

## SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**7133** *Sala Segunda. Sentencia 37/2018, de 23 de abril de 2018. Recurso de amparo 1889-2016. Promovido por don Martín Francisco Barriuso Alonso y tres 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:2018:37

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. 1889-2016, promovido por don Martín Francisco Barriuso Alonso, don Enrique Javier Barazón Amat, doña Maitane Arrate Sustatxa y doña Fernanda Pilar Badiola Mazariegos, representados por el Procurador de los Tribunales don Luis Fernando Pozas Osset y asistidos por el abogado don Héctor Brotons Albert, contra: (i) la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 9 de diciembre de 2015, que estimó parcialmente el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Vizcaya el 27 de marzo de 2015; (ii) así como también contra el Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 15 de febrero de 2016, que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones promovido contra la indicada Sentencia de 9 de diciembre de 2015. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Ricardo Enríquez Sancho, quien expresa el parecer del Tribunal.

#### I. Antecedentes

1. Por escrito presentado el 7 de abril del 2016 en el registro general del Tribunal Constitucional, se interpuso por el Procurador de los Tribunales don Luis Fernando Pozas Osset, en nombre y representación de don Martín Francisco Barriuso Alonso, don Enrique Javier Barazón Amat, doña Maitane Arrate Sustatxa y doña Fernanda Pilar Badiola Mazariegos, asistidos por el Letrado don Héctor Brotons Albert, recurso de amparo contra la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 9 de diciembre 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 27 de marzo de 2015, y contra el Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 15 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, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) Por el Juzgado de Instrucción núm. 6 de Bilbao se incoó el procedimiento abreviado núm. 2477-2012 contra los demandantes de amparo formulándose escrito de acusación por el Ministerio Fiscal contra don Martín Francisco Barriuso Alonso, don Igor Gaminde Garrido y doña Maitane Arrate Sustatxa como autores de un delito contra la salud pública en su modalidad de tráfico de sustancias estupefacientes que no causan grave daño a la salud en cantidad de notoria importancia, en concurso real con un delito de integración en grupo criminal o alternativamente de un delito de asociación ilícita, y contra don Enrique Javier Barazón Amat y doña Pilar Fernanda Badiola Mazariegos como autores de un delito contra la salud pública en su modalidad de tráfico de sustancias estupefacientes que no causan grave daño a la salud. Por su parte las defensas solicitaron su absolución.

b) Los demandantes fueron absueltos por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Vizcaya de los delitos de los que habían sido acusados. La Sentencia declaró probado que el 22 de febrero de 2003 don Martín Francisco Barriuso Alonso, doña Maitane Arrate Sustatxa «y tres personas más» constituyeron la Asociación de Usuarios/as de Cannabis Pannagh, que fue inscrita en el registro general de asociaciones del País Vasco en virtud de resolución de 20 de junio de 2003 del director de estudios y régimen jurídico.

La Sentencia declaraba que los fines estatutarios de la asociación eran el estudio sobre el cáñamo y sus posibles aplicaciones culturales, científicas y terapéuticas, evitar el peligro para la salud de sus usuarios inherente al mercado ilegal de cannabis, promover el debate social sobre su situación legal y la de sus consumidores y hacer valer los derechos constitucionales de estos. Para ser socio era necesario solicitarlo por escrito, ser avalado por un miembro de la asociación, ser mayor de edad y gozar de plena capacidad de obrar, compartir los fines y objetivos de la asociación y ser consumidor de cannabis o haber sido diagnosticado de alguna enfermedad para la que el uso terapéutico o paliativo de los cannabinoides hubiera sido probada científicamente, correspondiendo a la junta directiva resolver sobre la admisión o inadmisión. Con la finalidad de evitar los riesgos del mercado ilegal se estableció y aceptó por los socios la actividad de cultivo en la que para participar era imprescindible haber adquirido la condición de socio, los gastos de la actividad se sostenían de forma proporcional a la participación en ella, cada socio participaba en función de la previsión de consumo que él mismo determinaba para cada período semestral de cultivo, el cultivo solo alcanzaba a cubrir el conjunto de las previsiones que los socios habían realizado para el período, el total de cada período de cultivo se dividía entre el total de socios participantes, el cuidado del cultivo se llevaba a cabo por socios colaboradores «y en orden a excluir cualquier posibilidad distinta del autoconsumo privado la participación de cada socio no podía exceder de la correspondiente a 2 gramos por día».

En el mes de noviembre de 2011 la policía municipal de Bilbao inició una investigación que, tras la práctica de vigilancias y seguimientos, llevó el día 14 de noviembre de 2011 a la práctica de una entrada y registro en la sede de la asociación sita en Bilbao, y el día 15 de noviembre de 2011 a la entrada y registro en un trastero sito en Galdakao y en una finca rústica sita en Zamudio que tenía alquilados la asociación. En estos registros se incautaron diversas cantidades de cannabis (marihuana) —entre ellas destacan cinco cajas con 10.035 gramos, diecisiete cajas con 22.253,60 gramos, dieciséis tabletas con 800 gramos, así como un saco de papel con 767,40 gramos hallados en la sede social, doce bolsas con 21.456,8 gramos y una bolsa con 156,60 gramos hallados en la finca rústica de Zamudio, y once cajas con múltiples bolsas con 23.724,10 gramos halladas en el trastero de Galdakao— así como dinero y documentación relacionada con la actividad asociativa.

El relato de hechos probados también decía que «[l]os socios de la Asociación de Usuarios/as de Cannabis Pannagh eran consumidores de cannabis y, tras la constitución de la Asociación, para hacerse socios habían presentado una solicitud por escrito, fueron

avalados por una persona ya socia de Pannagh y aceptaron cumplir los Estatutos de la Asociación y las normas de régimen interno, observar los fines sociales y respetar las decisiones de sus órganos y fueron admitidos cuando con el cultivo de la sustancia se podía atender sus previsiones de consumo.

La cantidad de sustancias estupefacientes intervenida procedía del cultivo compartido realizado conforme a las previsiones de consumo de los socios consumidores de marihuana participantes que estaban debidamente identificados y estaba destinada al consumo de dichos socios conforme a los fines y reglas de asociación y el acuerdo de los socios. En el momento de la intervención policial la asociación contaba con más de trescientos socios debidamente identificados que obtenían el cannabis que consumían en el modo indicado».

Terminaba con este párrafo:

«No ha quedado acreditado que los acusados constituyeran una asociación con apariencia de legalidad para, bajo la cobertura formal de una asociación sin ánimo de lucro inscrita, cultivar cannabis, preparar y distribuir la sustancia estupefaciente obtenida a terceras personas a cambio de dinero, ni que para encubrir la entrega de la sustancia a estas personas se les realizara un carné de socio en el momento de la entrega de la sustancia. No ha quedado acreditado que los acusados hubieran entregado marihuana o hachís a personas que previamente no hubieran sido socios de la Asociación de Usuarios/as de Cannabis Pannagh. No ha quedado acreditado que las cantidades obtenidas con el pago por los socios de las cuotas anuales y al retirar la sustancia estupefaciente tuvieran otro destino que el de sufragar los gastos propios de la asociación y los relativos al cultivo, recolección y conservación de la sustancia estupefaciente para entregarla a los socios para su autoconsumo según lo acordado. No consta que los acusados tuvieran la intención de que la sustancia estupefaciente fuera difundida entre quienes no fueran socios ni que consintieran o aceptaran que los socios destinaran la sustancia estupefaciente a destino distinto de su propio consumo.»

La Audiencia Provincial de Vizcaya entendió que los asociados –unos 320 en el momento de la intervención policial– eran consumidores habituales de cannabis, identificados y determinados, que, ajustándose a las reglas estatutarias que regían el funcionamiento de la asociación, realizaban actos de cultivo compartido con el único propósito de asegurarse el suministro de marihuana necesario para su autoconsumo, sin ninguna finalidad de tráfico, estableciendo controles y medidas de seguridad para evitar la difusión de la sustancia a terceros, por lo que consideró que los hechos no eran susceptibles de ser calificados como delito contra la salud pública en los términos esgrimidos por la acusación, dado que esta actividad de autocultivo, que vendría a ser una forma de autoconsumo, no promovía, favorecía o facilitaba el consumo de la marihuana más allá del círculo de los asociados.

