

Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Domicilio: C/ General Castaños, 1 - 28004

Teléfono: 914934850,914934750

31053860

NIG: 28.079.00.1-2025/0005056

Procedimiento Asunto Penal 26/2025, Recurso de Apelación 24/2025

Materia: Contra la salud pública

Apelante: MINISTERIO FISCAL

Apelado: Dña. PALOMA XXXXXXXX XXXXXXXX

PROCURADOR D. JAVIER CALVO-FERNÁNDEZ FIERROS

SENTENCIA Nº 316/2025

ILMA. SRA. PRESIDENTA:

Dña. MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ DUPLÁ

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. MATÍAS MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA

Dña. MARÍA TERESA CHACÓN ALONSO

En Madrid, a diez de julio de dos mil veinticinco.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - La Sección 29ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictó en el Procedimiento Ordinario 186/2023, sentencia de fecha 17/06/2024, en la que se declara probados los siguientes hechos:

“ÚNICO. La acusada, Paloma XXXXXXXX XXXXXXXX, nacida el 15 de agosto de 1961, con DNI XXXXXXXG 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.”

SEGUNDO. - La referida sentencia contiene el siguiente pronunciamiento en su parte dispositiva:

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

TERCERO. - Notificada la misma, interpuso contra ella recurso de apelación el Ministerio Fiscal, recurso impugnado por Paloma XXXXXXXX XXXXXXXX interesando la íntegra confirmación de la resolución recaída en la primera instancia.

CUARTO. - Admitido el recurso en ambos efectos y tramitado de acuerdo con lo dispuesto en el vigente artículo 790, al que remite el artículo

846 ter, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se elevaron las actuaciones a esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia.

QUINTO. - Una vez recibidos los autos en este Tribunal, en diligencia de ordenación se acordó formar el oportuno rollo, se designó Magistrada ponente, y se acordó señalar para el inicio de la deliberación de la causa el 8/7/2025.

Es ponente la Ilma. D^a. MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ DUPLÁ, quien expresa el parecer unánime del Tribunal.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO. - Se acepta los de la resolución impugnada.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. - Se acepta los de la resolución impugnada en cuanto no se oponga a los siguientes.

SEGUNDO. - La sentencia de primer grado jurisdiccional absolvió a Paloma XXXXXXXX XXXXXXXX del delito contra la salud pública atribuido por el Ministerio Fiscal en base a hechos consistentes en la importación de 1693,120 gramos de ayahuasca en cuya composición había un 0.2% de N, N - dimetiltriptamina – DMT-, ascendiendo a 2,7 gramos su cantidad, sustancia que el factum dice estaba destinada al propio consumo.

El Ministerio Fiscal denuncia infracción de ley por inaplicación del artículo 368 del Código Penal y apreciación de la prueba arbitraria y opuesta

a los principios del artículo 24 de la Constitución española por estimar el tribunal que la sustancia incautada era para consumo de la Sra. XXXXXXXX.

Postula el Ministerio Público que se anule la resolución apelada devolviendo las actuaciones a la Sala de origen para que dicte “nueva sentencia con aplicación del art. 368 Código Penal”.

TERCERO. - 1. Conforme resulta de los artículos 790.2 y 792 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo respecto a la posibilidad de revocación de sentencias absolutorias, ésta se reduce a dos supuestos, con distinto alcance: a través del motivo de infracción de Ley – con intervención de la defensa técnica pero sin audiencia personal del reo -, revisión que se concreta en la corrección de errores de subsunción a partir de los elementos fácticos reflejados en el relato de hechos probados, sin nueva valoración de la prueba, incluyendo los errores que afecten a la interpretación de la naturaleza y concurrencia de elementos subjetivos del tipo cuando se efectúe desde una perspectiva jurídica; y por otro lado cuando 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, con vulneración de los artículos 24.1, 9.3 y 120.3 de la Constitución española en su vertiente de obtener una respuesta razonable con proscripción de toda arbitrariedad.

