

SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

- 10097** *Sala Segunda. Sentencia 78/2019, de 3 de junio de 2019. Recurso de amparo 1926-2018. Promovido por don Stephan Rudolf Werner y otras dos personas más en relación con la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife que les condenó por un delito contra la salud pública. Vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la defensa: condena en apelación impuesta a partir de la reconsideración de la concurrencia de una circunstancia, la existencia de un error de prohibición vencible, que requería la previa audiencia de los acusados (STC 146/2017).*

ECLI:ES:TC:2019: 78

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por la magistrada doña Encarnación Roca Trías, presidenta; los magistrados 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, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 1926-2018, promovido por don Stephan Rudolf Werner, don Arnaud Ronnet y don Fernando Gastón Cerega, representados por la procuradora de los tribunales doña Miriam Rodríguez Crespo y bajo la dirección de la letrada doña Amina Omar Nieto, contra la sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife núm. 389/2017, de 15 de septiembre, que les condenó como coautores de un delito contra la salud pública al estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el ministerio fiscal contra la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 5 de Santa Cruz de Tenerife núm. 240/2017, de 12 de junio, que les absolvío, y contra la providencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 22 de febrero de 2018 que inadmitió a trámite el incidente de nulidad de actuaciones promovido contra la sentencia de la misma sección. Ha intervenido el ministerio fiscal. Ha sido ponente la magistrada doña Encarnación Roca Trías.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el día 10 de abril de 2018, la procuradora de los tribunales doña Miriam Rodríguez Crespo, en nombre y representación de don Stephan Rudolf Werner, don Arnaud Ronnet y don Fernando Gastón Cerega, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones citadas en el encabezamiento, al considerar que habían vulnerado su derecho a la libertad (art. 17.1 CE), su derecho de asociación (art. 22 CE), su derecho de defensa (art. 24.2 CE) y su derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE).

2. Los hechos en los que se funda el presente proceso de amparo son:

a) El ministerio fiscal formuló acusación contra los tres demandantes de amparo y otras cinco personas en el procedimiento abreviado núm. 3582-2013 seguido en el

Juzgado de Instrucción núm. 2 de Arona, por considerarles autores de un delito contra la salud pública, en su modalidad de tráfico de drogas de las que no causan grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia, de los arts. 368 y 369.5 del Código penal, concurriendo error vencible de prohibición del art. 14.3 del Código penal, y solicitó la imposición a cada uno de ellos de una pena de prisión de dos años y multa de 83.682 € con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada cuota de cien euros o fracción impagada, así como el comiso de la sustancia estupefaciente, dinero y demás efectos incautados.

Celebrado juicio oral en el Juzgado de lo Penal núm. 5 de Santa Cruz de Tenerife, este dictó la sentencia núm. 240/2017, de 12 de junio, por la que absolió a todos los acusados.

La sentencia declaró probado que don Stephan Rudolf Werner y don Arnaud Ronnet constituyeron el día 5 de junio de 2011 la asociación «Club Social de Consumidores de Cannabis TFS», que llegó a tener 872 socios, de la que era presidente el primero, y secretario el segundo, siendo don Fernando Gascón Cerega su vicepresidente. Los restantes acusados eran al tiempo que socios asalariados de la asociación que se dedicaban al cultivo de las plantas.

En sus estatutos se establecía que «la asociación dispondrá de un consumo compartido, sin ánimo de lucro y en circuito cerrado de usuarios que impide el acceso a terceras personas, no siendo objeto de este cultivo la promoción, el favorecimiento y la facilitación del consumo ilegal de cannabis siendo referente la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1990 y de 17 de enero de 1994».

La asociación dedicaba al cultivo de cannabis cuatro fincas ubicadas en la zona sur de Tenerife en las que la Guardia Civil incautó entre los meses de junio y agosto del año 2013 un total de 1.068 plantas de marihuana de un peso neto de 35,72 kilogramos y un grado de pureza expresada en tetrahidrocannabinol que variaba entre 3,4 y 23 por 100 según las muestras, 66,1 gramos de resina de cannabis de una pureza del 11,7 por 100 del mismo principio activo, así como cajas de semillas, botes de fertilizante, una lámpara halógena y dos grupos de tubos fluorescentes. La sustancia hubiera alcanzado en el mercado ilícito un precio total de 167.364 €.

La marihuana se distribuía en un local arrendado sito en un centro comercial de la localidad de Los Cristianos, Arona, entre unos socios que pagaban una cuota anual de 100 € y una cantidad de entre tres y seis euros por gramo de cannabis, permitiéndose la compra de una cantidad máxima de marihuana de tres gramos al día o de veinte gramos a la semana; esas cantidades permitían sufragar los gastos de la asociación y obtener un rendimiento económico.

El relato de hechos probados terminaba diciendo que la asociación presentó sus estatutos fundacionales ante la Consejería de Justicia del Gobierno de Canarias y el Ayuntamiento de Arona, que autorizaron su inscripción en sus respectivos registros, constando igualmente la expedición por la Agencia Tributaria a favor de la asociación de una tarjeta de identificación fiscal.

El juzgado desestima en el fundamento de derecho tercero de su resolución la alegación de las defensas relativa a la supuesta atipicidad de la conducta incriminada desechando que la conducta de los acusados pudiera ser encuadrable en la figura del consumo compartido, ateniéndose en este punto a la jurisprudencia fijada por la Sala Penal del Tribunal Supremo en sus sentencias núm. 484/2015, de 7 de septiembre y 596/2015, de 5 de octubre, que en supuestos similares consideraron que el riesgo incontrolado de difusión de la sustancia estupefaciente entre terceros inherente a toda estructura asociativa abierta a la incorporación escalonada de miembros generaba el riesgo abstracto definitorio del delito contra la salud pública del art. 368 del Código penal (CP) y hacía punibles estas conductas.