En el desenvolvimiento de este argumento la Sala remitía a los criterios que había seguido en su Sentencia de 16 de junio de 2014, de sentido igualmente absolutorio en la que se dirimía la acusación contra varios miembros de otra asociación cannábica.

c) El Ministerio Fiscal, previa preparación, interpuso el 28 de abril de 2015 recurso de casación en el que alegó como único motivo, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrim), el de infracción de ley por indebida inaplicación de los artículos 368 y 369.1.5 del Código penal: CP (delito contra la salud pública), y por indebida inaplicación de los artículos 515.1 y 517.1 y 2 CP (delito de asociación ilícita) o, alternativamente, del artículo 570 *ter* 1 CP en relación con el artículo 570 *quater* 1 CP (delito de integración en organización criminal).

d) Por diligencia de ordenación de 5 de mayo de 2015 se tuvo por formalizado el recurso y se dio traslado del mismo a la representación procesal de los ahora demandantes de amparo, quienes en sendos escritos registrados el 19 y 20 de mayo de 2015 se instruyeron del recurso y lo impugnaron, manifestando al amparo del artículo 893 *bis* a) LECrim que no conceptuaban necesaria la celebración de vista. Alegaron que el Ministerio Fiscal no respetaba en su recurso el relato de hechos probados de la

Sentencia de instancia, que era intangible, y en el que se descartaba que en los demandantes existiera el ánimo tendencial dirigido al tráfico de sustancias estupefacientes exigido por el tipo penal, ni un riesgo de difusión a terceros ajenos a la asociación, pues el cultivo se organizaba en función de las previsiones de consumo de los socios en periodos semestrales, siendo todos los socios consumidores de cannabis.

e) Por providencia de 10 de septiembre de 2015 se admitió el recurso de casación señalando fecha para su deliberación y decisión. Por providencia de 23 de septiembre de 2015 se suspendió el señalamiento para deliberación y se otorgó, al amparo del artículo 897.2 de la Ley de enjuiciamiento criminal, un plazo de ocho días al Ministerio Fiscal y a las partes para que informasen sobre la posibilidad de aplicación del artículo 14 del Código penal.

f) El Ministerio Fiscal emitió informe en fecha 29 de septiembre de 2015 en el que, tras distinguir las características del error de tipo y del error de prohibición en su modalidad directa e indirecta, aduce que en el plano procesal el error debe ser probado por la parte que lo alega y que no puede ser invocado en aquellas infracciones que sean de ilicitud notoriamente evidente. El error no aparece reflejado en el relato de hechos probados, en los que no se describe ninguna situación de desconocimiento o conocimiento equivocado de la realidad, ni resulta admisible por ser doctrina consolidada del Tribunal Supremo que en los delitos de tráfico de drogas no cabe el error de prohibición por ser hecho notorio para cualquier persona de cultura y conocimientos normales que se trata de una conducta punible. Añade que un error sobre el posible encuadramiento de los hechos en el ámbito del consumo compartido definido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo constituiría un error de tipo, excluyente del carácter «ilegal» del consumo, pero que este error no ha sido ni alegado ni probado. Afirma que dicho error no concurre en quienes han constituido una asociación ilícita y han realizado labores de gestión y administración, además del cultivo, preparación y envasado de la sustancia estupefaciente. Cita y se atiene al criterio sentado en la instrucción de la Fiscalía General del Estado núm. 2-2013, sobre «algunas cuestiones relativas a las asociaciones promotoras del consumo de cannabis». En el presente caso se han entregado cantidades de cannabis de hasta 360 gramos semestrales sin un verdadero control de que los socios receptores fueran realmente adictos o consumidores habituales, o enfermos con autorización sanitaria para su tratamiento, por lo que existió un riesgo claro para el bien jurídico protegido, la salud pública colectiva. El consumo no se desarrolló en lugar cerrado, porque los socios podían llevarse la sustancia para consumirla en cualquier lugar distinto del local de la asociación, tampoco el consumo era inmediato a su recepción por el socio, quien podía entregarla a quien quisiera, y tampoco nos encontrábamos ante un pequeño núcleo de drogodependientes sino ante un elevado número de socios, integrado por más de 320 personas, con unos estatutos asociativos que no establecían límite alguno de admisión de socios; tampoco estamos ante una cantidad de droga mínima o insignificante, pues la asociación precisaba de 115.200 gramos al semestre para atender a la demanda potencial de sus 320 socios, lo cual significa unos acopios semestrales de hasta diez veces la cantidad fijada por el Tribunal Supremo para aplicar la figura agravada de la notoria importancia para el caso de la marihuana. Recuerda que la Ley 17/1967, de 18 de abril, impide el cultivo de cannabis sin autorización administrativa aunque sea para consumo privado y que el uso de estupefacientes está sujeto a un régimen de control oficial que actualmente corresponde a la Agencia española de medicamentos. Concluye de lo anterior que no es admisible la tesis del error de tipo y que si bien existen algunos pronunciamientos absolutorios de Audiencias Provinciales, encontramos otros de signo condenatorio por lo que no se puede hablar de un contexto cultural de admisión de este tipo de comportamientos. Termina señalando que el error de tipo tampoco afectaría al delito de asociación ilícita o de integración en grupo criminal.

g) La Letrada de doña Pilar Fernanda Badiola Mazariegos presentó escrito el día 1 de octubre de 2015 en el que postuló la aplicación de un error invencible de prohibición porque actuó convencida de que su conducta era lícita y estaba amparada en la Ley al

incorporarse a una asociación, Pannagh, que ya llevaba inscrita en el registro de asociaciones del Gobierno Vasco desde siete años antes de su incorporación personal, y que pasó a prestar servicios a la misma en virtud de un contrato de trabajo reglado, con alta y cotización a la Seguridad Social, y todas las garantías y requisitos legales.

La Letrada de los restantes demandantes de amparo presentó escrito el día 5 de octubre de 2015 en el que alegó en primer lugar que no sería posible revisar la Sentencia absolutoria dictada en instancia, modificando su relato de hechos probados, sin dar previa audiencia a los acusados, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y del propio Tribunal Supremo. Sobre la cuestión de fondo alegó que en todo momento obraron con la conciencia de que formaban parte de una asociación legal y por lo tanto de que su actividad era igualmente legal, lo cual se deduce del propio relato de hechos probados de la Sentencia de instancia, por lo que les sería aplicable, en su caso, el error invencible de prohibición. Adujo que este error aflora de las pruebas practicadas en el juicio oral.

