

Sección nº 04 de la Audiencia Provincial de Madrid

C/ de Santiago de Compostela, 96 , Planta 5 - 28035

Teléfono: 914934570,914934427,4606,4571

Fax: 914934569

JUS_sección4@madrid.org

EOT

37051530

N.I.G.: 28.079.00.1-2022/0294859

Procedimiento Abreviado 434/2024

Delito: Contra la salud pública

O. Judicial Origen: Juzgado de Instrucción nº 25 de Madrid

Procedimiento Origen: Procedimiento Abreviado 1458/2022

La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid ha pronunciado en nombre de Su Majestad el Rey la siguiente:

SENTENCIA Nº 356/2024

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

Ilmos. Sres. de la Sección 4ª

MAGISTRADOS

D. MARIO PESTANA PÉREZ

D. JOSÉ JOAQUÍN HERVÁS ORTIZ

D. GREGORIO MARÍA CALLEJO HERNANZ

En Madrid, a dieciocho de noviembre de dos mil veinticuatro.

VISTO en juicio oral y público ante la Sección Cuarta de esta Audiencia Provincial de Madrid, el Procedimiento Abreviado nº 1458/2022 procedente del Juzgado de Instrucción nº 25 de Madrid, que ha sido registrado en este Tribunal como Procedimiento Abreviado nº 434/2024, seguido por delito contra la salud pública, contra **XXXXXXXXXXXXX**, nacida el 15 de agosto de 1961, con DNI 01119299G y sin antecedentes penales, representada por el Procurador D. Javier Calvo Fernández-Fierros y defendida por el Letrado D. Francisco Azorín Ortega; y siendo parte también el

MINISTERIO FISCAL, ha sido **Magistrado ponente el Ilmo. Sr. D. José Joaquín Hervás Ortiz**, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El Ministerio Fiscal calificó definitivamente los hechos enjuiciados como legalmente constitutivos de un delito contra la salud pública del artículo 368 del Código Penal, considerando autora responsable del mismo a la acusada, XXXXXXXXXXXX, sin la concurrencia de circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad penal, y para la que solicitó la imposición de una pena de cuatro años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de dieciocho mil euros (18.000 €), con responsabilidad personal subsidiaria de seis meses en caso de impago, así como el decomiso de la sustancia intervenida y la condena a satisfacer las costas procesales.

SEGUNDO. El Letrado defensor de la acusada elevó a definitivas sus conclusiones provisionales e interesó la libre absolución de su defendida, alegando, en esencia, la atipicidad de los hechos y, de forma subsidiaria, la existencia de un error invencible de prohibición.

HECHOS PROBADOS

ÚNICO. La acusada, XXXXXXXXXXXX, nacida el 15 de agosto de 1961, con DNI 01119299G y sin antecedentes penales, contrató con terceros que le fuera remitido desde Perú un paquete que contenía 1.693,120 gramos de ayahuasca, en cuya composición había un 0,2% de N,N-dimetiltriptamina (DMT), ascendiendo a 2,7 gramos la cantidad pura de DMT que los 1.693,120 gramos de ayahuasca contenían.

La acusada iba a destinar la ayahuasca intervenida a su propio consumo.

El paquete, procedente de Perú, fue intervenido, en fecha 22 de junio de 2022, por funcionarios del Servicio de Vigilancia Aduanera en el aeropuerto de Madrid-Barajas, en un control rutinario, en el depósito temporal de correos del referido aeropuerto, figurando en el paquete, como destinataria del mismo, la acusada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Los anteriores hechos probados han sido obtenidos tras la valoración por la Sala de las pruebas practicadas en el acto del juicio, bajo los principios de inmediación, oralidad, contradicción y publicidad, a las que se hará más detallada referencia a continuación. Y debe comenzarse por señalar que el Ministerio Fiscal, tras la práctica de la prueba, solicitó que se condenase a la acusada como autora responsable de un delito contra la salud pública del artículo 368 del Código Penal, por lo que ha de analizarse si la conducta de la acusada es o no penalmente típica, atendiendo, en primer lugar, a la naturaleza y características de la sustancia intervenida, que, según resulta del informe analítico emitido por el Instituto Nacional de Toxicología de 15 de marzo de 2023 (folios 66 al 71), consistía en una sustancia pastosa de color marrón con un peso neto de 1.693,120 gramos, identificada en el informe como ayahuasca, en la que, una vez analizada, se detectó un 0,2% de N,N-dimetiltriptamina (DMT), indicándose en el mismo informe que la cantidad pura total de DMT existente en la sustancia intervenida ascendía a 2,7 gramos.