Establecida la ilicitud penal de la conducta, la sentencia aborda la cuestión del conocimiento que los acusados tenían de la misma, para concluir, con cita de jurisprudencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo, y especialmente de su sentencia núm. 571/2016, de 29 de junio, que el error de prohibición alcanzó a todos

los acusados –tanto asalariados como directivos de la asociación– y fue invencible por inevitable, teniendo en cuenta sus posibilidades de alcanzar un correcto conocimiento de la ilicitud. Considera relevante que los estatutos indicaban entre las actividades a desarrollar por la asociación la de cultivo compartido sin ánimo de lucro y en circuito cerrado de usuarios, y que dichos estatutos fueron visados e inscritos tanto en el registro de asociación de Canarias como en el registro municipal de asociaciones del Ayuntamiento de Arona obteniendo asimismo tarjeta de identificación fiscal. Destaca que la resolución de 23 de febrero de 2012 dictada por la Consejería de Presidencia, Justicia e Igualdad del Gobierno de Canarias, después de citar el art. 22 CE, el artículo 30 del Estatuto de Autonomía de Canarias, la Ley orgánica 1/2002, de 22 de marzo, y la Ley del Parlamento de Canarias 4/2003 de asociaciones, hace constar que examinados los estatutos y el resto de la documentación no se aprecia defecto alguno ni que la asociación esté incursa en los supuestos del artículo 22, apartados 2 y 5 de la Constitución. Concluye de ello que los demandantes de amparo cumplieron los deberes de reflexión e información exigibles para la apreciación de la inevitabilidad del error en un momento en que todavía no se había dictado la sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2015 en la que se concluyó sin duda que la actividad de este tipo de asociaciones tiene reflejo típico en el art. 368 del Código penal.

b) El ministerio fiscal, en disconformidad con la sentencia del juzgado, interpuso recurso de apelación el que el interesó la condena de los acusados por el delito objeto de acusación con la apreciación del error de prohibición en su modalidad vencible.

La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife en su sentencia núm. 389/2017, de 15 de septiembre, estimó parcialmente el recurso del fiscal y condenó a los tres demandantes de amparo como coautores de un delito contra la salud pública apreciando la concurrencia de un error vencible de prohibición a la pena de seis meses de prisión a cada uno de ellos, con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo, multa de 83.682 € con responsabilidad personal subsidiaria de veinte días en caso de impago, decomiso de la sustancia, efectos y dinero ocupados y abono de costas.

La sección corrige el criterio jurídico seguido por el juzgado y rechaza que la inscripción administrativa baste para descartar el conocimiento de la ilicitud, concluyendo que los tres demandantes de amparo, por su posición directiva, fueron conscientes de la posible ilicitud de su conducta y no desplegaron la diligencia necesaria para despejar las posibles dudas, lo que se infería de la ambigüedad calculada con la que habían sido definidos los fines sociales en los estatutos, la actividad real de la asociación, que cultivaba cannabis en cantidades relevantes en cuatro fincas, el rendimiento económico obtenido, que excedía los costes de su mantenimiento, y las cantidades de cannabis de las que podía hacer acopio cada socio, que hacían incontrolable su posible difusión a terceros.

La sección justifica asimismo la ausencia de vista en segunda instancia en que la revisión postulada por el fiscal era una cuestión de mera subsunción de los hechos probados en el tipo penal que no requería la alteración de los mismos.

c) Los actores promovieron incidente de nulidad de actuaciones al amparo del art. 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) en el que reprocharon a la sentencia de segunda instancia la vulneración de su derecho a la legalidad penal por subsunción irrazonable de los hechos en el error vencible de prohibición, por aplicación retroactiva del art. 368 CP, vulneración del derecho de defensa por venir la condena de un tribunal que no les había oído, y vulneración de su derecho a la libertad y de su derecho de asociación por desproporción de la medida e irracionalidad de la subsunción jurídica. El incidente que fue inadmitido a trámite por la sección mediante providencia de 22 de febrero de 2018 en la que argumentaba que planteaba cuestiones que ya habían sido resueltas en la sentencia de apelación cuya nulidad se instaba, o que se referían a aspectos del tipo penal aplicado que eran ajenos al fallo judicial.

3. Siguiendo el orden de la demanda de amparo, y sin anticipar su mejor conexión sistemática a efectos de análisis y valoración, las lesiones constitucionales cuya declaración y reparación se impetrarán son las siguientes:

a) Vulneración del derecho a la legalidad penal reconocido en el art. 25.1 CE, en conexión con los principios de culpabilidad y de seguridad jurídica, por subsunción irracional de los hechos probados en el error de prohibición vencible, en lugar del invencible, en clara referencia a la aplicación incorrecta del art. 14.3 CP.

Se aduce que los demandantes de amparo no podían saber que actuaban ilícitamente porque en la fecha en que ocurrieron los hechos, esto es, entre la constitución de la asociación el 5 de junio de 2011 y el mes de agosto de 2013 en que se practicó la última incautación de plantas y enseres de cultivo, ninguna sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo había declarado todavía que la imposibilidad total de erradicar el riesgo de mal uso o de desvío del cannabis por parte de los miembros de una asociación de este tipo constituía delito, pronunciamiento que no se produciría hasta el año 2015.

Niega que los estatutos de la asociación fueran ambiguos, porque en ellos se indicaba que dispondría de un cultivo para el suministro a sus socios; la asociación fue inscrita en el ámbito autonómico y local, en el registro canario de asociación y en el registro de asociaciones vecinales del Ayuntamiento de Arona, obtuvo tarjeta de identificación fiscal, y cumplía las obligaciones fiscales y con la Seguridad Social que le correspondían, sin que ninguna de las administraciones involucradas manifestara objeción alguna; reprocha por ello a la Audiencia Provincial haber verificado una aplicación lineal de la sentencia núm. 484/2015 de 7 de septiembre de la Sala Penal del Tribunal Supremo sin haber tomado en consideración las verdaderas circunstancias del presente caso.

b) Vulneración del derecho a la legalidad penal del art. 25.1 CE por aplicación retroactiva de una nueva interpretación judicial del art. 368 CP: se refiere a la jurisprudencia definida por el Pleno de la Sala Penal del Tribunal Supremo en su sentencia 484/2015, de 7 de septiembre que afirma la ilicitud penal del cultivo colectivo desarrollado en el seno de clubes sociales de cannabis que, se argumenta, no debió aplicarse a los hechos juzgados en esta causa al haberse cometido en unas fechas en que no existía un criterio judicial claro.

