



Roj: **STS 2373/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2373**

Id Cendoj: **28079120012021100501**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/06/2021**

Nº de Recurso: **3294/2019**

Nº de Resolución: **508/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANA MARIA FERRER GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP IB 974/2019,**
STS 2373/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 508/2021

Fecha de sentencia: 10/06/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3294/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 09/06/2021

Ponente: Excm. Sra. D.^a Ana María Ferrer García

Procedencia: Audiencia Provincial de Baleares

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Transcrito por: JLA

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 3294/2019

Ponente: Excm. Sra. D.^a Ana María Ferrer García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 508/2021

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Antonio del Moral García

D.^a. Ana María Ferrer García

D. Leopoldo Puente Segura



D. Javier Hernández García

En Madrid, a 10 de junio de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación 3294/19 por infracción de ley interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia absolutoria dictada por la Audiencia Provincial de Baleares (Sec. 2ª PA 85/18) de fecha 29 de abril de 2019. Han sido parte recurrida D. Samuel, D. Sergio y D. Tomás representados por el procurador D. Antonio Vicente del Barco Ordinas y bajo la dirección letrada de D. Héctor Brotons Albert.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª Ana María Ferrer García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción 1 de Inca incoó Diligencias Previas 22811/15 y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Baleares, que con fecha 29 de abril de 2019, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**: "Los acusados Sergio, Samuel y Tomás, todos ellos mayores de edad y sin antecedentes penales, privados de libertad por razón de esa causa un día el segundo y no privados los otros dos, todos ellos puestos de común acuerdo crearon una asociación denominada Asociación Balear para el estudio e investigación del cannabis (ABEIC) en la que ostentaban los cargos de Presidente, Secretario y Tesorero, celebrándose juntas anuales con los socios. Esta asociación se registró en el registro de asociaciones del Govern Balear. A partir del año 2011 en virtud de acuerdo de los socios adoptado en juntas comenzaron plantaciones de marihuana alquilando fincas al efecto, repartiéndose la sustancia entre los socios en la sede de la asociación.

El día 19 de septiembre de 2015 la Guardia Civil realizó la intervención de plantas de cannabis en fincas poseídas por la asociación:

- . Finca DIRECCION000 de LLubí, donde se intervinieron 29 plantas de cannabis con peso de 17918,5 g y riqueza del 9,3 %.
- . Finca DIRECCION001 de LLubí, 25 plantas, peso 24.694,2 g riqueza 8,4%.
- . Finca DIRECCION002 de Sineu, 25 plantas peso 17318,6 g, riqueza 14,1 %
- . Finca DIRECCION003 de LLubí, 23 plantas, peso 11099,3 g, riqueza 9,7%
- . Finca DIRECCION004 de LLuibi, 19 plantas, peso 8574,5. riqueza 9,2%
- . Finca DIRECCION005 de LLubí, peso 1786,56 g, riqueza 9%.

El peso analítico total de las sustancias es de 81.373,66 gramos:

El valor total en el mercado es de 84.872 72 euros.

Los acusados actuaron con la convicción no superable de que actuaban lícitamente".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Sergio, Samuel, Tomás de los delitos de los que venían siendo acusados al apreciar la concurrencia de error invencible. Procédase a la destrucción de la sustancia intervenida.

Se declaran de oficio las costas procesales causadas.

Notifíquese esta resolución al acusado y a las demás partes.

Contra la presente resolución podrá interponerse recurso de casación".

TERCERO.- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, por el Ministerio Fiscal, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal se basó en el siguiente **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

ÚNICO.- Por la vía del artículo 852 LECRIM denuncia infringido el derecho a la tutela judicial efectiva, artículo 24.1 CE, en su vertiente de derecho de obtener una resolución fundada sin arbitrariedad.