Llegados a este punto, hemos de señalar que la sustancia DMT es una de las incluidas en la Lista I del **Convenio Sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971** (en adelante, Convenio de 1971) y, por tanto, sujeta a fiscalización internacional.

También se indica en el informe del Instituto Nacional de Toxicología, en un apartado denominado “INTERPRETACIÓN”, textualmente, lo siguiente:

“La ayahuasca es una preparado de plantas alucinógenas que normalmente contiene la liana Banisteriopsis caapi y el arbusto Psychotria viridis.

Este cocimiento tiene su origen en la cuenca del Amazonas, donde étnicamente se usa en ceremonias religiosas.

La Banisteriopsis caapi es rica en β -carbolinas, especialmente harmina, tetrahidroharmina y harmalina, que tiene actividad inhibidora de la monoaminooxidasa (IMAO).

La Psychotria viridis contiene N,N-dimetiltriptamina (DMT).

Los efectos habituales incluyen: alucinaciones, disociación, alteración del estado de ánimo y cambio de percepción. Los efectos adversos consisten: náuseas, vómitos, hipertensión y taquicardia e incluso muerte.

Entre los usos ilegales en las sociedades occidentales están su administración con fines de anulación de la voluntad y captación de individuos para sectas.

Por todo ello, informamos que su consumo de preparados de estas plantas puede ocasionar grave daño a la salud.

A continuación se cita la bibliografía en la que está basado todo lo aquí manifestado:

[.....]”.

En el **artículo 1 del Convenio de 1971** se señala que por **“sustancia sicotrópica”** se entiende *“cualquier sustancia, natural o sintética, o cualquier material natural de la Lista I, II, III o IV”*; y que por **“preparado”** se entiende *“toda solución o mezcla, en cualquier estado físico, que contenga una o más sustancias psicotrópicas”* o *“una o más sustancias sicotrópicas en forma dosificada”*.

Por otra parte, del **artículo 3 del Convenio de 1971** se desprende que todo **“preparado”** que contenga una sustancia sicotrópica de las recogidas en la Lista I de tal instrumento internacional *“estará sujeto a las mismas medidas de fiscalización que la sustancia sicotrópica que contenga y, si contiene más de una de tales sustancias, a las medidas aplicables a la sustancia que sea objeto de la fiscalización más rigurosa”*.

Debe señalarse también que el **artículo 1 del Convenio de 1971** hace referencia a un órgano denominado **“Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes”** (en adelante, **“JIFE”**), que fue establecido en la **Convención Única de 1961 Sobre Estupefacientes** (en adelante, Convención de 1961), regulándose en esta última su composición y funciones, entre las que se encuentra la emisión de determinados informes (art. 15 de la Convención de 1961), respecto de los que se indica que serán comunicados a las “Partes” y publicados posteriormente por el Secretario General, añadiendo que posteriormente las “Partes” permitirán que se distribuyan sin limitación, de tal manera que es evidente la vocación de conocimiento general que tales informes tienen y, por tanto, su relevancia en orden a la interpretación y aclaración de las disposiciones convencionales; y en los mismos términos, en lo que se refiere a los informes de la “JIFE”, se pronuncia el artículo 18 del Convenio de 1971, añadiéndose en el artículo 19 que la “JIFE” puede adoptar determinadas medidas para asegurar la ejecución de las disposiciones de dicho texto internacional.