h) El recurso de casación fue estimado parcialmente en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 788/2015, de 9 de diciembre. En lo que interesa al presente recurso de amparo, importa destacar que en su primer fundamento de Derecho, aplicando al caso los criterios decisorios sentados en anterior Sentencia del Pleno de la Sala Penal del Tribunal Supremo núm. 484/2015, de 7 de septiembre, afirma que la ausencia de lucro no excluye el carácter punible de la conducta cuando se pone en riesgo el bien jurídico protegido al facilitar el consumo de la sustancia estupefaciente por terceros, que el debate social y político sobre el grado de prohibición o tolerancia de las sustancias estupefacientes corresponde a otros poderes del Estado, no a los tribunales, sin perder de vista la política criminal supranacional, y que el marco aplicable al presente caso es el interno constituido por el artículo 368 CP y la regulación administrativa nacional sobre control de sustancias estupefacientes, así como la normativa internacional de la que hace expresa cita (Convención de Naciones Unidas de 1961, Convención de Viena de 1988) que obligan a los Estados parte a perseguir como delitos las conductas de cultivo, producción, venta y difusión de sustancias estupefacientes, entre las que se incluye el cannabis como sustancia a combatir, citando seguidamente la normativa de la Unión Europea que establece las disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de los delitos y penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas (Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo de 25 de octubre de 2004) en la que igualmente se incluye como objeto de persecución penal las conductas atinentes a la planta del cannabis, con la sola exclusión del consumo personal. En relación con el artículo 368 del Código penal el Tribunal Supremo afirma que el consumo ilegal es su concepto de referencia, que aunque no está incluido en la conducta punible, es lo que se pretende evitar castigando toda acción encaminada a promoverlo, favorecerlo o facilitararlo, actos entre los que se incluyen el cultivo, la elaboración o el tráfico, y que consumo ilegal es toda utilización o ingesta de la droga por cualquier vía orgánica que no sea aquella que esté expresamente autorizada por tener finalidad terapéutica o positiva para la salud. Afirma que la asociación presenta una estructura que la hace incapaz de controlar el riesgo de difusión de la droga a terceros y que por ello sus creadores y organizadores son responsables de crear una fuente de riesgos para el bien jurídico protegido, añadiendo que la doctrina jurisprudencial que admite la ausencia de tipicidad del consumo compartido no es aplicable a este tipo de asociaciones por no cumplir sus requisitos, particularmente los que exigen que el consumo se produzca en lugar cerrado, entre un grupo reducido de adictos y en cantidades pequeñas de droga que sean adecuadas para su consumo en una sola sesión o encuentro. Considera, en consecuencia, que procede estimar el motivo único del recurso de casación del Fiscal, estimando que los hechos son subsumibles en el tipo penal del artículo 368 CP y aplicando en segunda Sentencia las penas correspondientes.

A la alegación de los demandantes de amparo de que no podría revisarse la Sentencia absolutoria sin darles previa audiencia, el Tribunal Supremo responde en el fundamento de Derecho tercero que la misma no era precisa en este caso por ser objeto

del recurso de casación una cuestión de estricta subsunción jurídica de los hechos probados en el delito del artículo 368 CP, supuesto en el que la doctrina del Tribunal Constitucional no exige la celebración de vista oral ni la práctica de prueba en segunda instancia con cumplimiento de los principios de publicidad, inmediación y contradicción para que se entienda respetado el derecho a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 de la Constitución.

i) A continuación se dicta segunda Sentencia de casación en la que se declara que los hechos probados son constitutivos de un delito contra la salud pública de los artículos 368 y 369.5 del Código penal, en la modalidad de tráfico de sustancias que no causan grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia, respecto de los acusados don Francisco Barriuso Alonso y doña Maitane Arrate Sustatxa, aplicando a los acusados doña Pilar Fernanda Badiola Mazariegos y don Enrique Javier Barazón Amat el tipo especial atenuado por la escasa entidad del hecho del artículo 368.2 del Código penal y absolviendo al otro acusado, don Igor Gaminde Rodrigo, por falta de concreción en los hechos probados de su intervención en los mismos. La Sala considera que el error de los demandantes sobre el ámbito y alcance de la prohibición contenida en el artículo 368 CP constituye una inferencia de la Sentencia de instancia, que sin afirmarla expresamente, «transita por la narración fáctica y la fundamentación jurídica de manera implícita», inferencia admisible por ser beneficiosa para los acusados y que pese a no haber sido alegada por las defensas, no puede ser obviada por representar una minoración de la responsabilidad penal. La Sala entiende que el error sería de prohibición, no de tipo, y que resultaría vencible, pues a los acusados les era exigible una mayor cautela y un esfuerzo más sincero de indagación de la legalidad de su conducta, entendiéndose que sopesaron y se representaron su posible antijuricidad por las citas de resoluciones judiciales que efectuaron y por la falta de transparencia en la redacción de los estatutos de la asociación, en los que ocultaron que su objeto era la producción y distribución de cannabis entre sus asociados. Considera la Sala que 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 se traduce en una atenuación penológica, en este caso mediante la rebaja en un grado de la pena prevista para el delito, conforme a lo establecido en el artículo 14.3 del Código penal, de lo que se sigue la imposición a los acusados don Martín Francisco Barriuso Alonso, y doña Maitane Arrate Sustatxa la pena de un año y ocho meses de prisión y multa de 250.000 euros con responsabilidad personal subsidiaria de 20 días en caso de impago, y a los acusados doña Pilar Fernanda Badiola Mazariegos y don Enrique Javier Barazón Amat, a los que aplica la figura atenuada del artículo 368.2 del Código penal, la pena de seis meses menos un día de prisión sin imposición de pena de multa por no existir constancia de la cantidad de droga que habían llegado a manipular, manteniendo la absolución del acusado don Igor Gaminde Rodrigo porque en el relato de hechos probados de la Sentencia de la Audiencia Provincial ni siquiera se le nombraba, no siendo posible alterar dicho relato en casación.

j) Por Auto de 15 de febrero de 2016 la Sala Penal del Tribunal Supremo desestimó el incidente de nulidad de actuaciones promovido al amparo del artículo 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por la representación procesal de los demandantes, en el que invocaron la vulneración de los derechos fundamentales a la libertad personal (art. 17.1 CE), a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), a un proceso con todas las garantías y al juez ordinario predeterminado por la Ley (art. 24.2 CE), a un proceso justo (art. 6.1 del Convenio europeo de derechos humanos: CEDH), a la doble instancia (art. 14.5 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos), a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), a la legalidad penal (art. 25.1 CE), violación del principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE) y por no garantizar la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) y violación del derecho a la autonomía y dignidad personales y al desarrollo de la personalidad (art. 10 CE en relación con los arts. 18 CE y 8 CEDH). La Sala afirma que la parte promotora del incidente no está denunciando propiamente vicios de nulidad, sino

reiterando alguno de los motivos en los que ya fundó su recurso de casación y que la Sentencia cuya nulidad se pretende ya trató todas las cuestiones afectantes a la legalidad penal, a la tipicidad de la conducta, y a la aplicación del error de prohibición o de tipo, vencible o invencible, así como las razones por las que se aplicó el párrafo segundo del artículo 368 del Código penal a unos acusados y no a otros. En relación con la intermediación y el derecho de defensa, también se consideró en la Sentencia la posibilidad de modificar en casación un pronunciamiento absolutorio de la instancia sin necesidad de audiencia de los afectados cuando la pretensión de revisión se ciñe estrictamente a cuestiones jurídicas. Y en relación con el proceso justo, no se ha alterado el hecho probado porque el último apartado del relato fáctico era prescindible al recoger hechos no probados y no hechos acreditados. El derecho de defensa quedó garantizado cuando se les concedió audiencia conforme al artículo 897.2 de la Ley de enjuiciamiento criminal para que manifestaran lo que estimaran conveniente sobre la eventual aplicación del artículo 14 del Código penal. Rechaza asimismo que se haya producido vulneración del derecho a la presunción de inocencia porque no existió inversión de la carga de la prueba, teniendo que probar los acusados que no controlaban el destino del cannabis, sino afirmación de que el supuesto reflejado en los hechos probados no entra en el supuesto atípico excepcional, según los parámetros jurisprudenciales, del «consumo compartido», sino del «cultivo colectivo» con el resultado constatado en relación con los 320 socios de la asociación Pannagh.

3. Los recurrentes afirman en su demanda de amparo que las resoluciones del Tribunal Supremo han vulnerado su derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) por valorarse en casación pruebas personales sin garantía de intermediación al no haberse celebrado vista oral, en conexión con vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) al declararse probados hechos de cuya existencia hay dudas razonables. El Tribunal Supremo modificó el relato de hechos probados sin oír a ninguno de los condenados ni a los testigos que depusieron en el acto de juicio oral, alcanzando conclusiones fácticas de índole incriminatoria que un tribunal no debe formular sin establecer una previa interacción con las fuentes de la prueba. Consideran que tal proceder va en contra de la doctrina constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y citan varios precedentes. Manifiestan que la Sentencia condenatoria modificó los siguientes hechos base fijados en la Sentencia de instancia: (i) que todos los socios eran consumidores de cannabis; (ii) que no existió peligro de difusión a terceros; (iii) que una parte relevante de los socios eran consumidores terapéuticos de cannabis; (iv) que la cantidad de cannabis que recibía cada socio no excedía el marco del autoconsumo individual.