Invoca la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de octubre de 2013 (asunto *Parot contra España*) que afirma que puede contravenirse el derecho a la legalidad penal garantizado en el art. 7 del Convenio europeo de derechos humanos por la aplicación retroactiva de una interpretación jurisprudencial sobrevenida que redunde en perjuicio del acusado y de sus legítimas expectativas de tratamiento penal.

c) Vulneración del derecho de defensa garantizado en el art. 24.2 CE por no haber sido oídos por el tribunal que les condenó originariamente, que en este caso fue la Audiencia Provincial; cita doctrina de la STC 184/2009 y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Argumenta que la audiencia del acusado es exigible al tribunal de segunda instancia que revalora los hechos de una sentencia absolutoria, y que se debe entender que dicha nueva valoración se produce siempre que se constata *ex novo* la concurrencia de los elementos subjetivos del delito; cita doctrina de la STC 88/2013, que matiza la sentada en la STC 184/2009, en virtud de la cual el enjuiciamiento de la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte de la vertiente fáctica del juicio y exige audiencia directa del acusado; también cita la STC 146/2017, de 14 de diciembre, de la que reproduce en su integridad los fundamentos jurídicos 6 a 9.

d) Vulneración del principio de proporcionalidad en el tratamiento de la libertad del art. 17.1 CE y del derecho a la legalidad penal del art. 25.1 CE por subsunción irrazonable de los hechos en el art. 368 del Código penal. Se argumenta en términos de falta de justificación o desproporción de la pena como medio de protección del bien jurídico de la salud pública por falta de lesividad de la conducta desarrollada por los demandantes de amparo. Se afirma que no hubo favorecimiento, facilitación o promoción del consumo de drogas susceptible de ser tipificado en el art. 368 del Código penal, y

que se ha producido una interpretación del precepto que al sancionar el riesgo de difusión de la sustancia a terceros producirá un efecto de desaliento en el ejercicio inocuo de la libertad y de la autonomía personal.

e) Vulneración del derecho de asociación, garantizado en el art. 22 CE, que conecta con los arts. 16.1 y 9.2 CE: aduce interpretación restrictiva de los derechos de asociación y a la libertad personal, que argumenta aludiendo a su impacto adverso sobre el movimiento asociativo de usuarios de cannabis que se ha extendido y adquirido fuerza en nuestro país desde la década de los ochenta; afirma que la interpretación de la norma penal auspiciada en la condena no afecta solo a los tres demandantes de amparo sino también a las decenas de miles de ciudadanos que habrían participado en dicho movimiento asociativo bajo una confianza legítima de la legalidad de su actuación que habría sido alimentada por actuaciones externas de los mismos poderes públicos.

En el suplico de la demanda se solicita como pedimento principal la nulidad de las resoluciones judiciales impugnadas, y de manera subsidiaria, derivada de la estimación de la vulneración de la garantía de inmediación, que se retrotraigan las actuaciones al momento previo al dictado de la sentencia impugnada «para que la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife dicte otra respetuosa con el relato de hechos probados, sin incluir en los mismos datos que provengan de una valoración sin inmediación o datos que no procedan de una inferencia plenamente concluyente de los probados».

En el otrosí único se solicita asimismo, invocando el art. 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), la suspensión de la ejecución de la sentencia recurrida argumentando que de la misma no se seguiría perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido, ni a los derechos o libertades de otra persona.

4. Por providencia de 1 de octubre de 2018 de la Sección Tercera del Tribunal Constitucional se admitió a trámite el recurso de amparo apreciando en el mismo, conforme al art. 50.1 LOTC, la especial trascendencia constitucional derivada de que «la doctrina de este Tribunal sobre el derecho fundamental que se alega podría estar siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria o pudieran existir resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental [STC 155/2009, FJ 2 e]», y en aplicación del art. 51 LOTC se acordó dirigir atenta comunicación a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife para remisión en plazo de diez días de certificación o fotocopia adverada del rollo de apelación núm. 823-2017, y en los mismos términos al Juzgado de lo Penal núm. 5 de Santa Cruz de Tenerife para remisión de certificación o fotocopia adverada del procedimiento abreviado núm. 289-2016, con previo emplazamiento de quienes hubieran sido parte en el procedimiento, salvo la parte recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer si lo desearan.

5. Mediante providencia de 1 de octubre de 2018 la Sala Segunda del Tribunal Constitucional abrió pieza separada para la tramitación del incidente de suspensión conforme al art. 56 LOTC, y otorgó plazo común de tres días a la parte recurrente y al ministerio fiscal para formular alegaciones: la parte recurrente evacuó escrito instando la suspensión de todos los pronunciamientos recogidos en el fallo de la sentencia impugnada aduciendo perjuicios irreparables para los demandantes de no accederse a la suspensión, inexistencia de perturbación grave de un interés constitucionalmente protegido o de los derechos y libertades de otras personas, y pérdida de efectividad de la sentencia de amparo; el ministerio fiscal evacuó por su parte escrito en el que apoyó la suspensión de la pena de prisión y de su accesoria, pero no la suspensión de la multa, por ser esta susceptible de restitución íntegra, ni de la responsabilidad personal subsidiaria, por su carácter eventual o incierto en el momento de evacuarse el informe.

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional mediante auto de 26 de noviembre de 2018 accedió a la suspensión de la pena de prisión de seis meses atendiendo a que su magnitud temporal determinaría en caso de ejecución un perjuicio irreparable y la ineeficacia de un posible fallo estimatorio del amparo, y también la suspensión de la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo

durante el tiempo de la condena, en base a consolidada doctrina que establece que la pena accesoria debe seguir con carácter general la suerte de la principal, denegando en cambio la suspensión de la ejecución de la pena de multa, por ser susceptible de restitución ulterior y por no haberse alegado ninguna dificultad de pago, y de la responsabilidad personal subsidiaria, por ser de momento una eventualidad futura, sin perjuicio de lo que se pudiera resolver a instancia de los demandantes en un momento ulterior.