QUINTO.- Instruidas las demás partes del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para el Fallo, se celebró la votación prevenida el día 9 de junio de 2021.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Presenta la Fiscal recurso de casación contra la sentencia que absolvió a los acusados Sergio , Samuel y Tomás , directivos de la Asociación Balear para el estudio e investigación del cannabis (ABEIC), del delito contra la salud pública en la modalidad de sustancias que no causan grave daño a la salud en cantidad de notoria importancia del que fueron acusados, por entender que obraron amparados en un error invencible de prohibición. El recurso discrepa de esa solución que entiende fruto de una valoración arbitraria de la prueba, por lo que solicita la nulidad de la sentencia y devolución de las actuaciones para nuevo enjuiciamiento.

1. La opción por la que se decanta la Fiscal es la única vía a su alcance para revertir el fallo absolutorio que se combate, dado los estrechos contornos que ciñen la revisión en casación de los pronunciamientos absolutorios.

Las posibilidades de agravación en casación de sentencias absolutorias, dada las características de este recurso, cada vez discurre por senderos más angostos. Especialmente porque de manera unánime ha afirmado esta Sala que el carácter extraordinario del recurso de casación descarta arbitrar un trámite de audiencia del acusado absuelto, que carece de cobertura legal y que se concilia mal con el significado procesal de la impugnación ante el Tribunal Supremo. Audiencia que, como garantía del derecho de defensa, se viene exigiendo por el Tribunal Constitucional, en línea con la doctrina que emana del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, salvo en los supuestos en que la revisión se concrete en la corrección de errores de subsunción jurídica, a partir de los elementos fácticos reflejados en la resolución impugnada, en los que bastará la intervención de la defensa técnica. Por todas nos remitimos a la STC 125/2017 de 13 de noviembre.

Distinto es cuando la revisión de pronunciamientos absolutorios en casación surge porque la pretensión punitiva de la parte recurrente no ha obtenido respuesta alguna del Tribunal de instancia o bien la misma ha sido arbitraria, irrazonable o absurda, de manera que de esta forma ha vulnerado lo recogido en los artículos 24.1, 9.3 y 120.3, todos ellos CE, en su vertiente de derecho a obtener una respuesta razonable con proscripción de toda arbitrariedad de los poderes públicos (SSTS 178/2011 de 23 de febrero ó 631/2014 de 29 de septiembre).

Y esta es la vía a la que se acoge la Fiscal en este caso, al plantear un único motivo a través del artículo 852 LECRIM para denunciar infringida la garantía de tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, en su vertiente de derecho de obtener una resolución fundada sin arbitrariedad. Y así considera que la apreciación de un error invencible de prohibición se ha sustentado en una "motivación absurda, conteniendo aseveraciones, frontalmente contrarias a la lógica", fruto de un proceso deductivo falto de racionalidad en la motivación fáctica, y que se aparta de las más habituales máximas de experiencia, que debe conducir a la declaración de nulidad.

Denuncia que la sentencia de instancia se ha apartado de las pautas marcadas por la jurisprudencia de esta Sala, entre otras STS 571/2017, de 17 de julio, que polariza a la hora de calibrar el error de prohibición como invencible, entre la certeza firme en los acusados sobre la legalidad de su actuación y la indiferencia de quien asume un alto riesgo de ilicitud. Que en este caso el Tribunal, sostiene el recurso, despreció que la jurisprudencia de esta Sala ha considerado elemento excluyente de la invencibilidad del error, el que los Estatutos de la sociedad no recogieran como propia la actividad de cultivo de la sustancia para su ulterior consumo, en contra de lo que reiteradamente ha considerado la jurisprudencia; o que pese a admitir, en línea con la doctrina de esta Sala, que cuando ante la existencia de resoluciones contradictorias de Tribunales de igual jerarquía el autor que hace suyo el criterio que le es más favorable, asume también el riesgo de violar la ley, ha concluido finalmente la inevitabilidad del error con apoyo en las sentencias que se inclinaron a favor de la absolución.