En este punto, debemos destacar que la defensa de la acusada esgrimió oportunamente en el plenario un **informe de la “JIFE” del año 2010** (https://www.incb.org/documents/Publications/AnnualReports/AR2010/AR_2010_Spanish.pdf), en el que figura un apartado denominado **“6. Materiales vegetales que contienen sustancias psicoactivas”**, en el que se incluyen determinados párrafos, con los números 284 al 287, que, por su relevancia e interés en orden a resolver el asunto que nos ocupa, no nos resistimos a transcribir a continuación y en lo que aquí interesa:

<<284. Muchas plantas que contienen sustancias psicoactivas con propiedades estimulantes o alucinógenas, así como preparados elaborados con esas plantas, tienen usos tradicionales en algunos países o regiones, por ejemplo, en ritos religiosos. De conformidad con la Convención de 1961 y de esa Convención enmendada por el Protocolo de 1972, las plantas que son fuente de estupefacientes, como las de cannabis, la adormidera y el arbusto de coca, están sometidas a medidas de fiscalización específicas. En cambio, aunque algunos ingredientes activos con efectos estimulantes o alucinógenos contenidos en ciertas plantas están sometidas a fiscalización en virtud del Convenio de 1971, actualmente no hay ninguna planta fiscalizada de conformidad con ese Convenio ni con la Convención de 1988. Tampoco los preparados (por ejemplo, las decocciones para consumo oral) elaborados a partir de plantas que contienen esos ingredientes activos son objeto de fiscalización internacional.

*285. Algunos ejemplos de esas plantas o materiales vegetales son el khat (Catha edulis), cuyos ingredientes activos catinona y catina están incluidos en las Listas I y III del Convenio de 1971; **la ayahuasca** (el resalte es nuestro), un preparado de plantas originarias de la cuenca del Amazonas, principalmente la Banisteriopsis caapi (una enredadera de la selva) y otra planta rica en triptamina (Psychotria viridis) que contiene varios alcaloides psicoactivos como la **DMT** (el resalte es nuestro); [...].*

286. La Junta advierte un interés cada vez mayor en el consumo recreativo de esos materiales vegetales. Además las plantas de los que se extraen a menudo también se utilizan fuera de su contexto socioeconómico original para explotar a los drogodependientes. Dado que se pueden transportar rápidamente por vía aérea hacia cualquier país del mundo, el consumo de esas plantas o de los preparados elaborados a

partir de ellas ya no se limita a las regiones donde crecen las plantas, ni a las comunidades que los han consumido tradicionalmente. **Los posibles consumidores vienen utilizando la Internet para informarse** directamente de las propiedades estimulantes o alucinógenas de algunos de esos materiales vegetales, **del hecho de que no están sometidos a fiscalización internacional y de los sitios web donde pueden adquirirlos** (los resaltes son nuestros). El resultado ha sido que en muchos países se ha advertido un aumento del comercio, el consumo y el abuso de esos materiales. [...].

287. La Junta observa que, en vista de los riesgos para la salud que conlleva el uso indebido de ese material vegetal, algunos gobiernos han sometido a fiscalización nacional determinados tipos de esos materiales y preparados vegetales. La Junta recomienda a los gobiernos que todavía no lo hayan hecho, y que hayan experimentado problemas con personas que practican el consumo recreativo o el tráfico de esos materiales vegetales, que se mantengan vigilantes (pues los riesgos asociados con ese consumo pueden aumentar) y que notifiquen a la Junta y a la OMS esos problemas. La Junta recomienda también que los gobiernos consideren la posibilidad de fiscalizar esos materiales a nivel nacional, si la situación lo requiere>>.

