

Audiencia Provincial

de Barcelona (Sección 21ª) Sentencia de 23 mayo 2016

[JUR\2016\195738](#)

Delitos contra la salud pública. Tráfico de drogas.

Jurisdicción: Penal

Recurso de Apelación 70/2013

Ponente: Ilmo. Sr. D. María Calvo López

AUDIENCIA PROVINCIAL

BARCELONA

Sección 21ª

PROCEDIMIENTO ABREVIADO 70/13

PROCEDENCIA: DILIGENCIAS PREVIAS 2303/11- PROCEDIMIENTO ABREVIADO 136/12

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 2 de GRANOLLERS

SENTENCIA NÚM

Iltras. Sras.

Dª. MÓNICA AGUILAR ROMO

D. CARLOS ALMEIDA ESPALLARGAS

Dª. MARÍA CALVO LÓPEZ

BARCELONA, a 23 de mayo de 2016.

Vistas por esta Sala de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sec. 21, en juicio oral y público, las presentes actuaciones, Procedimiento Abreviado número 70/13, dimanantes de las Diligencias Previas 2303/11, tramitado por el Juzgado de Instrucción número 2 de Granollers, procedimiento que derivó en el Procedimiento Abreviado 136/12 del mismo órgano judicial, por posible delito contra la Salud Pública, de tráfico de sustancias que causan grave daño a la salud del [artículo 368 CP \(RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777\)](#) contra el acusado D. Faustino representado por la Procuradora Sra. Montserrat Colomina Danti y defendido por el Letrado Sr. Martínez Lorente. Ha intervenido, en el ejercicio de la acusación pública, el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el presente Juzgado se siguen las actuaciones referenciadas, que traen causa de las Diligencias Previas 2303/11 tramitadas por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Granollers, procedimiento que derivó en el Procedimiento Abreviado 136/12 del mismo órgano judicial.

SEGUNDO.- Habiendo solicitado el Ministerio Público, tras la correspondiente instrucción, la apertura de juicio oral contra el acusado, formuló escrito de acusación, calificando los hechos como constitutivos de UN DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA (tráfico de drogas) de sustancias que causan grave daño a la salud previsto en el [artículo 368 del CP \(RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777\)](#), imputándolo al acusado, por lo que, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, interesó se le impusiera la pena de 3 años y seis meses de prisión con la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la

condena así como multa de 5175 euros, con una responsabilidad personal subsidiaria de TRES MESES de prisión en caso de impago de conformidad con el [art. 53.2 CP](#) , con costas al amparo del [artículo 123 CP](#) así como comiso y destino legal de la droga incautada al amparo de los [artículos 127 , 374 y 338 CP](#) .

TERCERO.- Dictado el auto de apertura de juicio oral, se confirió traslado a la defensa para presentación del correspondiente escrito, verificando la del acusado dicho trámite, en el que se opuso a lo interesado por la acusación, pidiendo la libre absolución de su defendido.

CUARTO.- Remitidas las actuaciones a esta Audiencia y recibidas las mismas en fecha 20 de junio de 2013, se registró el procedimiento y señaló día para juicio oral, con admisión de las pruebas propuestas por auto de fecha 22 de julio de 2013, fijándose por diligencia de ordenación de 18 de marzo de 2015, el 6 de julio de 2015 como fecha de juicio oral. En tal fecha y personados los citados se comprobó la ausencia de una prueba documental interesada por la defensa y admitida, por lo que se suspendió el juicio oral con nuevo señalamiento para el día 28 de octubre de 2015, admitiendo la Sala a su vez la ampliación de la pericial planteada por la Fiscalía presentada en ese acto.

En la fecha indicada se celebró el juicio, habiendo comparecido todos los citados. Al inicio de la vista la defensa hizo constar que de los dos informes requeridos se presentó únicamente uno al estar ambos refundidos en uno solo, aceptando por tanto éste y teniendo por cumplimentada así la prueba documental pendiente en la anterior vista oral. Seguidamente se llevó a cabo la práctica de la prueba, no admitiendo el acusado los hechos que le imputaba la Fiscalía, siguiendo el orden propuesto en los respectivos escritos de las partes y comenzando con la interesada por el Ministerio Público, con el resultado que obra en las actuaciones.

QUINTO. - Finalizada la fase probatoria, el Ministerio Fiscal elevó sus conclusiones a definitivas haciendo constar en la conclusión primera que los hechos ocurren el día 12 de junio de 2011 y que la muestra analizada tenía presencia de harmina y concentración de DMT del 0,09% mientras que la de harmina era del 0,24%, siendo el precio de una dosis de sustancia de 3,74 euros; la defensa elevó a definitivas sus conclusiones provisionales y habiendo informado seguidamente todas las partes sobre los resultados de la prueba por el orden legal, quedaron los autos vistos para dictar sentencia tras la atribución del derecho a la última palabra al acusado.