Al hilo de lo expuesto, considera que ni la testifical de los distintos Guardias Civiles que intervinieron en el plenario, ni la declaración de quien fuera Concejal de Seguridad del Ayuntamiento de Llubí, el testigo D. Casiano , fueron suficientes para considerar acreditado que las fuerzas del orden estuvieron al tanto del cultivo que la Asociación realizaba y transmitieran a los acusados la idea de que el mismo estaba permitido. En concreto, y en lo que se refiere al último citado, el Fiscal cuestiona abiertamente su credibilidad, por entender que le afectaba un interés directo como socio de ABEIC, y arrendador de alguno de los terrenos dedicados al cultivo. Niega igualmente el recurso que el contenido del tríptico de la Asociación que el Tribunal tomó en consideración pueda tener el alcance que se le reconoce, ni suplir la falta de transparencia de los Estatutos, calificándolo de mero panfleto propagandístico. Y finalmente discrepa del valor que de cara a conformar el error que aprecia, le otorgó e Tribunal sentenciador al hecho de que, en el año 2014 la Audiencia Provincial de Palma, en un acuerdo unánime de todos sus miembros, se pronunciara en el sentido de considerar atípico el cultivo de sustancia para el ulterior consumo de los asociados. Enarbola el recurso como contradicción palmaria que la sentencia asuma la doctrina de esta Sala que coloca fuera del ámbito de aplicación del consumo compartido supuestos



como el que ahora nos incumbe de cultivo de una cantidad importante de droga para suministro de un número indeterminado de socios, y hace hincapié en la cantidad de droga que fue incautada.

2. La sentencia recurrida declaró probado que los acusados "puestos de común acuerdo crearon una asociación denominada Asociación Balear para el estudio e investigación del cannabis (ABEIC) en la que ostentaban los cargos de Presidente, Secretario y Tesorero, celebrándose juntas anuales con los socios. Esta asociación se registró en el registro de asociaciones del Govern Balear. A partir del año 2011 en virtud de acuerdo de los socios adoptado en juntas comenzaron plantaciones de marihuana alquilando fincas al efecto, repartiéndose la sustancia entre los socios en la sede de la asociación.

El día 19 de septiembre de 2015 la Guardia Civil realizó la intervención de plantas de cannabis en fincas poseídas por la asociación.... El peso analítico total de las sustancias es de 81.373,66 gramos: El valor total en el mercado es de 84.872, 72 euros.

Los acusados actuaron con la convicción no superable de que actuaban lícitamente".

Como resalta el recurso que nos ocupa, la Sala sentenciadora calificó los hechos como constitutivos de un delito contra la salud pública de los artículos 368 y 369.5 CP, en la modalidad de sustancias que no causan grave daño a la salud. Rechazó la tesis principal de la defensa de los acusados, que abogaba por la atipicidad del comportamiento por considerarlo amparado en la doctrina de creación jurisprudencial relativa al consumo compartido. Aquella que, ante las realidades de consumo que afloraron en los años 80, partiendo de la falta de afectación de la salud pública, bien jurídico concernido por los preceptos penales que se invocan, se perfiló a partir de pronunciamientos de 2 de noviembre y 18 de diciembre de 1992, 22 de febrero, 25 de marzo y 3 de junio de 1993 o 25 de junio y de 25 de septiembre de ese mismo año 1993, seguidos por otros muchos, respecto al consumo conjunto de pequeñas cantidades de droga entre un número determinado de adictos, que aportaban su respectiva contribución para la adquisición de sustancia destinada a ser ingerida de manera inmediata en un lugar cerrado (la STS 216/2002, de 11 de mayo condensa la doctrina al respecto).