En similares términos volvió a pronunciarse la “JIFE” en un informe del año 2012 (https://www.incb.org/documents/Publications/AnnualReports/AR2012/AR_2012_S.pdf), en el que, bajo la aún más explícita rúbrica de **“6. Materias vegetales no sometidas a fiscalización internacional que contienen sustancias psicoactivas”** y haciendo expresa referencia a su anterior informe del año 2010, se recogen determinados párrafos con los números 328 al 334, que, por su relevancia e interés en orden a resolver el asunto que nos ocupa, no nos resistimos a transcribir –al menos parcialmente– a continuación:

<<328. La utilización de preparados de origen vegetal no sometidos a fiscalización internacional que contienen ingredientes psicoactivos naturales suele formar parte de los ritos y ceremonias religiosas indígenas tradicionales, así como de su medicina tradicional. Las plantas o partes de plantas utilizadas para esos preparados pueden ser el khat (*Catha edulis*) de África oriental y la península arábiga;

la **ayahuasca** (el resalte es nuestro), bebida hecha con plantas originarias de la cuenca del Amazonas de América del Sur, las principales, una enredadera de la selva (*Banisteriopsis capii*) y otra planta rica en triptamina (*Psychotria viridis*), que contiene varios alcaloides psicoactivos, entre ellos **DMT** (el resalte es nuestro); [...].

329. En su informe anual correspondiente a 2010 (párrafos 284 a 287) la Junta señaló algunos de los problemas relacionados con el uso de esas materias vegetales al margen de su contexto socioeconómico original. Desde entonces se ha observado un interés cada vez mayor por el uso de esas materias vegetales con fines recreativos, posiblemente impulsado por la **falta de claridad con respecto a la situación de las plantas en materia de fiscalización nacional o internacional** (el resalte es nuestro). En la actualidad no hay ninguna planta, ni siquiera las que contienen ingredientes psicoactivos, que esté sujeta a fiscalización con arreglo al Convenio de 1971, aunque en algunos casos los ingredientes activos que contienen pueden estar sometidos a fiscalización internacional. Por ejemplo, **la catina y la DMT son sustancias sicotrópicas incluidas en la Lista I del Convenio de 1971, en tanto que las plantas y los preparados de origen vegetal que las contienen, a saber, el khat y la ayahuasca, respectivamente, no están sujetos a restricción ni medida de fiscalización alguna** (el resalte es nuestro). Al parecer, las redes de narcotraficantes y los comercios minoristas en línea aprovechan esa situación, lo que ha provocado el aumento del comercio, el consumo y el uso indebido de esas materias vegetales en muchos países.

330. La **facilidad con que pueden conseguirse esas materias vegetales por conducto de la Internet** (el resalte es nuestro) quedó demostrada en la encuesta de 2011 del OEDT sobre la oferta en línea de nuevas sustancias psicoactivas en la Unión Europea. Según esa encuesta, las nuevas sustancias psicoactivas obtenidas a partir de productos naturales que más se venden en Europa son el “kratom”, la *Salvia divinorum*, la **ayahuasca** (el resalte es nuestro) y los hongos alucinógenos.

331. La Junta también observa la **popularidad cada vez mayor de prácticas que tienen presuntas connotaciones espirituales, como el “turismo espiritual”, y que sirven para encubrir el consumo de sustancias psicoactivas de origen vegetal** (el resalte es nuestro). En varios centros de todo el mundo se ofrecen “viajes iniciáticos”

con la presencia y asistencia de un chamán. Algunas agencias de viajes en línea ofrecen “viajes iniciáticos” “supervisados” por chamanes, pese a que esos actos suelen estar totalmente al margen del contexto sociocultural que ellos afirman representar. Las prácticas chamánicas aplicadas durante esos viajes iniciáticos, entre ellos el trance, los éxtasis, las alucinaciones y la adivinación, se ejercitan principalmente ingiriendo preparados de materias vegetales que contienen sustancias psicoactivas mencionadas anteriormente.

[.....]

334. La Junta reitera su recomendación a los gobiernos de los países en que esas materias vegetales pueden ser objeto de uso indebido y de tráfico, en el sentido de que sigan atentos a todo lo que ocurra, y les recomienda también que adopten medidas apropiadas a nivel nacional cuando la situación así lo exija>>.

La Sala no tiene conocimiento de ningún otro informe posterior de la “JIFE” que haya variado el criterio mantenido en los informes de 2010 y 2012 sobre la inexistencia de fiscalización internacional de la ayahuasca.