6. Una vez recibidos los testimonios solicitados y cumplimentados los emplazamientos, la Sala Segunda por diligencia de ordenación de su secretario de justicia de 18 de diciembre de 2018 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 art. 52.1 LOTC.

7. La representación procesal de los demandantes no evacuó el trámite de alegaciones.

8. El fiscal presentó sus alegaciones mediante escrito registrado el 31 de enero de 2019 en el que interesó, con otorgamiento parcial del amparo, que se declarase la vulneración del derecho fundamental de defensa de los demandantes (art. 24.2 CE) y que se les restableciese en el mismo mediante la declaración de nulidad de la sentencia núm. 389/2017, de 15 de septiembre, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife y de la providencia de la misma sala y sección de 22 de febrero de 2018, con retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado de la sentencia para que por el mismo órgano judicial se procediera de modo respetuoso con el derecho fundamental reconocido.

El fiscal destaca en primer lugar la similitud sustancial de las alegaciones deducidas en el presente recurso de amparo, salvo la relativa al derecho de asociación, con las que fueron en su día planteadas en el recurso de amparo núm. 1659-2016, que dio lugar a la STC 146/2017, de 14 de diciembre, que fija doctrina sobre condenas a miembros de asociaciones cannábicas, y en los recursos de amparo núms. 1846-2016 y 1889-2016, que dieron lugar a las SSTC 36/2018 y 37/2018, de 23 de abril, de aplicación de dicha doctrina.

El fiscal considera que estas sentencias proporcionan los argumentos que justifican la desestimación de las alegaciones de vulneración de la legalidad penal y derechos asociados –primera, segunda y cuarta– al tiempo que defiende el rechazo de la alegación de vulneración del derecho de asociación (art. 22 CE), que el motivo quinto de la demanda vincula a la subsunción judicial de los hechos en el art. 368 CP.

El motivo pone de relieve la repercusión social de colectividades de personas que como manifestación de su autonomía personal deciden unirse bajo una forma asociativa para producir y consumir cannabis, realidad que ha sido objeto de regulación en leyes autonómicas y ordenanzas municipales y que la interpretación restrictiva dada por la sentencia cuya nulidad se solicita es contraria a dicha realidad e incluso la cercena.

El fiscal, tras exponer la naturaleza del derecho de asociación y las facultades inherentes al mismo según consolidada doctrina constitucional, señala que (i) como ocurre con el resto de los derechos fundamentales, no es un derecho absoluto e ilimitado, sino que puede ser sometido a restricciones, siendo la más evidente la especificada en el apartado 2 del art. 22 CE y en el numeral 7 del art. 2 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación, a saber, la ilegalidad de las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito; (ii) que el encuadramiento típico en el art. 368 CP de los mismos comportamientos ha sido realizado en las sentencias de la Sala Penal del Tribunal Supremo núm. 484/2015, de 7 de septiembre, 596/2015, de 5 de octubre, y 788/2015, de 9 de diciembre, validadas por el Tribunal Constitucional en las SSTC 146/2017, 36/2018 y 37/2018.

En cuanto a la existencia de intentos de regulación autonómica y local del fenómeno de las asociaciones cannábicas, el fiscal recuerda que la STC 100/2018, de 19 de septiembre ha declarado inconstitucional y nula la Ley del Parlamento de Cataluña 13/2017, de 6 de julio, de las asociaciones de consumidores de cannabis, y que la STC 144/2017, de 14 de diciembre ha declarado también inconstitucional y nula la Ley Foral 24/2014, de 2 de diciembre, reguladora de los colectivos de usuarios de cannabis en Navarra, basándose en la prevalencia del título competencial estatal en materia de legislación penal del art. 149.1.6 CE y la posible incidencia de las normas autonómicas en el tipo penal citado, al tratar de establecer una cobertura legal dirigida a evitar cualquier consecuencia incriminatoria en vía penal o administrativa sancionadora.

Examina el fiscal seguidamente la alegación de vulneración del derecho de defensa de los recurrentes (art. 24.2 CE) por no haber sido escuchados por el tribunal que les condena por primera vez y dictamina que las razones que avalan la concesión del amparo vienen dadas en los fundamentos jurídicos 6, 7 y 8 de la STC 146/2017, de 14 de diciembre, que trató un caso similar en el que se examinó en la segunda instancia la conciencia de la antijuridicidad de la conducta que abrigaban los acusados y la concurrencia de un error vencible o invencible del art. 14 CP, decantándose el tribunal por una exoneración parcial determinante de su condena sin atender a la exigencia de audiencia personal de los acusados como garantía específica del derecho de defensa (art. 24.2 CE).

El fiscal sostiene que también aquí el razonamiento de la Audiencia Provincial versó sobre la intención de los acusados inferida de los hechos probados completados y reinterpretados con el examen cuanto menos de la prueba documental, por lo que la acusación no podía ser resuelta sin dar la posibilidad a los recurrentes de ser oídos personalmente y sin que dicha garantía pudiera ser sustituida por el trámite de alegaciones concedido a su abogado en virtud del art. 790.5 de la Ley de enjuiciamiento criminal dadas las cuestiones de hecho y de derecho determinantes de la culpabilidad o inocencia de los acusados. Como ocurrió en los casos dirimidos en las SSTC 146/2017 y 37/2018, la reconsideración de los hechos probados 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 de 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 (STEDH de 8 de marzo de 2016, asunto *Porcel Terribas y otros c. España*). Entiende por ello que se ha producido la vulneración del derecho de defensa (art. 24.2 CE).

9. Por providencia de 30 de mayo de 2019 se acordó señalar para deliberación y votación de la presente sentencia el día 3 de junio del mismo año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Objeto del recurso de amparo.