La sentencia recurrida sigue la línea marcada por la STS, Pleno, 484/2015, de 7 de septiembre, la primera que pronunció este Tribunal respecto al cultivo a gran escala de cannabis destinado a abastecer a consumidores reunidos en asociaciones constituidas al efecto, y que proclamó la tipicidad de los comportamientos concretados en organizar un sistema de cultivo, acopio, o adquisición de sustancias tóxicas con la finalidad de repartirla o entregarla a terceras personas, aunque a los adquirentes se les imponga el requisito de haberse incorporado previamente a una lista, a un club o a una asociación o grupo similar, y aun cuando no concorra ánimo de lucro. Doctrina que, aunque en su inicio no condensó el parecer unánime de todos los Magistrados que componíamos aquel Pleno, dada la finalidad unificadora que como fuente de certeza en la interpretación de las normas incumbe a la jurisprudencia, hoy se encuentra consolidada a través de un importante número de resoluciones, por citar solo entre las más recientes, reseñamos las SSTS 87/2019, 19 de febrero; 261/2019, de 24 de mayo; 521/2019, de 30 de octubre; o la 722/2020, 30 de diciembre.

3. Ahora bien, entendió el Tribunal de instancia que la conducta de quienes habían organizado esa red de cultivo y distribución a través de la Asociación Balear para el Estudio e Investigación del Cannabis (ABEIC), los hoy recurrentes, quedaba exenta de sanción penal al haber actuado amparados en un error invencible de prohibición, que reflejó en el relato de hechos probados con la expresión "los acusados actuaron con la convicción no superable de que actuaban lícitamente".

Las razones las condensó en el fundamento tercero, en el que, tras exponer la doctrina de esta Sala en torno al alcance y significado del error de prohibición, razonó la concurrencia en este caso de una base probatoria que permitía apreciar el mismo. Sin obviar que la oscuridad de los Estatutos de la Asociación que no reconocían como actividad un cultivo para abastecimiento de los socios que, según se explicó en los razonamientos jurídicos, se acordó por la Asamblea de socios un año después de su constitución, operaba como importante contrapunto. Y sin otorgar relevancia específica al hecho de que hasta que se pronunció esta Sala, se habrían dictado por distintos órganos sentencias absolutorias en supuestos similares. Al respecto invocó la doctrina contenida en la STS 596/2015, de 5 de octubre, en el sentido de que "cuando existen sentencias dispares de Tribunales no es admisible la elección de las favorables para justificar la invencibilidad del error pues al actuar se asume el riesgo de que su acción sea ilícita".

Asentó sus conclusiones respecto a la invencibilidad derivada de la creencia fundada de estar actuando lícitamente, en los siguientes pilares. En primer lugar, la creencia de legalidad encontró asidero en el conocimiento y tolerancia de la actividad desarrollada por la Asociación por parte de quienes tendrían encomendada su persecución. Y así explica la sentencia "existe un hecho que a criterio de esta Sala avala la convicción de que la actuación que realizaban era conforme a Derecho. Nos referimos a la declaración testifical de D. Casiano. No puede por menos esta Sala destacar lo sorprendente de su intervención en los hechos.



Afirma que era Teniente de Alcalde del Ayuntamiento, responsable de interior y la Autoridad sobre la Policía Local Llubi. Explica que hubo una reunión en el propio Ayuntamiento a la que asistieron él por el Ayuntamiento, un teniente de Guardia Civil, una persona por la Policía Local y el presidente y secretario de la asociación. Señala que en esa reunión la asociación explica lo que querían poner en funcionamiento, y los cultivos privados de marihuana que pretendían hacer, explica que el mando de Guardia Civil dijo que si se podían realizar esos cultivos siempre y cuando estuviesen señalizados y Guardia Civil y Ayuntamiento conociesen donde estaban esos cultivos.

Es claro que la presencia del responsable de seguridad municipal en una reunión celebrada en el ayuntamiento ofrece una garantía de cobertura legal pues se validaba o daba apariencia de legalidad a los hechos que se proponían aunque extraña que no se solicitara informe jurídico alguno, máxime cuando el testigo afirma no tener conocimientos de este tipo. También dada la trascendencia de la reunión llama la atención que no se levantase acta alguna o se documentase de alguna forma.