En base a lo que hemos expuesto hasta este momento, puede afirmarse que nos encontramos ante serias dificultades para entender que la sustancia que la acusada tenía en su poder, es decir, la ayahuasca, resulte comprendida en el tipo del artículo 368 del Código Penal. En este sentido, es cierto que, en principio, de una interpretación sistemática de lo dispuesto en los artículos 1 y 3 del Convenio de 1971 parece desprenderse que la ayahuasca sí estaría sujeta a fiscalización internacional, toda vez que cabría atribuirle la condición de “preparado”, entendido como *“toda solución o mezcla, en cualquier estado físico, que contenga una o más sustancias sicotrópicas”*, en la medida en que parece ser una mezcla que contiene DMT, siendo esta última una de las sustancias sicotrópicas recogidas en la Lista I del citado convenio y que está sometida a fiscalización internacional, por lo que estaría sometido a esa misma fiscalización el “preparado”; pero no es menos cierto que un órgano creado por la Convención de 1961, como lo es la “JIFE”, al que atribuyen determinadas funciones la citada convención y el Convenio de 1971, afirma, al menos en dos de sus informes –los de los años 2010 y 2012–, de forma rotunda, que la ayahuasca no está sujeta a fiscalización internacional según el Convenio de 1971, pareciendo obvio que dicho

órgano –por la cualificación técnica de al menos parte de sus miembros y por ser los propios convenios internacionales referidos la fuente de su creación, composición y funciones– ha de considerarse un intérprete cualificado de las determinaciones de los referidos textos internacionales, máxime en una materia tan técnica como la que nos ocupa.

En este sentido, el contenido de tales informes genera a este Tribunal, cuando menos, una potente y razonable duda sobre la procedencia de entender que en el concepto de sustancia psicotrópica manejado por el tipo del artículo 368 del Código Penal pueda entenderse comprendida la ayahuasca, aunque en su composición exista un pequeño porcentaje de DMT, que sí que es, indudablemente, una sustancia sometida a fiscalización internacional.

No parece haberse clarificado la situación desde la emisión de aquellos dos informes de los años 2010 y 2012, a la vista de los datos que se desprenden de las actuaciones, debiendo destacarse que obra unida al atestado una respuesta de la Fiscalía Especial Antidroga al Subdirector de Operaciones de la Dirección Adjunta de Vigilancia Aduanera, de fecha 23 de abril de 2018, en la que se indica que la ayahuasca no se encuentra fiscalizada como sustancia estupefaciente o psicotrópica en las listas internacionales de las Convenciones de Naciones Unidas, aunque se trate de un producto que sí contiene una pequeña concentración de sustancias incluidas en dichas listas, añadiéndose en ella que la jurisprudencia viene absolviendo a los portadores de tales sustancias (folio 12 y 13).

Por otra parte, que la sustancia intervenida a la acusada era, precisamente, ayahuasca se desprende también de la comunicación dirigida por el Director del Laboratorio Central al Jefe de la Unidad de Análisis de Riesgo del Servicio de Vigilancia Aduanera de 21 de junio de 2022 (folio 10), en el que se describe la referida sustancia como un producto en forma de pasta, de color oscuro, añadiendo que la muestra analizada presentaba las características analíticas de una infusión o extracto de plantas, conteniendo sustancias psicoactivas, conocida como ayahuasca, añadiendo que entre las sustancias presentes en la muestra se detectó la presencia de Dimetiltriptamina, DMT, tratándose esta última de una sustancia incluida en la Lista I del Convenio de 1971 (folio 10); y esta viene a ser, igualmente, la conclusión obtenida en el informe del Instituto Nacional de Toxicología de 15 de marzo de 2023 (folios 66 al 71), al que

anteriormente hicimos referencia, en el que también se hace referencia a una sustancia pastosa de color marrón, se indica que la sustancia contenía un 0,2% de N,N-dimetiltriptamina (DMT) y se incluye una explicación sobre lo que es la ayahuasca.