En suma, como advierte la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2019, en el caso de que los hechos probados de la resolución recurrida no permitan revertir por meras consideraciones jurídicas el signo del fallo, la única posibilidad con que cuentan las acusaciones para impugnar el juicio absolutorio a que llegaron los juzgadores de la instancia, reside en

invocar el derecho a la tutela judicial efectiva, de tal modo que únicamente partiendo de un razonamiento arbitrario, ilógico, irrazonable, absurdo o incoherente, o una gravísima omisión de prueba practicada y de signo inculpatario, puede llegarse a declarar la vulneración de tal derecho constitucional, que igualmente cabe expresar ex artículos 24.1, 9.3 y 120 de la Constitución española como vulneración del derecho a obtener una respuesta razonable con proscripción de toda arbitrariedad de los poderes públicos.

2. Es este último supuesto el que invoca el apelante, aún anunciando su recurso por error iuris, ante la evidencia de que el factum no permite la condena dada la categórica afirmación de que la acusada iba a destinar la ayahuasca intervenida a su propio consumo. De ahí que impugne la valoración probatoria tachándola de arbitraria, si bien no postula la nulidad de la sentencia y devolución de la causa al tribunal de origen para que dicte nueva resolución tras oportuna motivación fáctica sino que se pretende “nueva sentencia con aplicación del art. 368 Código Penal”.

Nuestra tarea se ciñe ahora a comprobar la fundamentación y solidez de la resolución de instancia en sus vertientes fáctica y jurídica.

3. En el presente supuesto la sentencia impugnada desarrolla una extensa motivación analizando las pruebas practicadas y su valor convictivo, entre ellas la declaración de la Sra. XXXXXXXX, el testimonio del agente del Servicio de Vigilancia Aduanera nº 56968 y la pericial evacuada por ese mismo funcionario y por la facultativa con carnet nº 356, Jefa del Servicio de Drogas del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, cuyo dictamen desoye la Sala.

Es este el momento de recordar que conforme a doctrina de la que son representativas las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2007, 10 de septiembre de 2009 y 14 de septiembre de 2016, el fin de la prueba pericial no es otro que el de ilustrar al órgano judicial para que éste pueda conocer o apreciar aspectos del hecho enjuiciado que exijan o hagan convenientes conocimientos científicos o artísticos – art. 456 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal -, en tanto el perito es un auxiliar en el ejercicio de la función jurisdiccional, pero no alguien cuyo criterio deba imponerse a quienes asumen la tarea decisoria, pues no desplaza la capacidad del órgano judicial para decidir la concurrencia de los elementos del tipo y para proclamar o negar la autoría del imputado.

Por lo demás, no hay atisbo de arbitrariedad, injusticia o caprichosa decisión no fundamentada, conforme explicaremos.

CUARTO. - 1. Por su relación con lo discutido hemos de recordar que la ayahuasca o yagé es una decocción elaborada combinando *Banisteriopsis caapi* y una segunda planta que contiene la molécula DMT – *Psychotria viridis*, *Psychotria carthagenensis* o *Diplopterys cabrerana* -. Aunque la ayahuasca con tal denominación no es sustancia fiscalizada en España contiene DMT, elemento incluido en el Convenio sobre sustancias psicotrópicas hecho en Viena el 21 de febrero de 1971, anexo I, y en el RD 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. Hemos de añadir que la *Banisteriopsis caapi*, contenida en la poción, figuraba en el anexo de la orden 510/190/2004, de 28 de enero, por la que se estableció la lista de plantas cuya venta al público quedaba prohibida o restringida por razón de

su toxicidad, orden que desarrolló el artículo 42 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, norma que sin embargo fue anulada por sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de junio de 2005 que más tarde confirmó el Tribunal Supremo.