Pero no solo es que el que Teniente de Alcalde y responsable de seguridad avalase con esa reunión en sede oficial la existencia de que la asociación plantase marihuana para los socios sino que también se convirtió en socio de la asociación pues dice que consumía marihuana aunque en poca cantidad y además arrendó a cambio de precio, ciertamente reducido, una finca de su propiedad - DIRECCION001 - para el cultivo de marihuana por la asociación. Esto es, tuvo una participación directa en los hechos que se han analizado tanto en su carácter oficial (reunión Ayuntamiento) como en su carácter privado (socio y arrendamiento). Esto pudo llevar a la lógica convicción de que actuaban conforme a la Ley y que cuando menos la Policía Local nada haría al respecto.

También se ha alegado que a esas reuniones (no nos ha quedado claro cuantas) acudió el mando de la Guardia Civil. No hemos oído al comandante de puesto de Guardia Civil que acudió a esta reunión. En este sentido afirma el agente NUM000 que posiblemente sabía de la existencia el brigada Cecilio que falleció. El testigo Casiano afirma que era un teniente el que acudió a la reunión. Fuere lo que fuere sí ha de entenderse acreditado el conocimiento de algún mando del puesto de Santa Margarita aunque su identidad no quede completamente acreditada".

El recurso considera carente de lógica que otorgue veracidad al testimonio del Sr. Casiano, que califica, ya lo hemos dicho, de impreciso, carente de aval, e interesado. Sin embargo, las explicaciones que al respecto proporciona la sentencia, con una argumentación que no impresiona de estridente, desvanecen la base de ese juicio crítico. Especialmente porque analiza su versión en amplitud, sin sortear aquellos aspectos que podrían poner en tela de juicio la credibilidad del testigo, y abunda en la concurrencia de otros elementos de corroboración.

Así añade la sentencia "otras pruebas avalan que en el puesto de Guardia Civil de Santa Margarita se conocía la existencia de plantación de marihuana aunque no en qué medida ni cantidad. Así el agente NUM000 explica que tuvo conocimiento de denuncia de la asociación por sustracción de plantas, que esa denuncia se interpuso 2 o 3 años antes de la incautación en 2015, expone que se hizo una inspección y concluyeron que posiblemente se había cultivado marihuana, no tomándose ninguna medida respecto de la asociación. El agente NUM001 explica que sabía desde hace años de la existencia de la asociación, que estuvo en un piso hace años en el que explicaron que había reparto de sustancia por razones terapéuticas, también se enteró de una denuncia por sustracción de cannabis. El agente NUM002 también sabía de la existencia de la asociación porque la gente del pueblo lo hablaba y en una ocasión entró con un compañero para interesarse por lo que se hacía y concluyeron que eran chavales que iban allí a fumar pero no que existiesen plantaciones. El agente NUM002 declara que hacía un año que estaba en el puesto, sabía de la existencia de la asociación pero desconocía si plantaban o no, aunque suponía que sí, sabiendo que hubo entrevistas entre Guardia Civil y la asociación. En definitiva, aunque no consta un conocimiento completo sí resulta acreditado que la Guardia Civil conocía la existencia de la asociación y de que existía plantación de marihuana y no actuó hasta el año 2015. Aunque no se diga, así en juicio, parece razonable entender que precisamente antes de la sentencia de 2015 del Alto Tribunal tampoco tenían la plena convicción de que los hechos fuesen delictivos porque de ser así habrían actuado". Se trata de una apreciación de la testifical de los agentes de la Guardia Civil que difiere de la que reivindica el recurrente, pero no por ello irracional. Son testimonios algo imprecisos, lo que no les hace perder el efecto corroborador que la Sala sentenciadora les reconoció, pues de haber aportado datos más concretos, su eficacia probatoria tendría alcance autónomo.