SEXTO.- En la presente causa se han observado las prescripciones legales a excepción del plazo previsto para dictar sentencia por la acumulación de asuntos urgentes sobre la Sala. Es ponente Dña. MARÍA CALVO LÓPEZ que expresa el parecer unánime del Tribunal.

HECHOS PROBADOS ÚNICO

- El día 12 de junio de 2011, sobre las 9:30 horas el acusado D. Faustino (con DNI NUM000) mayor de edad y sin antecedentes penales, recibió un paquete postal, destinado a su persona, en su domicilio sito en la CALLE000 nº NUM001 de Sant Pere de Vilamajor (Granollers), paquete que contenía dos bolsas con un peso de 5337,9 gramos de **Ayahuasca** la primera y con un peso de 6261,5 gramos de **ayahuasca** la segunda, decocción vegetal de dos plantas diversas que contenía en este caso DIMETILTRIPTAMINA (DMT) ó 3-[2-8dimetilamino)etil]indol, sustancia fiscalizada internacionalmente como psicotrópico en la lista I del Convenio de Viena de 1971 y harmina. En concreto la concentración de DMT era del 0,09% +/- 0,01% mientras que la de harmina era del 0,24% +/- 0,01%. La **ayahuasca** como tal preparado vegetal (decocción de plantas para ingesta oral) no es objeto de fiscalización, prohibición o control ni internacional ni nacional en España como sustancia psicotrópica, droga o estupefaciente. El citado preparado le fue enviado al acusado, como destinatario nominal, por persona o personas no identificadas, desde Brasil, al objeto de ser consumido a lo largo de un encuentro privado de personas concretas que pertenecían a un grupo cerrado, en el que todos sus miembros eran conocidos y donde todos los sujetos habían consumido ya en el pasado la **ayahuasca**, la cual compraron con aportación dineraria de cada uno de ellos, concertando previamente su envío a tales fines desde Brasil, encuentro a celebrar durante un fin de semana en una casa alquilada y sin acceso para terceros ajenos al grupo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO PRIMERO

- TIPO DELICTIVO IMPUTADO: DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA - TRÁFICO DE DROGAS en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud.-

En primer lugar la delimitación del análisis que seguirá tiene como marco de referencia una concreta calificación jurídica patrocinada por la acusación pública. Haremos por ello inicialmente, y antes de abordar las cuestiones que se someterán al examen probatorio posterior, algunas consideraciones teóricas sobre el citado tipo penal y sus principales características en aspectos que pudieran estar relacionados con el supuesto de autos.

Castigado en el [artículo 368 CP \(RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777 \)](#), el tipo indicado sanciona a los que "ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines" imponiéndoseles la pena de prisión de 3 a 9 años y multa del tanto al triple del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud y de prisión de 1 a 3 años y multa del tanto al duplo del valor de la droga incautada en los demás casos. La reforma operada por la [LO 5/2010 de 22 de junio \(RCL 2010, 1658 \)](#) en vigor a partir del 24 de diciembre de 2010 introdujo un segundo párrafo en el artículo 368 en el que se recoge que "no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369bis y 370" refiriéndose éstos últimos respectivamente a la realización de tales conductas por quien esté integrado en una organización delictiva y a los casos de agravación por extrema gravedad o utilización de menores o disminuidos psíquicos.

Sobre el tipo penal la jurisprudencia y en relación a la **posibilidad de concurrencia de formas imperfectas de ejecución** en el delito de tráfico de drogas ha adoptado un criterio restrictivo, por entender que constituye un delito de mera actividad, en el que es difícil admitir la inejecución del resultado propuesto, (STS 364/2004 de 16 de diciembre de 2004) porque en el tipo básico de tráfico de drogas establecido en el [art. 344](#) del CP. de 1973 y en el 368 del CP. de 1995, la mera posesión de la sustancia tóxica implica comisión del delito, y porque es difícil que cualquier acción dirigida a acercar el estupefaciente al consumidor no pueda subsumirse en alguno de los verbos generales de "promover", "facilitar" o "favorecer" el consumo de sustancias tóxicas, previsto en el tipo penal; habiendo entendido esta Sala que siempre que, aún sin alcanzarse una detentación material de la droga, se consigue una disponibilidad de la misma, que queda sujeta a la voluntad del adquirente, el delito queda perfeccionado (SS. de 30.5 y 8.8.94, 3.4.97 y 1567/98 de 7.12 entre otras) (STS 3-12-2001). Cabe admitir excepcionalmente la tentativa cuando el acusado no ha llegado a tener disponibilidad, ni aún potencial, sobre la droga, que no ha estado en su posesión, ni mediata ni inmediata. Es decir que el intento de lograr la tenencia, materializado en acciones próximas a su obtención, es punible como tentativa ([arts. 3](#) CP. 1973 y 16.1 CP) cuando dicha tenencia no se alcanza por razones ajenas a la voluntad del autor (STS 5-10- 2004).