Al sustentar el Tribunal Supremo la condena sobre una revisión de tales conclusiones sin previa celebración de vista oral, ha vulnerado la garantía de la intermediación judicial. Afirman que se vulnera, igualmente, el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) porque los datos incorporados no son concluyentes.

A continuación los demandantes denuncian la vulneración de su derecho de defensa (art. 24.2 CE) porque no fueron oídos por el Tribunal que les condenó. Citan las SSTC 184/2009 y 157/2013, de las que infiere la doctrina de que nadie puede ser condenado en segunda instancia sin haber sido oído, pues el distinto enjuiciamiento sobre hechos subjetivos sin haber dado audiencia al acusado conlleva la vulneración del derecho de defensa y del derecho a un proceso con todas las garantías. Citan asimismo las SSTC 142/2011, 201/2012 y 88/2013, en relación con la constatación en segunda instancia de los elementos subjetivos del delito y la necesidad de audiencia del acusado antes de pronunciarse sobre los mismos. Recuerdan que el juicio sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio. Afirman que la condena impugnada se sustenta en nuevos hechos subjetivos –si el error era de tipo o de prohibición vencible– de los que los acusados discrepan. También dicen que se han valorado pruebas personales –interrogatorios de los acusados, testificales– sin intermediación.

También denuncian la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías (art. 24.1 y 2 CE, en relación con el derecho a un proceso justo del art. 6.1 CEDH) y a la igualdad ante la ley (art. 14 CE). Consideran que en relación con don Enrique Javier Barazón Amat se dan las mismas circunstancias de indeterminación de su participación en los hechos que concurrían en don Igor Gaminde Garrido, que resultó absuelto, por lo que aquél debió haber sido igualmente absuelto, tal y como se solicitó en el incidente de nulidad de actuaciones, sin que se haya obtenido respuesta del Tribunal Supremo sobre este punto.

Aducen luego la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin sufrir indefensión (art. 24.1 CE en relación con el art. 120 CE) por falta de motivación del Auto de 15 de febrero de 2016 que resolvió el incidente de nulidad de actuaciones, que ha incurrido en incongruencia omisiva al no resolver la totalidad de las cuestiones planteadas. Afirman que no se ha dado respuesta argumentada a ninguno de los cinco motivos de lesión del derecho a la legalidad penal planteados en el incidente, ni a los de lesión del derecho a un proceso con todas las garantías. Tampoco se dio respuesta a las peticiones de los otrosíes.

Reprochan seguidamente la vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) por aplicación de un precepto penal indeterminado, como es el artículo 368 CP. Se afirma que el juez debe restringir la aplicación del precepto indeterminado a supuestos ciertos y seguros, pues de lo contrario la aplicación deviene imprevisible para el ciudadano. No está claro que el legislador hubiera querido castigar la conducta realizada por los demandantes de amparo, la condena no se deduce del tenor del precepto sino que es fruto de una interpretación extensiva del mismo derivada de la imprecisión de los términos empleados, promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas. Se han producido fallos opuestos en supuestos similares.

Denuncian seguidamente la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) en relación con el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), en relación con el elemento objetivo del tipo del artículo 368 CP, al considerar la Sentencia condenatoria, mediante una subsunción irrazonable, que nos encontramos ante la cantidad de 78.570 gramos de marihuana y 800 gramos de hachís, y consecuentemente con un valor económico determinado. Consideran que no se puede determinar con precisión con qué cantidad de sustancia nos encontramos, por lo que no se podría aplicar el subtipo agravado de notoria importancia del artículo 369.5 CP. También la multa impuesta se basa en una determinación irracional del valor de la droga.

Seguidamente afirman que se ha producido la vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) por subsunción irrazonable de los hechos probados por no contener la sentencia el objeto material del delito, en cuanto al concepto de droga tóxica, sustancia psicotrópica o estupefaciente dentro del artículo 368 CP. En las resoluciones impugnadas no se ha señalado ni la existencia de Tetrahidrocannabinol ni su porcentaje, siendo dichos datos fundamentales para determinar si nos encontramos ante una sustancia estupefaciente, ni su efecto psicotrópico.

También denuncian la vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) por entender que se ha verificado una aplicación retroactiva de una nueva interpretación del artículo 368 CP. Aducen que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos –citan en concreto el asunto *Inés del Río Prada*, STEDH de 21 de octubre de 2013– integra en el principio de legalidad penal la interpretación jurisprudencial de las normas. La Sentencia del Tribunal Supremo impugnada fija una doctrina penal nueva que no debería ser aplicada a hechos ocurridos con anterioridad a su publicación.

Nuevamente denuncian la vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) por subsunción irrazonable de los hechos probados con infracción del principio de proporcionalidad, al interpretar el artículo 368 CP de forma no acorde con la Constitución, con la Declaración universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales que se relacionan con los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidas en la Constitución (art. 10.2 CE). Consideran que hay que analizar



el supuesto concreto desde un juicio de proporcionalidad, analizando la realidad social del momento y los datos sociológicos y científicos disponibles.

Afirman asimismo que se ha vulnerado el principio de proporcionalidad en el tratamiento de la libertad (art. 17.1 CE) y el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) por subsunción irrazonable, por desproporción de los hechos probados en el artículo 368 CP. Consideran que la sanción penal aplicada, de prisión y multa, resulta desproporcionada.

Denuncian nuevamente la vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) en relación con el subtipo atenuado del artículo 368.2 CP por no haber sido aplicado a dos de los condenados, así como por aplicación injustificada del error vencible de prohibición, en vez del error invencible o el error de tipo, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva y a no sufrir indefensión (art. 24.1 CE) por falta de motivación de la resolución judicial (art. 120 CE). El error de prohibición no fue planteado por el Tribunal *a quo*, ni tampoco por la defensa o el Fiscal, lo suscitó el Tribunal Supremo al dar traslado a las partes para que se pronunciaron sobre la aplicabilidad del artículo 14 CP mediante providencia de 23 de septiembre de 2015. La defensa argumentó a favor del error de prohibición invencible, el TS en respuesta a este planteamiento se limitó a reproducir los razonamientos jurídicos de la Sentencia del Pleno núm. 484/2015 sin hacer ninguna mención a los expuestos en el escrito de alegaciones de la parte. El presente caso presenta particularidades diferentes respecto del resuelto en la Sentencia del Pleno, pues en aquél no existían informes de autoridades públicas, como el Ararteko, que avalaban la trayectoria pública de los acusados en el desarrollo de actividades y participación en la puesta en marcha de iniciativas legislativas, ni tampoco existían resoluciones judiciales que decretaban el sobreseimiento libre de actuaciones penales, incluso con devolución del cannabis incautado. Este aval jurisdiccional constituye en elemento de obligado pronunciamiento cuando se trata de determinar la conciencia sobre la licitud de la actuación de los acusados y demandaba un pronunciamiento expreso e individualizado que no se ha producido.

Reprochan la vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), del principio de culpabilidad y del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) por subsunción irrazonable de los hechos probados calificados como error de prohibición y no de tipo (art. 14 CP) o subsidiariamente como error de prohibición invencible en lugar de error vencible (art. 14 CP). Aducen que es preciso valorar si el juicio de inferencia realizado por el Tribunal *ad quem* en esta materia se corresponde con estándares aceptables constitucionalmente. La demanda defiende que la calificación jurídica correcta era la de error de tipo, no de prohibición; subsidiariamente invoca el carácter invencible, y no vencible, que habría tenido en su caso el error de prohibición.