2. El artículo 1 del Convenio de 1971 establece que por “sustancia psicotrópica” se entiende cualquier sustancia natural o sintética, o 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 en forma dosificada, y su artículo 3, relativo a los preparados y su fiscalización, parte de que, salvo lo dispuesto por el precepto, todo preparado estará sujeto a las mismas medidas de fiscalización que la sustancia psicotrópica que contenga y, si contiene más de una de tales sustancias, a las medidas aplicables a la sustancia que sea objeto de fiscalización más rigurosa.

Ninguna duda cabe del compromiso adquirido por España de aplicar la legalidad internacional en esta materia; pero su creador ha proporcionado un mecanismo de interpretación cualificada, tanto de las obligaciones asumidas en virtud del Convenio como de las sustancias incluidas en sus listas, a través de los informes anuales de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes, cuya responsabilidad es dar apoyo y ejercer vigilancia sobre el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los suscriptores de los acuerdos internacionales de fiscalización.

La Sala de instancia menciona dos informes de la JIFE - Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes – órgano establecido en la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, entre cuyas funciones está la emisión de informes, su puesta en conocimiento de las partes y publicación, órgano asimismo mencionado en el artículo 18 del Convenio de

1971, y estima la Sala relevantes esos dictámenes en orden a la interpretación y aclaración de las disposiciones convencionales.

El Informe Anual de 2010 parece concluir – vid. sus párrafos 284 y siguientes – que ninguna planta ni materiales vegetales, ni sus preparados, está fiscalizada según el Convenio ni la Convención de 1988, y entre los ejemplos cita *“la ayahuasca, 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...”* y en parecidos términos se pronuncia el informe del año 2012, a propósito de las materias vegetales no sometidas a fiscalización internacional que contienen sustancias psicoactivas, entre ellas la ayahuasca, indicando expresamente que no están sometidos a fiscalización internacional los preparados que contienen esos ingredientes, para más adelante insistir en la falta de claridad respecto a la situación de las plantas en materia de fiscalización nacional o internacional, invocando como ejemplo que *“... 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...”*.

3. Compartimos el criterio del tribunal de instancia cuando subraya la dificultad existente para aceptar que la ayahuasca esté comprendida en el artículo 368 del Código Penal, pues si bien una interpretación sistemática de lo dispuesto en los artículos 1 y 3 del Convenio de 1971 invita a concluir que esa sustancia es objeto de fiscalización internacional, como “preparado”, por contener DMT, la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes en los meritados informes lo niega reiteradamente, ello a

mayores del criterio también muy cualificado de la Fiscalía Especial Antidroga, expresado en el año 2018 en una respuesta al Subdirector de Operaciones de la Dirección Adjunta de Vigilancia Aduanera, que reconoce la falta de fiscalización de la ayahuasca como sustancia estupefaciente aunque se trata de un producto que sí contiene una pequeña concentración de sustancia incluida en las listas internacionales.

Tiene interés recordar que el artículo 368 del Código Penal es mayoritariamente considerado como normal penal en blanco, de necesaria integración extrapenal, y que no alberga un concepto propio o autónomo de sustancia psicotrópica, sino que la noción ha de alcanzarse por medio de normativa extrapenal, lo que dificulta estimar la conducta objeto de enjuiciamiento incardinable en el tipo penal.

En efecto, el auto del Tribunal Supremo de fecha 31 de mayo de 2018 con invocación de anterior doctrina de la Sala establece: *“la jurisprudencia de esta Sala ha considerado que el concepto de droga o sustancia estupefaciente, cuyo tráfico y distribución y favorecimiento a su uso proscribire el artículo 368 del Código Penal, se determina por remisión a lo que, al respecto, digan los Convenios Internacionales, suscritos por España e incorporados a su derecho interno, y en el caso, el Convenio de Viena de 1971. Así, la sentencia de esta Sala número 713/2013, de 24 de septiembre, establecía que “nuestro sistema jurídico no ofrece un concepto jurídico penal de droga y sigue un criterio enumerativo por remisión a los Convenios Internacionales suscritos por España y publicados en el Boletín Oficial del Estado - artículo 96 de la Constitución - utilizando el sistema de listas o la determinación por Orden Ministerial del Departamento de Sanidad y Consumo que califica una concreta sustancia de psicotrópica o estupefaciente (STS 378/2006 de 31 de marzo). Por ello la norma del*

artículo 368 del Código Penal ha de integrarse por remisión a esas disposiciones extrapenales[...]"