Respecto de este último informe, debemos señalar que la ratificación del mismo en el acto del juicio por parte de la Jefa de Servicio de Drogas identificada como C.I. N° 356 lo máximo que permite a la Sala es obtener la convicción de que, en efecto, la sustancia intervenida a la acusada era ayahuasca y que esta última contenía el antes referido porcentaje de DMT, que es una sustancia incluida en la Lista I del Convenio de 1972, pero no ha servido para llevar a la convicción de la Sala que la ayahuasca en sí pueda considerarse una sustancia sujeta a fiscalización internacional, lo que, por lo demás, es una cuestión de apreciación jurídica, a la vista del texto del Convenio de 1971 y que, como hemos visto, es conclusión que rechazan abiertamente los informes del “JIFE” de 2010 y 2012 antes referidos. Y de ello se sigue que tampoco puede ofrecernos convicción alguna el informe adicional que la perito aportó en el plenario, en relación con la DMT, sobre cantidades de dosis mínima psicoactiva, previsión de consumo en gramos por parte de un adicto, consumo diario máximo, dosis media y dosis habitual más alta, no sólo porque partimos, de conformidad con la “JIFE”, de que la ayahuasca no es sustancia sometida a fiscalización internacional, sino porque la perito ha partido, para la elaboración de dicho informe, de los criterios elaborados en su día por el Instituto Nacional de Toxicología para otro tipo de sustancias y que dieron lugar al conocido Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo sobre determinación de cantidades referidas a esas otras sustancias.

Abundando en lo que acabamos de indicar, debe resaltarse que en ese informe adicional aportado por la perito en el plenario se viene a reconocer que la elaboración de aquel otro informe realizado en su día por el Instituto Nacional de Toxicología tenía como fundamento una amplia base de estudios científicos sobre esas otras sustancias y que, en cambio, la introducción en la sociedad, en la actualidad, de nuevas sustancias psicoactivas o drogas emergentes sin autorización sanitaria y de las que no se dispone de datos experimentales ni toxicológicos impide poder determinar no sólo la dosis mínima psicoactiva, sino también las dosis habituales de consumo, por desconocerse incluso los patrones de consumo.

En definitiva, ese informe ampliatorio aportado y explicado en el acto del juicio por la perito no nos ha ofrecido convicción sobre la correcta determinación de las dosis

de consumos que en él se recogen y que la perito parece haber realizado extrapolando los criterios que aquel informe del Instituto Nacional de Toxicología incluyó en relación con sustancias diferentes y profundamente estudiadas desde un punto de vista científico.

Finalmente, tampoco la ayahuasca ha sido objeto de fiscalización a nivel nacional, pues la existencia de tal fiscalización no cabe extraerla del Real Decreto 2829/1977, de 6 de octubre, por el que se regulan las sustancias y preparados medicinales psicotrópicos, así como la fiscalización e inspección de su fabricación, distribución, prescripción y dispensación, ni tampoco cabe extraerla de las actualizaciones posteriores de sustancias que se han venido realizando en posteriores órdenes del Ministerio de Sanidad.

Lo que se desprende del citado Real Decreto es que queda prohibido el uso, la fabricación, importación, exportación, tránsito, comercio, distribución y tenencia, así como la inclusión en todo preparado, de las sustancias incluidas en la Lista I, entre las que se incluye la sustancia conocida como DMT, pero es necesario destacar que el concepto de “preparado” que se incluye en ese Real Decreto no coincide con el recogido en el Convenio de 1971, pues en el Real Decreto se identifican los “preparados” con “especialidades farmacéuticas o fórmulas magistrales”, sin que, por tanto, la ayahuasca pueda incluirse en el concepto de “preparado” que el citado Real Decreto maneja.

A lo expuesto debe añadirse que el único testigo que declaró en el acto del juicio, que fue el Agente del Servicio de Vigilancia Aduanera número 56968, tras explicar que se detectó el paquete que iba destinado a la acusada, procedente de Perú, manifestó que en este caso no se hizo entrega controlada porque había una orden de la Fiscalía Especial Antidroga de que en los supuestos de interceptación de ayahuasca no se detuviera a las personas portadoras de dicha sustancia, porque en casos similares tales personas no estaban siendo condenadas por los órganos judiciales, añadiendo que tal sustancia no está sometida a fiscalización internacional ni nacional y que por eso ni siquiera se detuvo a la acusada.

