes, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento inmediatamente anterior a dictarse la primera de las Sentencias, 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 a un la interdicción de la *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 Lorenzo Colombo, don Francesco Molon, y don Maurizio Vissani, 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 5 de octubre de 2015 y del Auto de 10 de febrero de 2016 que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones, dictadas en el rollo de casación núm. 755-2015, retrotrayendo 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 veintitrés de abril de dos mil dieciocho.—Encarnación Roca Trías.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Pedro José González-Trevijano Sánchez.—Antonio Narváez Rodríguez.—Ricardo Enríquez Sancho.—Firmado y rubricado.