La demanda de amparo se dirige contra la sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife núm. 389/2017, de 15 de septiembre, que condenó en segunda instancia a los demandantes por un delito contra la salud pública, revocando la absolución de primera instancia, y contra la providencia de la misma sección de 22 de febrero de 2018 que inadmitió a trámite el incidente de nulidad de actuaciones que los actores promovieron contra dicha sentencia.

Los demandantes argumentan que su condena (i) vulnera su derecho a la legalidad penal por ser el fruto de la irracional subsunción de los hechos probados en el tipo penal del art. 368 del Código penal (CP) y en la modalidad vencible del error de prohibición del art. 14.3 CP, (ii) vulnera su derecho de asociación por el mismo motivo y (iii) vulnera su derecho de defensa por haber sido dictada originariamente en segunda instancia por un tribunal que no les ha oído.

El ministerio fiscal, tal y como ha quedado expuesto en los antecedentes, considera carentes del debido fundamento las denuncias de vulneración de los derechos sustantivos a la legalidad penal y de asociación, pero estima justificada la denuncia de vulneración de su derecho de defensa, por lo que solicita la nulidad de las resoluciones judiciales impugnadas con retroacción de las actuaciones.

2. Orden del examen de las quejas.

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; 126/2010, de 29 de noviembre, FJ 2, y 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 sentencia sobre todas las lesiones de derechos constitucionales denunciadas, en el caso de que ya se haya apreciado la concurrencia de alguna de ellas.

En el presente caso, visto el contenido de las argumentaciones efectuadas en la demanda, la naturaleza material y procesal de sus fundamentos y el informe evacuado por el ministerio fiscal, procede ordenar sistemáticamente los motivos de amparo dando prioridad a los de naturaleza sustantiva, de cuya estimación se seguiría el efecto de la nulidad radical de las resoluciones impugnadas, empezando por los relativos al principio de legalidad penal (primero, segundo y cuarto, que se tratarán en los fundamentos de derecho tercero y cuarto de esta resolución), siguiendo por los relativos al derecho de asociación (quinto, que se tratará en el fundamento de derecho quinto), para abordar en último lugar el fundamento de la denuncia de vulneración del derecho de defensa (motivo tercero, que se tratará en el fundamento de derecho sexto), cuya estimación, que ya podemos anticipar por tratarse de una cuestión resuelta por este Tribunal, habrá de determinar una mera retroacción de actuaciones.

3. Sobre la vulneración del derecho a la legalidad penal por irracional subsunción jurídica.

Los motivos de amparo primero y cuarto vienen a aseverar que la condena de los demandantes dictada por la Audiencia Provincial lesiona su derecho a la legalidad penal reconocido en el art. 25.1 CE por incurrir en graves errores de subsunción jurídica que se habrían consumado en dos fases, primero al encuadrar en el delito contra la salud pública previsto y penado en el art. 368 del Código penal la participación de los actores en una actividad asociativa inocua para la salud pública general por su carácter limitado y acotado a sus miembros, y seguidamente al no aplicarles el efecto exoneratorio que el art. 14.3 CP anuda al error invencible de prohibición que ha de beneficiar a quien actúa con el convencimiento de no haber traspasado los márgenes de la legalidad.

Por medio de estas alegaciones la demanda hace aflorar nuevamente la cuestión de la legitimidad constitucional a la luz del principio de legalidad penal del art. 25.1 CE del tratamiento que desde el plano legal y jurisprudencial recibe en nuestro país la actividad de cultivo compartido de cannabis en el seno de asociaciones de usuarios de dicha sustancia, cuestión que ha sido dirimida en sentido favorable a su validez en la STC 146/2017, de 14 de diciembre, citada en la demanda, y de inexcusable referencia, cuya doctrina, como bien indica el Ministerio Fiscal, se ha visto confirmada en las posteriores SSTC 36/2018 y 37/2018, de 23 de abril.

La STC 146/2017, de 14 de diciembre valida la constitucionalidad del juicio positivo de tipicidad efectuado por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en su sentencia de 7 de septiembre de 2015, que es la que invocan precisamente las resoluciones judiciales impugnadas en este recurso de amparo para desestimar la alegada falta de tipicidad de la conducta de los demandantes, a los que se absuelve en primera instancia por una causa excluyente de la culpabilidad, no de la antijuridicidad.

En la meritada sentencia este Tribunal dijo que la redacción del art. 368 del Código Penal «no contempla un tipo delictivo de formulación tan abierta que respalde el ejercicio

de una decisión prácticamente libre y arbitraria» toda vez que utiliza «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, [que] no dejan en la indefinición la conducta típica», por lo que descarta que el precepto incumpla las exigencias materiales de taxatividad inherentes al art. 25.1 CE [STC 146/2017, FJ 3 b)]

Recuerda seguidamente que el canon de razonabilidad de la operación judicial de subsunción de los hechos probados en la norma penal o sancionadora fija como primer criterio el de «la compatibilidad de dicha subsunción con el tenor literal de la norma, con la consiguiente prohibición de la analogía *in malam partem*» al que 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», para concluir que la condena de los miembros de una asociación cannábica de características similares satisfacía el canon «en consideración a la magnitud de las cantidades de droga manejadas, el riesgo real y patente de difusión del consumo, la imposibilidad de constatar con plena certidumbre la condición de consumidores habituales de la sustancia y la de controlar el destino que pudieran dar al cannabis sus receptores» añadiendo que «[e]s claro que no contraviene el tenor literal del precepto considerar subsumibles en el tipo penal las actividades dirigidas a facilitar cannabis a consumidores o consistentes en cultivar, producir, preparar, envasar y entregar la sustancia tóxica a los socios para su consumo, así como en tener a disposición para su entrega de una importante cantidad de cannabis (un total de 4.750 gramos). Como tampoco resulta extravagante, ni desborda los contornos del artículo 368 CP, entender que una asociación dedicada a cultivar y facilitar cannabis a sus miembros, institucionalizada, con vocación de permanencia y abierta a la integración sucesiva y escalonada de un número elevado e indeterminado de personas, no deba verse beneficiada por la exoneración de la responsabilidad penal derivada del consumo compartido» [STC 146/2017, FJ 4 c)].