Seguidamente afirman que se ha vulnerado su derecho a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) por no existir prueba suficiente sobre el elemento subjetivo del injusto en relación con el principio de culpabilidad y el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) sobre la vencibilidad del error (art. 14 CP).

Finalmente denuncian la vulneración del derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) por falta de una instancia penal posterior a la condena. Afirman que al no acordarse por el Tribunal Supremo el reenvío de la causa al Tribunal *a quo* no se ha podido debatir sobre la prueba de los datos subjetivos que sustentan la vencibilidad del error, ni sobre la ausencia de dolo, la aplicación del subtipo atenuado del artículo 368.2 CP, y otras cuestiones relevantes.

En el otrosí primero de la demanda solicitan la suspensión de la ejecución de la Sentencia al amparo del artículo 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) y en el otrosí segundo solicitan el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con la interpretación que se ha de dar al artículo 2 de la Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo de 25 de octubre de 2004, y el posible encuadramiento de los hechos probados en la cláusula de exclusión prevista en dicho precepto.

4. Por providencia de 19 de diciembre de 2016 la Sala Segunda 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 porque asimismo «el asunto suscitado trasciende del caso concreto porque plantea una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica», y en aplicación de lo previsto en el artículo 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, dirigir atenta comunicación a la Sala 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 remitiesen certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes a la ejecutoria núm. 2-2016, así como el rollo penal abreviado núm. 41-2014, dimanante de las diligencias previas núm. 2477-2016 del Juzgado de Instrucción núm. 6 de Bilbao, 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. Al mismo tiempo se acordó formar pieza separada de suspensión.

5. Mediante providencia de 19 de diciembre de 2016 se concedió un plazo común de tres días a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal para que formularan alegaciones sobre la suspensión. Evacuado dicho trámite, la Sala Segunda acordó por Auto de 27 de febrero de 2017 la suspensión única y exclusivamente de las penas de prisión.

6. Una vez recibidos los testimonios solicitados y cumplimentados los emplazamientos requeridos, la Sala Segunda, mediante diligencia de ordenación de su Secretaria de Justicia de 14 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.

7. La representación procesal de los demandantes evacuó el trámite de alegaciones mediante escrito registrado en este Tribunal el día 16 de marzo de 2017 que abunda en las lesiones denunciadas en el escrito de interposición de la demanda de amparo, complementando su argumentación con la cita de nuevos pronunciamientos jurisdiccionales entre los que destacan la STEDH de 29 de marzo de 2016, asunto *Gómez Olmeda contra España*, que enfatiza a necesidad de la audiencia personal del acusado desde la perspectiva de su derecho de defensa cuando es el Tribunal de segunda instancia el primero que va a dictar condena, así como las Sentencias de la Sala Penal del Tribunal Supremo núm. 563/2016, de 27 de junio, en relación con la asociación «Maria Gracia» de Barcelona, 698/2016, de 7 de septiembre, relativa a la asociación cultural «Línea Verde BCN» y 571/2016, de 29 de junio, en el caso de la asociación «Datura», que tratan del error de prohibición en el ámbito de las asociaciones cannábicas.

8. El Ministerio Fiscal presentó sus alegaciones mediante escrito registrado el día 25 de abril de 2017, interesando el otorgamiento parcial del amparo impetrado mediante la declaración de vulneración del derecho fundamental de los demandantes a la defensa (art. 24.2 CE) por infracción de la garantía de audiencia personal en segunda instancia, entendiendo que procedía restablecerles en su derecho mediante la declaración de nulidad de la segunda Sentencia casacional y del Auto posterior, con retroacción de actuaciones para ofrecer a los recurrentes la oportunidad de ser oídos.

El escrito, tras sintetizar el desarrollo argumental de los quince motivos de amparo planteados en el recurso, los agrupa sistemáticamente distinguiendo los de índole procesal, que trata en primer lugar, de los de índole sustantiva.

En el plano procesal comienza analizando las diversas cuestiones que aparecen imbricadas en los dos primeros motivos del recurso de amparo, suscitadas a raíz de la

condena en casación de los recurrentes, en los que se denuncia la vulneración de su derecho a un proceso con todas las garantías, y en su seno, de la específica garantía de la intermediación probatoria por nueva valoración de pruebas de naturaleza personal, en conexión con la denuncia de vulneración del derecho a la presunción de inocencia por ausencia de prueba de la culpabilidad, y de vulneración del derecho de defensa por dictarse condena sin haber oído personalmente a los acusados, terminando con la invocación de la vulneración de su derecho a la doble instancia penal por ausencia de recurso ulterior.

El Fiscal secunda el orden metodológico observado en el recurso de amparo de tratar por separado la garantía procesal de intermediación probatoria (motivo primero) y el derecho de defensa de los acusados, en su vertiente de oportunidad de ser oídos antes de ser condenados (motivo segundo), por tratarse de cuestiones que aunque están estrechamente emparentadas, aparecen conceptualmente diferenciadas en los casos de condena en segunda instancia tratados en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en algunos pronunciamientos de este Tribunal, de los que hace expresa cita (singularmente, STC 205/2013, de 5 de diciembre).

Considera que en el presente caso no se puede afirmar que se haya producido vulneración efectiva de la garantía de intermediación, pues el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías presenta un carácter eminentemente circunstancial en esta vertiente, y no cabe efectuar reproche constitucional alguno cuando la condena pronunciada en apelación –tanto si el apelado hubiera sido absuelto en la instancia como si la Sentencia de apelación empeora su situación– no altera el sustrato fáctico sobre el que se asienta la Sentencia del órgano *a quo*, o cuando, a pesar de darse tal alteración, esta no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración o, finalmente, cuando el órgano de apelación se separe del pronunciamiento fáctico del juez de instancia por no compartir el proceso deductivo empleado a partir de hechos base tenidos por acreditados en la Sentencia de instancia, y no alterados en apelación, pero a partir de los cuales el órgano *ad quem* deduce otras conclusiones distintas a las alcanzadas por el órgano de instancia, pues 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 en vía de recurso sin merma de garantías constitucionales (STC 272/2005, de 24 de octubre, FJ 2). En el presente caso las Sentencias casacionales no modificaron el relato de hechos probados desarrollado en los antecedentes de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (no considera genuina alteración del *factum* la supresión del último párrafo del relato que solo contenía hechos negativos sin significación penal) limitándose a efectuar una operación de subsunción jurídica de dichos hechos en el tipo penal del artículo 368 CP, como tampoco se vulneró el derecho a la presunción de inocencia, pues fue un juicio de inferencia divergente del efectuado en la instancia, pero de irreprochable consistencia lógica, el que condujo a la Sala Penal del Tribunal Supremo a extraer de unos mismos indicios o «hechos base» la existencia de un riesgo de difusión a terceros y de fomento del consumo ilícito de la sustancia estupefaciente intervenida, incompatible con la aplicación del supuesto excepcional de atipicidad del «autoconsumo compartido», tal y como ha sido perfilado por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, así como la concurrencia en los acusados de un error de prohibición que hubieran podido superar de haber sido más diligentes en la comprobación de la legalidad de sus actos.

Argumenta que, no obstante, sí hubiera sido preciso respetar la garantía procesal de intermediación de los acusados cuando, una vez casada la Sentencia absolutoria de instancia, se pasó al enjuiciamiento de la concurrencia del error de prohibición en la segunda Sentencia del Tribunal Supremo, pues al otorgarle un efecto meramente atenuatorio, y no eximente, constituyó «una aportación también decisiva al resultado final de condena e imposición de pena» que hacía exigible un «complemento garantista»: según doctrina constitucional de la que hace cita, la conciencia de la antijuridicidad constituye un hecho subjetivo integrado en la vertiente fáctica del enjuiciamiento que exige la celebración de vista pública con audiencia personal del acusado para que pueda

exponer ante el Tribunal su versión de los hechos como garantía específica vinculada a su derecho de defensa. Advierte por ello que se vulneró el derecho de defensa de los recurrentes al ser condenados en la segunda Sentencia del Tribunal Supremo sin haber sido oídos previamente por el Tribunal, pues la vista que convocó de oficio en virtud del artículo 897.2 LECrim para debatir la concurrencia del error, no contó con su presencia. Afirma que el alcance del amparo a conceder por este motivo se limitaría a una mera retroacción procedimental para la reparación del derecho fundamental reseñado, ofreciendo a los recurrentes la posibilidad de ser oídos en los términos procedentes, ciñendo la posible nulidad a la segunda Sentencia del Tribunal Supremo 788/2015, de 9 de diciembre en virtud del principio de conservación de los actos procesales.