Igualmente, en lo que se refiere a la distinción de las sustancias que causan grave daño a la salud y las que no lo causan, la pauta general es la de remitirse a lo que se determina en los Protocolos internacionales al uso, e indica así, la sentencia de esta Sala número 1486/1999, de 29 de junio, como criterios determinantes: el grado de dependencia que causa, sus efectos en el organismo, el número de fallecimientos causados y el grado de tolerancia. Se trata, en definitiva, de una norma penal en blanco que completa sus elementos por remisión a otro tipo de normas, ya sean internacionales, como es el caso, o reglamentarias, y cuya validez con la Constitución ha sido expresamente reconocida en numerosas ocasiones”.

Aunque otras resoluciones, v.gr. STS de 26 de abril de 2011 circunscriben la técnica legislativa aplicada al recurso a un concepto normativo, postura que nos coloca en idéntica situación.

QUINTO. - 1. En otro orden de cosas no es baladí la observación del tribunal acerca del destino de la sustancia intervenida. En efecto, el destino al propio consumo no es una excepción que deba acreditar la acusada, sino que, al integrar el destino al tráfico un elemento del tipo delictivo, debe ser acreditado por la Acusación, bien por prueba directa bien a través de prueba indiciaria, mediante el llamado juicio de inferencia.

Es premisa de una posible atipicidad de la tenencia el hecho de que quien lo oponga sea consumidor, aunque ciertamente esa condición no excluye de manera absoluta el destino al tráfico, y entran en escena otras circunstancias, singularmente la cantidad de droga ocupada - sin que exista, claro está, acto alguno de transmisión a terceros que cualifique como tráfico la conducta – y para medirla cumple atender a criterios orientativos basados

en la experiencia, que permiten conocer extremos tales como el consumo medio de cada tipo de droga y el alcance de la provisión para evitar desabastecimiento propio, más otras circunstancias concurrentes, aspectos sobre los cuales cabe atender a datos que faciliten organismos especializados, como es el Instituto Nacional de Toxicología, cuyos criterios asumió el Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2001, aunque, desde luego, el destino al tráfico puede ser inferido aunque la cantidad ocupada no supere el baremo orientativo en función de otros signos, entre los que la Jurisprudencia cita las modalidades de posesión, lugar de ocupación de la sustancia, tenencia de instrumentos propios del tráfico, clase y variedad de la droga, distribución en unidades aptas para la venta, capacidad adquisitiva en relación con el valor de la misma, hallazgo de sumas de dinero cuyo origen no se justifique etc vertiente sobre la que se ha forjado una profusa doctrina jurisprudencial – por todas, SSTs de 21 de diciembre de 2011, 12 de junio de 2012 y 6 de octubre de 2016 -. En ningún caso, y esto es crucial en el presente supuesto, cabe estimar que la detentación de una cierta cantidad de sustancia tóxica evidencie, sin más, el destino al tráfico, tal entendimiento supondría en realidad una modificación del tipo objetivo del delito, en tanto la ley incrimina la tenencia para el tráfico, no la tenencia de una determinada cantidad, y el destino al tráfico es un elemento del tipo que debe quedar tan acreditado como los restantes.

2. En el caso de autos la acusada siempre ha sostenido que encargó la sustancia para consumo propio y atribuye a la ayahuasca virtualidad ansiolítica, comprobada por la asistencia a “retiros” en que se ingiere en ceremonia, y justificó las razones, compartibles o no, sobre los beneficios

del consumo y el motivo de haber adquirido la susodicha cantidad para que abaratase el precio, que totalizó 200 euros.