Este mismo agente explicó que él realizó la tasación de la sustancia (folio 63), sin que tampoco ese informe resulte fiable, a la vista de las explicaciones ofrecidas por el testigo, que manifestó que valoraron la sustancia en la forma que consta en ese informe, reconociendo que no disponían de tablas para ello, como sí ocurría en el caso

de otras sustancias, y que la valoraron como si fuese un fármaco, aunque la sustancia no lo sea, añadiendo que ellos hicieron la valoración como pudieron y que tampoco son expertos y nunca antes habían valorado ayahuasca.

Como conclusión de todo lo expuesto debemos señalar que entendemos que la ayahuasca, que es la sustancia que se intervino a la acusada, no está sujeta a fiscalización internacional ni nacional y que, por tanto, la conducta de la acusada es penalmente atípica, teniendo en cuenta que el tipo penal del artículo 368 ha sido considerado por la jurisprudencia como una norma penal en blanco –si se prefiere, una norma con elementos normativos de necesaria integración extrapenal–, que, por tanto, no alberga un concepto propio o autónomo de sustancia psicotrópica, sino que tal concepto ha de integrarse por medio de la normativa extrapenal a la que venimos aludiendo, pudiendo citarse, a este respecto y por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2013 (STS nº 713/2013).

SEGUNDO. Lo expuesto en el precedente ordinal sería ya suficiente para la absolución de la acusada, pero es que, además, existen razones adicionales para ello, pues de la prueba practicada no se desprende tampoco la presencia de un elemento típico esencial, como lo es el destino de la sustancia al tráfico ilícito, que no puede entenderse acreditado, en modo alguno, pues, de un lado, la acusada ofreció en el plenario una explicación sobre su vinculación con la sustancia intervenida que resulta razonable a la vista de los usos que se atribuyen a la ayahuasca en los dos informes de la “JIFE” de 2010 y 2012 a los que antes hicimos referencia, como puede verse en la parte que hemos transcrito de los mismos en el precedente ordinal, al que nos remitimos a estos efectos.

En este sentido, la acusada manifestó que ella iba a recibir el paquete con la sustancia procedente de Perú y que sabía que su contenido era ayahuasca, explicando que hace tiempo que estuvo en dos “retiros” de ayahuasca, porque los vio anunciados y tenía amigas que le habían dicho que a ellas les había ido bien para procesos de ansiedad, añadiendo que ella se encontraba en uno de esos procesos y que decidió probar, porque no quería tomar ansiolíticos, ya que no le sientan bien y generan resistencia, y que a partir de entonces ha estado tomando la sustancia.

Manifestó también la acusada que los “retiros” son una ceremonia en la que se realiza la toma de ayahuasca durante un fin de semana y que a ella le fueron muy bien esos “retiros”, afirmando que una persona de uno de ellos le dio la dirección de unos señores a los que podía pedir la ayahuasca para que se la remitieran a su domicilio, ya que los “retiros” eran caros y ella prefería tener la sustancia en casa para tomarla cuando le hiciese falta, añadiendo también la acusada que la sustancia que iba a recibir era para su consumo personal y no para distribuirla a terceros y que jamás se le ocurrió pensar que la ayahuasca fuese una sustancia ilícita, estando convencida de que no está prohibida.

Finalmente, manifestó que compró la sustancia enviando doscientos euros, a través de un locutorio, al contacto que tenía para la adquisición de la ayahuasca, así como que pidió un poco más de cantidad de la habitual porque era una sustancia que tomaba habitualmente en ese momento, porque tenía problemas familiares y le servía para tranquilizarse, y que, además, le salía un poco más barata si pedía más cantidad.