El Fiscal rechaza, sin embargo, la vulneración alegada en el motivo decimoquinto del recurso de amparo 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.

Examina seguidamente los motivos tercero y cuarto relativos a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y la denuncia de incongruencia omisiva. El motivo tercero impugnaba la condena de don Enrique Javier Barazón Amat por falta de determinación de su participación en los hechos, motivo que desecha el Fiscal porque en ambas Sentencias casacionales hay una determinación fáctica suficiente de su vinculación con la asociación Pannagh, y de las labores de limpieza, selección, pesaje y empaquetado al vacío de la sustancia estupefaciente que desarrollaba a su servicio, lo que sirvió de soporte de su condena por el subtipo atenuado del artículo 369.2 CP en atención a su carácter secundario o accesorio. En cuanto a la incongruencia omisiva reprochada en el recurso de amparo al Auto del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2016 resolutorio del incidente de nulidad de actuaciones, el Fiscal rechaza su concurrencia por entender que la desestimación de todas las alegaciones vertidas en el escrito de promoción del incidente se infería con claridad del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, por lo que estaríamos ante un caso de desestimación tácita constitucionalmente legítima, no de una incongruencia omisiva o ex silentio lesiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

El Fiscal examina seguidamente los motivos de amparo de orden sustantivo contruidos en torno a la vulneración del principio de legalidad penal desde la doble perspectiva de la taxatividad de la configuración legal del artículo 368 CP, y de la razonabilidad de la subsunción judicial de los hechos, dando respuesta a las vulneraciones denunciadas en los motivos quinto a decimocuarto del recurso.

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 de lo anteriormente dicho 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 son 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 Sentencia del Tribunal Supremo núm. 788/2015 (primera Sentencia casacional), al aplicar los criterios establecidos en la anterior Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo núm. 484/2015, que cita a su vez un precedente anterior constituido por la Sentencia del Tribunal Supremo 670/1994, de 17 de marzo, 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 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, que se formula como motivo décimo, 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, deducida en el

motivo octavo, 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 en este caso 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.

Seguidamente analiza la queja derivada de la no aplicación del subtipo atenuado del artículo 368.2 CP, incluida en el motivo decimoprimer, cuyo fundamento igualmente desestima por entender que se trata de una cuestión de mera subsunción jurídica de los hechos inherente al ejercicio de la potestad jurisdiccional que en este caso no llega a producir afectación alguna al derecho fundamental a la legalidad penal al tratarse de un subtipo atenuado de aplicación judicial facultativa en base a la apreciación de dos conceptos jurídicos indeterminados –la escasa entidad del hecho y las circunstancias personales del culpable– que el Tribunal consideró concurrentes solo en dos de los acusados en virtud de la menor importancia de su contribución al hecho, razonándolo adecuadamente en la segunda Sentencia casacional.

En cuando a la queja relativa a la no apreciación del error de tipo, y a la no apreciación del carácter invencible del error de prohibición, recogida en los motivos decimosegundo y decimotercero, 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 al caso las reglas del artículo 14 CP que regulan el error, 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. Rechaza asimismo que sea apreciable incongruencia omisiva por el hecho de no pronunciarse sobre las Sentencias absolutorias y Autos de sobreseimiento invocados por la parte como justificativos del error, pues el rechazo de su relevancia a efectos de apreciar la concurrencia de error aparece suficientemente justificado en la motivación de la resolución judicial.

Finalmente rechaza el fundamento de la queja relativa a la falta de acreditación de la cantidad de sustancia intervenida, de su naturaleza estupefaciente y de su valor económico, que se articula en los motivos sexto y séptimo, recordando al efecto que el Tribunal Constitucional carece de potestad para entrar a valorar los hechos probados en sí mismos considerados, tratándose además de aspectos que no fueron cuestionados en el proceso ni por el Fiscal ni por la defensa.

9. 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 de 9 de diciembre de 2015 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 15 de febrero de 2016 que desestima el posterior incidente de nulidad de actuaciones.

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, como por haberse efectuado una irracional aplicación de dicho precepto, así

como de las normas que regulan en nuestro ordenamiento penal las modalidades del error y sus efectos en la condena; de otra parte afirman que se les han rehusado garantías esenciales del procedimiento pacíficamente reconocidas tanto en la doctrina constitucional como en la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, singularmente la garantía de la inmediación en la valoración de las pruebas, el derecho de defensa en su modalidad de derecho a ser oído por el tribunal que dicta condena, el derecho a la doble instancia penal, el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a obtener una resolución motivada y el derecho a la presunción de inocencia.

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 el único y exclusivo motivo de haberse visto vulnerado el derecho de defensa de los demandantes al haber sido condenados por un Tribunal que no les había oído (art. 24.1 CE), 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, o 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 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 vamos a analizar los quince motivos de amparo deducidos en el presente recurso –algunos de los cuales abundan en las mismas infracciones– disponiéndolos en el orden que mejor contribuya a la claridad de su análisis, que en este caso entendemos exigiría dar preferencia a los que aparecen relacionados con la infracción del principio de legalidad penal reconocido en el artículo 25.1 CE desde las tres perspectivas aducidas, que son: i) la defectuosa conformación normativa de la conducta típica descrita en el artículo 368 CP, que a juicio de los demandantes carece de la necesaria precisión para constituir una norma previsible (motivo quinto), ii) el irrazonable juicio de tipicidad verificado por el Tribunal Supremo al subsumir los hechos probados en dicho precepto, lo que se enlaza además con la posible infracción del principio de proporcionalidad y del derecho a la libertad personal (motivos séptimo, y noveno a decimoprimeros), así como la irrazonable aplicación del error de prohibición, en su modalidad vencible, que conecta con el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a obtener una resolución judicial motivada (motivos decimosegundo y decimotercero), y iii) la supuesta aplicación retroactiva de una jurisprudencia desfavorable a los acusados (motivo octavo).

Procedería, a continuación, el análisis de las vulneraciones relacionadas con diversas garantías procesales, que la demanda sustenta en los siguientes motivos: i) por haberse efectuado en las resoluciones impugnadas una valoración de las pruebas personales sin inmediación, 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 (motivo primero), ii) haber sido condenados sin dar a los acusados la posibilidad de ser oídos privándoles de su derecho de defensa (motivo segundo), iii) vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías sufrido por el demandante don Enrique Javier Barazón Amat al no haber recibido el mismo tratamiento que le fue dispensado a don Igor Gaminde Garrido, que resultó absuelto por indeterminación de su participación en los hechos (motivo tercero), iv) vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por la incongruencia omisiva en la que incurrió el Auto resolutorio del incidente de nulidad, al dejar sin resolver varias cuestiones planteadas en el incidente (motivo cuarto), v) vulneración del derecho a la presunción de inocencia por falta de prueba de los elementos objetivos del tipo, relativos a la naturaleza y peso de la sustancia –cuestiones, por cierto, que no fueron discutidas en la instancia ni por el Fiscal ni por las defensas– (motivo sexto) y del elemento

subjetivo del tipo relativo al error y su invencibilidad (motivo decimocuarto), y vi) vulneración del derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías por falta de una instancia penal posterior a la condena (motivo decimoquinto).