3. El Ministerio Fiscal invoca el dictamen evacuado en el plenario por la perito del Instituto Nacional de Toxicología, en que concluye que esta sustancia está fiscalizada, e incluso aporta un informe adicional – elaborado en otro procedimiento relativo a la misma sustancia – revelador de su composición y condición de sustancia psicotrópica, llegando a establecer las cantidades estimables dosis máxima diaria de consumo de DMT – 0,1 gramos -, de donde colige la Acusación Pública que a partir de 0,5 gramos debe presuponerse orientada el tráfico, cantidad muy alejada de los 2,7 gramos de DMT encontrados en el paquete que encargó la acusada.

4. No cabe atender categóricamente a este planteamiento. Sin poner en duda la cualificación del Instituto Nacional de Toxicología, y la solvencia de sus informes, no le incumbe establecer qué sustancias se encuentran fiscalizadas, consideración jurídica, pues sus competencias como órgano técnico son las de auxilio a la Administración de Justicia y contribución a la unidad de criterio científico, a la calidad de la pericia analítica y al desarrollo de las ciencias forenses, mediante emisión de informes y dictámenes, y práctica de análisis e investigaciones toxicológicas encomendadas, mediante procesos de investigación.

No existe, por otra parte, precedente jurisprudencial que refrende las conclusiones presentadas motu proprio por el Instituto, a propósito de la dosis mínima psicoactiva, dosis de consumo diario etc, que se dice evacuado conforme a los parámetros del anterior dictamen emitido a fecha 18 de octubre de 2001 y que desembocó en el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2001. En aquella ocasión

el informe tenía como fundamento una amplia base de estudios científicos sobre esas sustancias, de la que se carece ahora, como advierte la Sala de instancia, ante drogas emergentes o nuevas sustancias psicoactivas de las que no se dispone de datos experimentales ni toxicológicos, por lo que termina el tribunal mostrando su duda sobre la correcta determinación de la dosis de consumo que refleja el informe y que la perito realizó extrapolando criterios que el primitivo informe de 2001 incluyó en relación a sustancias diferentes y profundamente estudiadas desde un punto de vista científico.

Esa misma incertidumbre se extiende al punto relativo a la cuantificación de la sustancia, pues su autor – agente con TIP 56968 – manifestó en el juicio no disponer de tablas ad hoc y haber hecho la evaluación como si fuese un fármaco, como pudieron, y reconoció no ser experto y que nunca con anterioridad había valorado ayahuasca.

5. En suma, este cúmulo de dudas por necesidad había de desembocar en una sentencia absolutoria. Ahora la declaración de nulidad pretendida sólo cabría ante una situación extrema, esperpéntica, de irracionalidad en el discurso judicial, de arbitrariedad o error patente para cualquier observador imparcial, o ante una aplicación de la presunción de inocencia disparatada o al margen de sus contornos, bajo el prisma de que la tutela judicial efectiva también corresponde a las acusaciones en cuanto al derecho a una resolución fundada, mas esa tesitura es plenamente descartable, sin que tampoco exista atisbo de arbitrariedad.

SEXTO. - En mérito a las anteriores consideraciones procede desestimar el recurso y confirmar la resolución impugnada, declarando de oficio las costas de esta alzada ex artículos 239 y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

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

FALLAMOS: que desestimando el recurso de apelación entablado por el Ministerio Fiscal, contra la sentencia de fecha 18 de noviembre de 2024, dictada por la Sección nº 4 de la Audiencia Provincial de Madrid, en el procedimiento abreviado nº 434/2024, de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, y declaramos de oficio las costas de esta alzada.

Contra la resolución que se notifica cabe recurso de casación que se preparará ante este Tribunal, en el plazo de cinco días siguientes al de la última notificación de la resolución recurrida, por escrito autorizado por Abogado y Procurador, en el que se solicitará testimonio de la resolución que se quiera recurrir y manifestará la clase o clases de recurso que trate de utilizar (arts. 855 y 856 LECr).

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

DILIGENCIA. - Seguidamente se cumple lo acordado. Doy fe.

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.