En lo que se refiere a la apreciación del error de prohibición como vencible, este Tribunal dijo que «no se trata de un problema de subsunción penal» sino de un juicio de inferencia basado en que «los recurrentes albergaban dudas sobre la ilicitud de su conducta y sin embargo no trataron de verificar si esa actividad era conforme a derecho», en la existencia de «un precedente jurisprudencial que resuelve un caso similar citado por el Tribunal Supremo y a la evidencia de que la conducta de los recurrentes desbordaba los contornos del atípico consumo compartido», añadiendo que en cualquier caso «tampoco la subsunción penal puede considerarse intolerable desde los fundamentos teleológicos de la norma, en conexión con el bien jurídico protegido, ni reprochable desde la perspectiva axiológica, al no contravenir valores, principios contenidos en la Constitución y en diversos convenios internacionales, entre otras, la Convención Única de Naciones Unidas sobre estupefacientes de 1961, que reconoce que la ‘toxicomanía constituye un mal grave para el individuo y entraña un peligro social y económico para la humanidad’ y la Decisión marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas» [STC 146/2017, FJ 4 c)].

La mera cita de esta doctrina excusa de mayor razonamiento para desechar que la aplicación del art. 368 CP pueda considerarse fruto de una voluntaria extensión a conductas no comprendidas en su supuesto de hecho, pues la asociación constituida y regida por los actores responde a la misma tipología.

En lo que se refiere a la apreciación al caso del error de prohibición como vencible, la Audiencia Provincial lo sustenta, con un complemento del *factum* cuya legitimidad constitucional será analizada más tarde, en la ambigüedad calculada con la que habían sido definidos los fines sociales en los estatutos, la actividad real de la asociación, que

se dedicaba efectivamente al cultivo de cannabis en cantidades relevantes en cuatro fincas, lo que no se correspondía exactamente con los fines declarados en los estatutos administrativamente registrados, el rendimiento económico obtenido, que excedía los costes de su mantenimiento y daba margen a un cierto lucro, y singularmente las cantidades de cannabis de las que podía hacer acopio cada socio, que hacían incontrolable por sus directivos su eventual difusión a terceros, con la consecuente puesta en peligro del bien jurídico protegido, elementos que llevan al tribunal a descartar la inevitabilidad del error y el efecto exoneratorio previsto en el art. 14.3 CP para los casos de error invencible de prohibición.

Se trata de una argumentación que no presenta fallas argumentales, ni contraviene el tenor literal de la norma aplicada, ni la finalidad a la que responde como medio de concreción del grado de culpabilidad del autor por el hecho punible cometido, por lo que no contraviene el principio de legalidad penal del art. 25.1 CE.

En atención a lo expuesto procede desestimar la vulneración del derecho a la legalidad penal invocada en los motivos primero y cuarto de la demanda de amparo.

4. Sobre la vulneración del derecho a la legalidad penal por aplicación retroactiva de jurisprudencia nueva.

Se formula esta denuncia como segundo motivo de amparo, suscitando una cuestión zanjada igualmente en la STC 146/2017, FJ 5, donde se niega la premisa mayor de que se haya producido una modificación del criterio jurisprudencial susceptible de cercenar legítimas expectativas de recibir un trato penal más benévolο:

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

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

El precedente de la Sala Penal del Tribunal Supremo al que alude la STC 146/2017 disipaba ya en la fecha de realización de los hechos enjuiciados en el procedimiento antecedente toda expectativa de recibir un tratamiento penal distinto y más favorable, pues de dicho precedente cabía extraer con meridiana claridad la conclusión de 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.

Procede por ello la desestimación del segundo motivo de amparo.

5. Sobre la vulneración del derecho de asociación.

Denuncian los demandantes que su condena constituye una ilegítima restricción en su derecho fundamental de asociación y que genera un efecto disuasorio sobre la vocación asociativa de muchas otras personas usuarias de cannabis. Se trata de una aseveración cuya sostenibilidad depende de que sea dable considerar que la conducta enjuiciada y castigada en el proceso penal antecedente permanece intramuros del ámbito constitucionalmente protegido por el art. 22 CE, y por lo tanto inmune a la

injerencia estatal, encuadramiento que el ministerio fiscal rechaza en sus alegaciones apelando a la explícita exclusión que el art. 22.2 CE y su legislación de desarrollo hacen de las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito.

En efecto, este Tribunal ha identificado cuatro facetas integrantes del derecho genérico de asociación: la libertad de creación de asociaciones y de adscripción a las ya creadas, la libertad de no asociarse y de dejar de pertenecer a las mismas, la libertad de organización y funcionamiento internos sin injerencias públicas, y una dimensión *privatos* que garantiza un haz de facultades a los asociados considerados individualmente frente a las asociaciones a las que pertenezcan o a los particulares respecto de las asociaciones a las cuales pretendan incorporarse (por todas, STC 42/2011, de 11 de abril, FJ 3).

Las tres primeras facetas configuran un *status libertatis* o poder de resistencia frente a la intervención de los poderes públicos que podría verse potencialmente amenazado por el ilegítimo ejercicio de potestades sancionadoras o punitivas.

En la determinación de la legitimidad de la reacción penal se ha de tener en cuenta que «el derecho de asociación 'no tiene carácter absoluto y colinda con los demás derechos de la misma índole y los derechos de los demás' (STC 104/1999, de 14 de junio, FJ 2 y ATC 213/1991, de 4 de julio, FJ 2) ya que 'los derechos fundamentales no son derechos absolutos e ilimitados. Por el contrario, su ejercicio está sujeto tanto a límites establecidos directamente en la propia Constitución como a otros que puedan fijarse para proteger o preservar otros derechos fundamentales, valores o bienes constitucionalmente protegidos o intereses constitucionalmente relevantes (entre otras muchas, SSTC 1/1981, 2/1982, 91/1983, 22/1984, 110/1984, 77/1985, 159/1986, 120/1990, 181/1990 y 143/1994)' (ATC 254/2001, de 20 de septiembre, FJ 4)» [STC 42/2011, FJ 3].