3. Es preciso dar preferencia a la denuncia que desarrolla el motivo quinto del recurso de amparo y que se basa en la inconcreción de las proposiciones utilizadas en el artículo 368.1 CP para describir la conducta sancionada como delito contra la salud pública, que a juicio de los recurrentes incumpliría la garantía material de determinación de la ley inherente al principio de legalidad penal reconocido en el artículo 25.1 CE, poniendo a los ciudadanos en la tesitura o riesgo de sufrir condenas imprevisibles. La preferencia otorgada a este particular motivo derivaría de que, en el caso de apreciarse fundamento suficiente para su estimación, 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 (LOTIC) antes de resolver sobre la procedencia del amparo.

Los recurrentes reprochan al enunciado del artículo 368 del Código penal la indeterminación «de todos sus elementos», «la insoportable acumulación de elementos vagos e indefinidos» que ha propiciado el dictado de fallos opuestos en casos semejantes, que no está claro ni se puede determinar por medio de criterios fiables qué es «promover, favorecer o facilitar» ni «consumo ilegal», concepto cuya concreción, dice el recurso, impone al ciudadano de a pie un arduo escrutinio de leyes extrapenales, afirman igualmente que no es previsible que pueda ser considerada delito una conducta que tratan de regular las administraciones públicas y que realizan decenas de miles de ciudadanos de forma no clandestina. Concluyen que se trata de un tipo formulado de forma tan abierta que su aplicación o inaplicación depende de una decisión prácticamente libre y arbitraria de los jueces y tribunales.

La calidad normativa del artículo 368 CP, desde la perspectiva de la garantía material de determinación de los preceptos penales, ha sido respaldada en la reciente STC 146/2017, de 14 de diciembre, FJ 3, en un caso de condena en segunda instancia de miembros de una asociación cannábica que presentaba acusadas similitudes con el presente. Los razonamientos de dicha sentencia, estructurados en dos apartados, establecían la siguiente 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 (asuntos *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).

4. Descartada la vulneración del principio de legalidad por defectos inmanentes al precepto penal aplicado, procede entrar al análisis de los motivos de amparo que denuncian la infracción del principio de legalidad penal en virtud de una errónea interpretación y aplicación judicial del mismo, y que el presente recurso centra en primer lugar en la irracional subsunción jurídica de los hechos probados en el tipo penal del artículo 368.1 CP (garantía de tipicidad), para seguidamente impugnar la negativa a aplicar el subtipo atenuado del artículo 368.2 CP, la opción por el error de prohibición, en lugar del error de tipo, y, subsidiariamente, la opción por el error de prohibición en su modalidad vencible, en lugar de la invencible.

Es doctrina constitucional consolidada en relación con el control constitucional de las decisiones judiciales desde las exigencias que impone el artículo 25.1 CE 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 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.

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).

Como resulta de los antecedentes, la STS 788/2015, de 9 de diciembre, examina el sentido y alcance del artículo 368 CP, siguiendo en este punto los criterios expresados en la STS (Pleno) 484/2015, de 7 de septiembre, singularmente en la interpretación del contenido 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». Afirma que la ausencia de lucro no excluye el carácter punible de la conducta cuando se pone en riesgo el bien jurídico protegido al facilitar el consumo de la sustancia estupefaciente por terceros, que el debate social y político sobre el grado de prohibición o tolerancia de las sustancias estupefacientes corresponde a otros poderes del Estado, no a los tribunales, que no se debe perder de vista la política criminal supranacional, y que el marco aplicable al presente caso es el interno constituido por el artículo 368 CP, la regulación administrativa nacional sobre control de sustancias estupefacientes, así como la normativa internacional a la que considera un referente insoslayable y de la que hace expresa cita (en concreto, la Convención única de las Naciones Unidas de 1961 sobre estupefacientes, enmendada por el Protocolo de 1972, y la Convención de Viena de 1988) que obligan a los Estados parte a perseguir como delitos las conductas intencionadas de cultivo, producción, fabricación, extracción, preparación, posesión, oferta, venta, distribución, despacho por cualquier concepto, corretaje, expedición, transporte, importación y exportación de sustancias estupefacientes, entre las que se incluye el cannabis como sustancia a combatir, apelando igualmente a la normativa de la Unión Europea que establece las disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de los delitos y penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas, la Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo de 25 de octubre de 2004, que constituye a su vez el instrumento básico en la materia, y en la que se incluye expresamente como objeto de persecución penal las conductas relacionadas con el cultivo de la planta de cannabis [art. 2 b)], excluyendo únicamente el caso de que los autores hayan actuado exclusivamente con fines de consumo personal tal y como lo define la legislación nacional (art. 2.2). Afirma el Tribunal Supremo que el consumo ilegal es un concepto de referencia que aunque no está incluido en la conducta punible del artículo 368 CP, es lo que se pretende evitar castigando toda acción encaminada a promoverlo, favorecerlo o facilitarlo, actos entre los que se incluyen el cultivo, la elaboración o el tráfico; considera por ello que el punto de partida para una correcta intelección del tipo penal es el concepto

indeterminado de consumo ilegal, cuyo contenido lo proporciona la legislación extrapenal, concluyendo que se trata de toda utilización o ingesta de la droga por cualquier vía orgánica que no sea aquella que esté expresamente autorizada por tener finalidad terapéutica o positiva para la salud. Afirma que la asociación Pannagh presenta una estructura que la hace incapaz de controlar el riesgo de difusión de la droga a terceros y que sus creadores y organizadores son por tal razón responsables de crear una fuente de riesgos para el bien jurídico protegido, añadiendo que la doctrina jurisprudencial que ha admitido la ausencia de tipicidad del consumo compartido no es aplicable a este tipo de asociaciones por no cumplir sus requisitos, particularmente los relativos a que el consumo se produzca en lugar cerrado —la asociación proporcionaba el cannabis para ser consumido en cualquier lugar—, en un grupo reducido de adictos —la asociación tiene más de trescientos miembros— y en cantidades pequeñas de droga susceptibles de ser consumidas en una sola sesión o encuentro —incompatible con la magnitud de la sustancia incautada en este caso—. Considera, en consecuencia, que procede estimar el motivo único del recurso de casación del Fiscal, estimando que los hechos son subsumibles en el tipo penal del artículo 368 CP, aplicando en segunda Sentencia las penas correspondientes con la rebaja de grado que reporta la apreciación del error vencible de prohibición. En su posterior Auto de 15 de febrero de 2016 denegó la nulidad de actuaciones solicitada.

Centrada así la problemática constitucional, debemos anticipar, compartiendo la argumentación del Ministerio Fiscal, 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 quebras 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.

No contraviene el tenor literal del precepto considerar subsumibles en el tipo penal aplicado las actividades consistentes en cultivar, producir, preparar, envasar y entregar la sustancia estupefaciente a los socios para su consumo ulterior, conductas todas ellas que se declaran probadas en el relato de hechos de la Sentencia de instancia y realizan 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.

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 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.

La demanda de amparo también cuestiona desde la perspectiva del derecho a la legalidad penal la decisión del Tribunal Supremo de no aplicar la modalidad atenuada del delito contra la salud pública prevista en el artículo 368.2 CP a la totalidad de los acusados (motivo decimoprimer), e incluso su opción por el carácter vencible del error de prohibición (motivos decimosegundo y decimotercero).