En definitiva, todo parece indicar que la acusada iba a destinar la sustancia a su propio consumo, sin que tampoco dispongamos de una información suficientemente precisa y fiable en relación con las cantidades que pudieran considerarse como destinadas al autoconsumo en el caso de esta sustancia, por lo que ni siquiera podemos afirmar, con la necesaria seguridad, que la cantidad de ayahuasca intervenida fuese tan elevada que no resulte razonable sostener que su tenencia fuese destinada exclusivamente al consumo personal de la acusada.

Lo expuesto impide sostener, con la seguridad que requiere la enervación del derecho a la presunción de inocencia, que la acusada fuese a destinar la sustancia intervenida al tráfico ilícito y no a su consumo personal, por lo que, aun en el caso de que la ayahuasca sí se considerase una sustancia sujeta a fiscalización, no podría entenderse acreditada la concurrencia de los elementos típicos del delito contra la salud pública, contemplado en el artículo 368 del Código Penal, por el que formula acusación el Ministerio Fiscal, lo que ha de conducir, también por esta razón, a que la acusada sea absuelta de dicho delito, en respeto de su derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

TERCERO. A lo expuesto en los precedentes ordinales aún debe añadirse un argumento más que también conduce necesariamente a la absolución de la acusada, cual

es que la Sala considera que, incluso en el caso de que se entendiese que su conducta es penalmente típica, concurriría, en el supuesto que nos ocupa, un error invencible de prohibición, contemplado en el artículo 14.3 del Código Penal, pues concurren circunstancias del suficiente peso como para considerar que es razonable pensar que la acusada estaba convencida de estar obrando lícitamente.

En este sentido, debe destacarse que incluso los informes de un órgano tan cualificado como la “JIFE” de los años 2010 y 2012 han venido sosteniendo que la ayahuasca es una sustancia que no está sometida a fiscalización internacional, lo que también ha sido afirmado por la Fiscalía Especial Antidroga en su informe de 23 de abril de 2018, como antes señalábamos, debiendo destacarse la publicidad general de la que están dotados los referidos informes de la “JIFE”, a los que se puede acceder fácilmente a través de internet. Y la situación no parece haber variado desde entonces, hasta el punto de que no nos consta que la “JIFE” haya modificado el criterio que expuso en tales informes, debiendo destacarse también que incluso el Agente del Servicio de Vigilancia Aduanera número 56968, que declaró en el acto del juicio, afirmó, con pleno convencimiento, que la ayahuasca no está sometida a fiscalización internacional ni nacional y que por eso ni siquiera se detuvo a la acusada.

En base a todo ello se comprenderá que difícilmente puede albergarse duda alguna sobre el hecho de que la acusada estaba en la absoluta creencia de que la ayahuasca no era una sustancia prohibida y que estaba actuando lícitamente, al menos desde el punto de vista penal, que es el que nos interesa en este momento, de tal manera que incluso en el caso de que se hubiese considerado que su conducta fue penalmente típica, estaría excluida su culpabilidad en virtud de un error invencible de prohibición.

CUARTO. Por todo lo expuesto en los precedentes ordinales, procede absolver a la acusada, XXXXXXXXXXXXXXXX, del delito contra la salud pública del que era acusada por el Ministerio Fiscal.

Procede dar a la sustancia intervenida el destino que proceda, en atención a lo que disponga la normativa administrativa que resulte aplicable.

QUINTO. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 239 y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede declarar de oficio las costas procesales causadas.

SEXTO. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 846 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, contra la presente sentencia cabe interponer recurso de apelación, del que conocerá la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de conformidad con lo dispuesto en el precepto citado, en relación con los artículos 790, 791 y 792 de dicha Ley.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que **DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS** a la acusada, **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, del delito contra la salud pública del que venía siendo acusada por el Ministerio Fiscal, declarando de oficio las costas procesales causadas.

Dese a la sustancia intervenida el destino que proceda, en atención a lo que disponga la normativa administrativa que resulte aplicable.

Contra la presente sentencia cabe interponer recurso de apelación, del que conocerá la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que deberá interponerse, en forma legal, dentro de los diez días siguientes al de su notificación.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.