Estos puntos de refrendo a la declaración testifical sobre la que se sustenta de manera principal la conclusión de que los acusados contaban con el consentimiento, o al menos permisibilidad para sus plantaciones tanto del Ayuntamiento, a través del Concejal de Seguridad, de la Guardia Civil y de la Policía Local, se completan con otros elementos probatorios a los que el recurso no hace referencia. Explica la sentencia recurrida que en las fincas de cultivo existían carteles en los que se señala el nombre de la asociación, el número de plantas, la



fecha de inicio del cultivo, las firmas del presidente y secretario e incluso un número de teléfono de contacto. Así lo declararon los agentes NUM000 y NUM002, y lo documenta la fotografía incorporada al folio 45 de la causa. No puede tacharse de ilógico o de arbitrario el *iter* discursivo que a partir de esa constatación infiere que los acusados no ocultaban su actividad, lo que se complementa con el contenido de ese tríptico que el recurso califica de mero panfleto propagandístico, aunque en este caso, hemos de coincidir con el recurrente en que el mismo puede tener un significado ambivalente, lo que carece de proyección sobre los restantes extremos analizados

Las conclusiones probatorias que han determinado la convicción del Tribunal acerca de la fundada creencia por parte de los acusados de la licitud de una actividad que no ocultaban y que quienes tenían encomendada su vigilancia y persecución expresamente toleraban, podrán compartirse o no, pero desde luego no pueden tacharse de absolutamente ilógicas, producto del quebranto de las más elementales máximas de experiencia y conocimientos epistemológicos sobre la materia. La supuesta falta de racionalidad en la valoración infractora de la tutela judicial efectiva, no es identificable con la personal discrepancia del acusador recurrente que postula su particular valoración de las pruebas en función de su lógico interés (entre otras STS 350/2015 de 21 de abril). La posibilidad anulatoria de la sentencia basada en una eventual infracción del derecho a la tutela judicial efectiva queda supeditada a una interpretación de la prueba absolutamente arbitraria, que en este caso no apreciamos.

Conclusión que no se ve alterada por el último de los elementos que la sentencia analiza, a modo de cláusula de cierre, para confirmar que la percepción de los acusados sobre la regularidad de su actividad estaba basada en la certeza y no en la mera posibilidad: el criterio expresado en resolución firme por la totalidad de quienes integraban las secciones penales de la Audiencia Provincial de Palma. Tiene razón el recurrente en que la atipicidad del comportamiento no surge de nuestra STS 484/2015, que sin embargo si vino a poner fin a las divergencias de criterio surgidas entre las distintas Audiencias. En este caso, atendida la fecha en que se actuó policialmente sobre los cultivos de la Asociación, la actividad típica se desarrolló antes de que nuestro fallo se diera a conocer. En ese momento, y al menos durante el año anterior, los acusados no se encontraban ante la duda que podía derivar de la diversidad de criterios judiciales sobre la materia. Contaban con una decisión unánime de todos los Magistrados a los que incumbía fijar criterio sobre la cuestión en el ámbito territorial de las Islas Baleares, quienes, por unanimidad, el 9 de diciembre del año 2014 habían confirmado la atipicidad de unos hechos de análoga naturaleza, en este caso producidos en Ibiza. Una decisión que, en ese ámbito territorial, era idónea para incrementar la confianza de los acusados, anclada ya en la tolerancia de aquellos a quienes incumbía la investigación de las actividades delictivas, de que su actuación no traspasaba los límites del derecho penal.

4. El error de prohibición consiste en el conocimiento equivocado acerca de la ilicitud de la conducta que no excluye el dolo, sino la exigencia de conocimiento de la significación antijurídica de la misma. Afecta a la conciencia de la ilicitud y con ella a la culpabilidad. Respecto a él establece el artículo 14.3 "3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados".