Estas lesiones no se pueden disociar conceptualmente de los motivos de vulneración del derecho fundamental a la legalidad penal analizados más arriba, pues establecida la legitimidad constitucional de la subsunción jurídica de los hechos probados en la configuración básica del delito contra la salud pública contenida en el apartado primero del artículo 368 CP, la selección de los tipos penales más idóneos, dentro del mismo capítulo del Código penal, para abarcar el desvalor de la conducta enjuiciada y el grado de culpabilidad de sus autores no sería revisable por este Tribunal salvo que apreciara que el órgano judicial ha extralimitado manifiestamente sus funciones mediante una interpretación extravagante o impredecible de las normas concurrentes. En relación con los límites constitucionalmente oponibles a la tarea judicial de selección de las normas aplicables al caso, este Tribunal ha dicho que «los órganos judiciales, al realizar el proceso de subsunción de los hechos en una norma penal, no pueden prescindir de la existencia de otras normas, con las que pueden existir relaciones concursales, que han de resolver conforme a pautas interpretativas y axiológicas que no sean extravagantes y que no conduzcan a resultados imprevisibles para el ciudadano. En definitiva, nuestro control en materia de legalidad penal ha de extenderse a la solución de las relaciones concursales entre los tipos penales, en la medida en que las mismas delimitan los ámbitos de aplicación de cada uno de ellos y, por tanto, el ámbito de lo punible», aunque se recordaba también que «a este Tribunal no le compete pronunciarse sobre la interpretación última de los tipos sancionadores, ni controlar la corrección del proceso de subsunción de los hechos probados en la norma aplicada, ya que esa es función que el art. 117.3 CE encomienda en exclusiva a la jurisdicción ordinaria», sometiendo la decisión a unas exigencias básicas de predictibilidad (STC 13/2003, de 28 de enero, FJ 4).

En el presente caso, la segunda Sentencia del Tribunal Supremo explicita suficientemente las razones por las que discrimina el título de imputación aplicable a quienes ejercían una actividad continuada en la asociación, de carácter no esporádico y prolongada durante meses, caso en el que se encontraban los demandantes don Martín Francisco Barriuso Alonso y doña Maitane Arrate Sustatxa, a los que aplica el subtipo especial cualificado del artículo 369.5 CP –en relación con el artículo 368.1 CP– teniendo en cuenta la importancia de la sustancia incautada, representativa únicamente de una parte de la sustancia efectivamente distribuida, y quienes colaboraron manipulando y preparando una cantidad no determinada de sustancia estupefaciente, caso en el que se encontraban los demandantes de amparo don Enrique Javier Barazón Amat y doña Pilar Fernanda Badiola Mazariegos, a los que aplica el subtipo especial privilegiado del artículo 368.2 CP por considerar que habían incurrido en un hecho de menor entidad. El Tribunal Supremo no ha incurrido en una metodología irracional o absurda de selección de normas al graduar de este modo la respuesta penal.

En definitiva, también el reproche relativo a la aplicación restrictiva del artículo 368.2 CP, por no alcanzar a la totalidad de los acusados en el procedimiento, constituye una mera discrepancia de parte con la interpretación judicial del derecho que resulta intrascendente desde la perspectiva de la integridad y eficacia del principio de legalidad penal reconocido en el artículo 25.1 CE.

A idéntica conclusión conduce el examen de la estructura racional de la segunda Sentencia del Tribunal Supremo cuando aprecia la concurrencia en los acusados de un error de prohibición susceptible de atenuar, pero no de eximir, su responsabilidad penal. El Tribunal Supremo infiere el carácter vencible del error al admitir que los demandantes pudieran haber experimentado una percepción equivocada de que el cultivo asociativo de cannabis pudiera ser una conducta legalmente tolerada, a partir de una incorrecta

comprensión de la doctrina jurisprudencial del consumo compartido, de la existencia de resoluciones judiciales que han negado relevancia penal a supuestos similares y de la presencia de asociaciones similares en la geografía nacional. El Tribunal Supremo considera que los recurrentes mostraron una actitud de «relativa indiferencia» a la cuestión de la legalidad de su actuación, y entiende que albergaron dudas sobre la misma que no trataron de despejar, asumiendo con ello el riesgo de la ilicitud. Para ello parte de la deliberada falta de claridad de los estatutos asociativos, que omitieron mencionar entre sus objetivos el cultivo de cannabis para su distribución entre los socios, señalando al respecto que «[s]u 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».

La validez y suficiencia de los razonamientos empleados por la segunda Sentencia del Tribunal Supremo para aplicar el artículo 14.3 CP no queda comprometida, como la demanda de amparo parece sugerir, por la preexistencia de resoluciones judiciales divergentes en el tratamiento penal que han de recibir las conductas consistentes en el cultivo asociativo del cannabis, pues el Tribunal Supremo razona adecuadamente que el principio de confianza en la jurisprudencia no es justificación suficiente de la invencibilidad del error de prohibición cuando es precisamente el órgano supremo en la escala judicial el que afirma la tipicidad del hecho frente al criterio discordante y contradictorio de la jurisprudencia menor, añadiendo que ni tan siquiera la confluencia de sentencias contradictorias procedentes de tribunales de igual jerarquía permitiría excluir de plano la conciencia eventual del ilícito. Tampoco se observa que el Tribunal Supremo haya experimentado un cambio de criterio en el juicio de tipicidad aplicable a estas conductas, pues los tres pronunciamientos que son objeto de cita en el escrito de alegaciones formulado por los demandantes, SSTS 563/2016, de 27 de junio, 571/2016, de 29 de junio, y 698/2016, de 7 de septiembre, vienen a «enriquecer o robustecer las razones» –utilizando los expresivos términos a los que recurre la STS 91/2018, de 21 de febrero, fundamento de Derecho 1– que justifican que este tipo de conductas sigan siendo incardinadas en el artículo 368 CP.

En definitiva, la aplicación del artículo 14.3 CP en la segunda Sentencia del Tribunal Supremo no presenta fallas argumentales que la hagan constitucionalmente cuestionable desde la perspectiva del principio de legalidad penal garantizado en el artículo 25.1 CE, aunque se sustenta en 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.

5. El agotamiento de los motivos de amparo que se cobijan en el ámbito protector del artículo 25.1 CE exige abordar los aducidos en el octavo de ellos, cuando atribuye el origen de la lesión 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*). Hemos de negar, sin embargo, la premisa mayor esgrimida en el recurso, pues 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 pena 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 un novedoso criterio interpretativo desfavorable e imprevisible que venga a sustituir a otro más beneficioso.

6. 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, 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, aludiendo en este punto también a la afectación de su derecho a la presunción de inocencia; aducen asimismo haberse visto privados de su derecho de defensa, por haber sido condenados sin haber tenido la oportunidad de ser oídos, así como por habérselos privado de una instancia penal posterior a la condena. De forma puntual también invocan la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por incongruencia omisiva, y del derecho a la presunción de inocencia por darse por probado que la sustancia incautada era cannabis y su peso, incurriendo en este último punto en una actitud incongruente, pues en la jurisdicción ordinaria no se discutieron los hechos sino su calificación jurídica.

Es conveniente empezar efectuando 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.

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, 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 inmediación (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 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 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 intermediación 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 intermediación.

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 intermediación 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 las mismas singularidades que el abordado en la STC 146/2017, y 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, constituyen precisamente esas peculiaridades una de las razones que llevaron a apreciar que concurría en este asunto 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 coincidir 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 intermediación 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 segunda 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 que no trataron de despejar esa duda, lo que le lleva a apreciar el error de prohibición como vencible y excluye, por dicha razón, su invencibilidad. 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 se refiere en los escritos de alegaciones presentados por sus defensas ante el Tribunal Supremo, manifestaron su convicción de estar actuando dentro de la legalidad.

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 que exonera 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 certeza de la licitud de su actuación –tesis mantenida en el trámite de alegaciones por los letrados 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 inferida 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 sus abogados, 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 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, presunción de inocencia 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, pese a que es en la segunda Sentencia del Tribunal Supremo donde se concretan las vulneraciones de los derechos fundamentales que lo justifica, dicha Sentencia forma con la primera, de la que trae causa —y en cuyo fundamento de derecho segundo 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 Martín Francisco Barriuso Alonso, don Enrique Javier Barazón Amat, doña Maitane Arrate Sustatxa y doña Fernanda Pilar Badiola Mazariegos, 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 9 de diciembre de 2015 y del Auto de 15 de febrero de 2016 que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones, dictadas en el rollo de casación núm. 834-2015,

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.