Desde una perspectiva normativa, el derecho fundamental de asociación presenta un límite inserto en su originaria configuración constitucional al establecer el apartado segundo del art. 22 CE que «las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales», proposición que reproduce el art. 2.7 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación, a la que se suma la prohibición de «las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar» proclamada en su apartado quinto. Estas fórmulas del constituyente configuran límites internos del derecho fundamental que concretan en sentido negativo el espacio de inmunidad al que pueden aspirar legítimamente los ciudadanos.

Por otra parte, y desde una perspectiva material, la decisión del legislador encarnada en el art. 368 CP de perseguir criminalmente actos de favorecimiento del consumo ilegal de estupefacientes que ponen en riesgo la salud pública cumplimenta un deber general más amplio que a todos los poderes públicos alcanza de garantizar la salud de los ciudadanos como derecho individual (art. 43.1 CE) y la salud pública como bien colectivo (art. 43.2 CE) representativo de «un valor de indudable relevancia constitucional» (STC 139/2016, de 21 de julio, FJ 8, y AATC 96/2011, de 21 de junio, FJ 5, y 221/2009, de 21 de julio, FJ 4) susceptible como tal de limitar en determinadas circunstancias el ejercicio de otros derechos y libertades individuales.

En el presente caso, habiéndose descartado en el fundamento de derecho tercero de esta resolución que la condena impuesta a los recurrentes en amparo haya sido el producto de una aplicación extensiva de dicho precepto penal, la condena no puede ser calificada de injerencia ilegítima en el derecho fundamental de asociación, pues es claro que el art. 22 CE no pretende establecer espacios de inmunidad frente a la vigencia de las normas penales y del interés general en la preservación de los bienes y valores que las mismas protegen.

En lógica consecuencia, también se imponen ciertas restricciones al régimen jurídico de las asociaciones en aquellos casos en que inciden sobre bienes o intereses sujetos a tutela penal, como se desprende de los pronunciamientos recientemente adoptados por este Tribunal en materia competencial al efectuar el control abstracto de

constitucionalidad de cierta legislación autonómica reguladora de las asociaciones de usuarios de cannabis.

Este Tribunal ha distinguido conceptualmente dos tipos de clubes de cannabis, los que sirven de instrumento para «el abastecimiento, dispensación y consumo de cannabis», y los «dirigidos a fines relacionados con el cannabis pero distintos de su obtención y consumo (fines informativos, de estudio, debate y similares)», para rechazar que las comunidades autónomas puedan proyectar sus potestades legislativas sobre los primeros por su potencial incidencia en el título competencial exclusivo y prevalente del Estado en materia de legislación penal ex art. 149.1.6 CE [vid. SSTC 144/2017, de 14 de diciembre, FFJJ 3 y 4, en relación con la Ley Foral 24/2014, de 2 de diciembre, reguladora de los colectivos de usuarios de cannabis en Navarra; 29/2018, de 8 de marzo, FFJJ 2 y 3, en relación con el art. 83 de la Ley del Parlamento Vasco 1/2016, de 7 de abril, de atención integral de adicciones y drogodependencias, y 100/2018, de 19 de septiembre, FFJJ 3 a 5, en relación con la Ley del Parlamento de Cataluña 13/2017, de 6 de julio, de las asociaciones de consumidores de cannabis].

Sobre estas leyes se dijo que «aunque estemos ante una normativa autorizadora o habilitante (no represiva, ni punitiva, ni restrictiva de bienes jurídicos en el sentido que es propio de las normas penales y administrativas sancionadoras), se trata de una regulación con incidencia innegable sobre la delimitación del tipo penal correspondiente. Si, en determinados supuestos, las asociaciones de usuarios de cannabis que la norma autonómica contempla pudieran llegar a normalizar actividades que, como la promoción y facilitación del consumo ilegal de estupefacientes, son delictivas, ello supondría que dicha norma, por el solo hecho de permitir y regular tales asociaciones, estaría incidiendo en los tipos penales, cuya definición es de exclusiva competencia estatal y que el legislador autonómico no puede ni alterar, ni concretar, ni delimitar. Aun no tratándose, pues, de una norma penal propiamente dicha, si autorizara comportamientos contemplados en la legislación penal como delictivos, estaría la Ley que nos ocupa menoscabando el ejercicio de la competencia estatal», razón por la cual rechazamos que la normativa autonómica pudiera «establecer una cobertura legal para las actividades de consumo de cannabis, invocando el ejercicio legítimo de un derecho fundamental, el de asociación, para así evitar cualquier consecuencia incriminatoria, ya lo sea en vía penal o en la vía administrativa sancionadora» (STC 144/2017, FJ 3).

En atención a lo expuesto, el derecho de asociación carece de virtualidad para normalizar las conductas seleccionadas por sus titulares en el momento de su ejercicio al definir el objeto, actividades y fines a las que se va a consagrar una determinada asociación, si se trata de conductas con relevancia penal. En el presente caso la asociación constituida y regida por los demandantes de amparo respondía, según se desprende del relato de hechos probados consolidado en las sentencias impugnadas, a la tipología primera, de cultivo y consumo compartido, por lo que al ser instrumento para «el abastecimiento, dispensación y consumo de cannabis» e incidir en el ámbito del art. 368 del Código penal, no podía servir de cobertura justificativa de dicha conducta.

En virtud de lo expuesto, procede desestimar que se haya producido la vulneración del derecho de asociación de los recurrentes invocada en el motivo quinto de la demanda.

6. Sobre el respeto del derecho de defensa de los acusados en la segunda instancia.

En el procedimiento antecedente fue objeto de debate contradictorio tanto la posible concurrencia de la excepción de tipicidad del autoconsumo compartido, de origen jurisprudencial, que el juzgado desestimó, como la concurrencia en los acusados de un error de prohibición, que el juzgado estimó y apreció como invencible, lo que condujo a la absolución de todos los acusados, y que la Audiencia Provincial, al resolver el recurso de apelación del fiscal, apreció como vencible en los recurrentes en amparo, lo que determinó la condena que es ahora objeto de impugnación.