Sobre el error de prohibición tiene dicho esta Sala que al afectar a la conciencia de la antijuridicidad ha de entenderse como un elemento de la culpabilidad, necesario pues para que una determinada conducta pueda considerarse merecedora de reproche penal. Si falta tal conciencia de antijuridicidad, bien directamente por la creencia de que el hecho no está legalmente castigado, error sobre la norma prohibitiva o imperativa (error directo de prohibición), bien indirectamente por estimarse que concurría una causa de justificación (error indirecto de prohibición o error de permisión), la doctrina penal entiende que no debe ser considerado el sujeto culpable del hecho si el error es invencible, o que puede ser merecedor de una atenuación de la pena si se considera vencible (artículo 14.3 C. Penal). El error de prohibición constituye el reverso de la conciencia de la antijuridicidad como elemento constitutivo de la culpabilidad cuando el autor de la infracción penal ignore que su conducta es contraria a Derecho (SSTS 1141/1997, de 14 de noviembre; 601/2005, de 10 de mayo; 865/2005, de 24 de junio; 181/2007, de 7 de marzo; 753/2007, de 2 de octubre; 353/2013, de 19 de abril; 816/2014, de 24 de noviembre; 670/2015, de 30 de octubre o 813/2016, de 28 de octubre).

La conciencia de antijuridicidad como elemento del delito no requiere el conocimiento concreto de la norma penal que castiga el comportamiento de que se trate, ni tampoco el conocimiento de que genéricamente el hecho está castigado como delito. Basta con saber a nivel profano que las normas que regulan la convivencia social (el Derecho) prohíben el comportamiento que se realiza. El contenido de este elemento del delito, la conciencia de la antijuridicidad, o de su reverso, el error de prohibición, se refiere al simple conocimiento genérico de que lo que se hace o se omite está prohibido por las Leyes, sin mayores concreciones, y sin que se requiera conocer las consecuencias jurídicas que de su incumplimiento pudieran derivarse. Basta conocer la ilicitud del propio obrar: "Creencia errónea de estar obrando lícitamente", decía el anterior artículo 6 bis a); "error



sobre la ilicitud del hecho", dice ahora el vigente artículo 14.3 (SSTS 1301/1998, de 28 de octubre; 86/2005, de 21 de julio; 411/2006 de 18 de abril, 429/2012, de 21 de mayo o 670/2015 de 30 de octubre).

La apreciación del error en cualquiera de sus formas, vencible o invencible, vendrá determinada en atención a las circunstancias objetivas del hecho y subjetivas del autor. Son fundamentales para apreciar cualquier tipo de error jurídico en la conducta del infractor, según lo expuesto, las condiciones psicológicas y de cultura del agente, las posibilidades de recibir instrucción y asesoramiento o de acudir a medios que le permitan conocer la trascendencia jurídica de sus actos. También la naturaleza del hecho delictivo, sus características y las posibilidades que de él se desprenden para que sea conocido el mismo por el sujeto activo (STS 482/2007, de 30 de mayo). El análisis debe efectuarse sobre el caso concreto, tomando en consideración las condiciones del sujeto en relación con las del que podría considerarse hombre medio, combinando así los criterios subjetivo y objetivo, y ha de partirse necesariamente de la naturaleza del delito que se afirma cometido, pues no cabe invocar el error cuando el delito se comete mediante la ejecución de una conducta cuya ilicitud es de común conocimiento (STS 1238/2009, de 11 de diciembre; 338/2015, de 2 de junio o 813/2016 de 28 de octubre).

En este caso, de acuerdo con lo expuesto en los apartados que anteceden, la decisión del Tribunal de instancia al considerar como inevitable la errónea certeza de los acusados sobre la licitud de su actuación en el momento en que los hechos enjuiciados se desarrollan, se encuentra suficientemente asentada, por lo que el recurso se desestima.

SEGUNDO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 901 LECRIM, procede declarar de oficio las costas de este recurso.

FALLO

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

DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Baleares (Sec. 2ª PA 85/18) de fecha 29 de abril de 2019.

Comuníquese a dicha Audiencia Provincial esta resolución. Con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Declarar de oficio las costas de este recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Antonio del Moral García Ana María Ferrer García

Leopoldo Puente Segura Javier Hernández García