El recurso de amparo censura, en síntesis, que la Audiencia Provincial haya condenado a los actores mediante una nueva valoración de la dimensión subjetiva de su conducta sin haberles oído en persona. Suscita así la cuestión de las garantías procesales aplicables a los miembros de asociaciones cannábicas que resultan condenados en segunda instancia mediante un juicio renovado de su conocimiento de la ilicitud del acto –el conocimiento que tenían o debían tener sobre el carácter prohibido de su conducta– que fue específicamente abordada y resuelta en la STC 146/2017, de 14 de diciembre y en pronunciamientos ulteriores (las ya citadas SSTC 36/2018 y 37/2018, de 23 de abril) doctrina que debe ser preservada ante el riesgo de interpretaciones contradictorias de los órganos del Poder Judicial, lo que ha llevado a este Tribunal a apreciar la especial trascendencia constitucional del presente recurso de amparo en los términos del supuesto enunciado en la letra e) de la STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2.

Como bien argumenta el fiscal en su escrito de alegaciones, aunque las SSTC 146/2017, de 14 de diciembre, y 36/2018 y 37/2018, de 23 de abril, se refieren a condenas dictadas por la Sala Penal del Tribunal Supremo al resolver recursos de casación contra sentencias absolutorias dictadas por Audiencias Provinciales, el criterio seguido en las mismas es directamente aplicable a casos como el presente que tratan de condenas dictadas por primera vez por un tribunal de segunda instancia que juzga la culpabilidad de unos acusados a los que no ha oído.

La STC 146/2017 sintetiza doctrina constitucional consolidada «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» (STC 146/2017, FJ 6).

Resalta seguidamente que este Tribunal amplió las garantías de los acusados en segunda instancia en lo referente a la acreditación de los elementos subjetivos del delito cuando «perfilando el criterio de la STC 184/2009, afirmó ‘que también el enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales, debiendo distinguirse del mismo el relativo a la estricta calificación jurídica que deba asignarse a los hechos una vez acreditada su existencia. De este modo, si bien la revisión de la razonabilidad de las inferencias a partir de la cual el órgano *a quo* llega a su conclusión sobre la inexistencia de dolo –u otro elemento subjetivo del tipo– no precisará de la garantía de inmediación si tal enjuiciamiento no se produce a partir de la valoración de declaraciones testificales, sí deberá venir presidido, en todo caso, por la previa audiencia al acusado’ (STC 126/2012, de 18 de junio, FJ 4).» [STC 146/2017, FJ 7].

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

La tesis expresada en la sentencia de la Audiencia Provincial objeto de impugnación de que la revisión de la absolución no requería la previa audiencia de los acusados porque se trataba de una cuestión de mera subsunción jurídica es incompatible con la doctrina constitucional citada, que al considerar integrados los elementos subjetivos del

delito en la vertiente fáctica del juicio determina que su inferencia judicial deba respetar la garantía de la inmediación en la valoración de las pruebas personales e ir precedida en todo caso de la audiencia personal de los acusados.

Estas exigencias no las satisface la condena objeto de impugnación en el presente recurso de amparo por cuanto (i) revalora un material probatorio de procedencia variada, que abarca documentos, testimonios y pruebas periciales y (ii) se sustenta en un razonamiento deductivo no precedido de la percepción inmediata y personal por el tribunal que juzga de las manifestaciones de los acusados.

En síntesis, la sentencia de la Audiencia Provincial sostiene, rectificando el criterio de la primera instancia, que la autorización administrativa de inscripción de la asociación cannábica a la que pertenecían los actores en los registros autonómico y municipal no acreditaba que hubieran incurrido en un error pleno sobre la significación antijurídica de su conducta, y reexaminando el resultado de la actividad probatoria practicada en la instancia expone las razones en las que asienta la conclusión de que los acusados no hicieron el esfuerzo mínimo exigible para salir de su error o despejar sus dudas, completando el *factum* con unos elementos de índole anímica o interna vinculados con la culpabilidad en función del efecto de exoneración o atenuación previsto para el error de prohibición en el artículo 14.3 CP [STC 36/2018, de 23 de abril, FJ 7 b)]. Se trataba de una cuestión que afectaba a la declaración de culpabilidad o inocencia y que por lo tanto no podía ser resuelta sin dar la posibilidad a los recurrentes de ser oídos personalmente, sin que dicha garantía pudiera ser sustituida por el trámite de alegaciones concedido a su abogado.

Con este proceder el tribunal orilló las declaraciones efectuadas por los acusados, que en la primera instancia y subsiguiente recurso de apelación alegaron haber actuado con el convencimiento de que su actividad asociativa era conforme a la legalidad por haber sido administrativamente tolerada, rectificando la valoración que de las mismas había efectuado el juzgado de lo penal y rehusándoles la oportunidad de ser oídos antes de dictar el que sería primer pronunciamiento de condena.

Al igual que ocurrió en el supuesto dirimido en la STC 146/2017, «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*)» [STC 146/2017, FJ 8 b)].

En atención a lo expuesto, procede declarar que se ha vulnerado el derecho de los recurrentes en amparo a un proceso con todas las garantías y su derecho de defensa reconocidos en el art. 24.2 CE por la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial. Para el pleno restablecimiento de estos derechos, procede la anulación de la sentencia de la Audiencia Provincial y de la ulterior providencia que no reparó dichas vulneraciones, con retroacción de las actuaciones al momento previo al dictado de la sentencia en segunda instancia para que se proceda por el mismo tribunal de una forma respetuosa con estos derechos.

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 Stephan Rudolf Werner, don Arnaud Ronnet y don Fernando Gastón Cerega 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 la sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife núm. 389/2017, de 15 de septiembre, y de la providencia de la misma sección de 22 de febrero de 2018, retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado de la sentencia, para que la Audiencia Provincial proceda en relación con el recurso de apelación interpuesto por el ministerio fiscal de modo respetuoso con los derechos fundamentales reconocidos.

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

Dada en Madrid, a tres de junio de dos mil diecinueve.—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.