En concreto y en el caso de **entrega controlada de droga contenida en paquetes postales**, el TS se ha pronunciado en un sentido restrictivo también en cuanto a la posibilidad de tentativa, condensando la sentencia 213/2012, de 22 de marzo, Sección 1 (ROJ: STS 1846/2012 - ECLI:ES:TS:2012:1846) la siguiente doctrina: "Cuando se trata de supuestos que consisten en introducir la droga en territorio español, importada desde el extranjero, aunque ello implica una indudable consumación, las dudas pueden surgir sobre a quienes han de considerarse autores de tal tráfico. Es entonces cuando cobra sentido examinar el comportamiento que cada sujeto asumió e, incluso, el momento desde el cual efectúa su compromiso.

Recordábamos en la citada Sentencia nº 672/2010 que: En los casos de complejidad ejecutiva, mediante actuaciones imputables a múltiples sujetos, la autoría no se desvanece por la circunstancia de la diversidad de funciones que esos plurales sujetos asumen en el programa delictivo. Ni siquiera cabe exigir, como hizo una abandonada jurisprudencia, un acuerdo que sea necesariamente previo. Pero sí un plan conjunto. Aunque sea tácitamente asumido. Si todos conocen la plural contribución y la aceptan. En tales supuestos operará el principio de imputación recíproca. Y de esa manera, si se alcanza la consumación, se alcanzará para todos. Hayan tenido o no una detentación física de la

droga.

Es desde esta perspectiva que cobran sentido las exigencias jurisprudenciales para admitir la imputación a título de tentativa, referidas a solamente algunos de los múltiples sujetos intervinientes, consistentes en: a) que no se trate de autores mediatos con efectivo dominio del hecho, o de los que asumen en la operación de transporte, especialmente el internacional y b) que no se trate de sus finales destinatarios de la remesa. A unos y otros se les califica de autores y, en tales casos de envíos se considera que, como recuerda la Sentencia de 15 de Junio de 2010 , en los envíos internacionales de drogas desde que el estupefaciente es remitido...desprendiéndose de él el suministrador y entrando en el circuito de transporte, se ha consumado el delito, tanto respecto del último como del destinatario, aunque finalmente no llegue a su poder por el seguimiento e intervención policial (SSTS. 19.4.88 , 18.4.89 , 6.390 , 2.11.92 , 15.2 , 8.3 , 29.6 , 26.11 y 23.12.93 , 24.1 y 23.2.94)".

Por otra parte la **descripción de la conducta básica** conserva el texto del Código precedente al actualmente vigente, que se sujetó con ciertas inflexiones, al Convenio Único de 1961 en materia de drogas tóxicas; ello evita las interpretaciones que restringían el ámbito de los comportamientos prohibidos. Son modalidades.

-Los actos de producción de drogas, estupefacientes y psicotrópicos (cultivo, fabricación y elaboración)

-Los actos principales de tráfico (venta, permuta), previos como la tenencia y auxiliares como el transporte

-Los actos de fomento (de promoción, intermediación, favorecimiento y facilitación), cualquier género de propaganda, formulación de ofertas, donación.

Por otra parte la **posesión** no exige tenencia material (SSTS 6/3/90 y 22/1/97), siendo suficiente que la posesión sea mediata y bastando la disponibilidad. La simple posesión no constituye presunción *iuris tantum* de que la misma vaya a destinarse al tráfico (STS 17/4/2004) si bien el ser consumidor de la droga no excluye de manera absoluta el propósito de traficar ([STS 384/2005 de 11 de marzo \(RJ 2005, 3088 \)](#)).

En relación al **consumo compartido** como causa de atipicidad de la conducta, como tiene establecido el Tribunal Supremo (STS 1383/2011 de fecha de Resolución, 21/12/2011) y como punto de partida, hemos de recordar que "el acudir a esta causa de atipicidad ha de ser con carácter excepcional o restrictivo (STS 2023/02, 4-12 ; 502/04, 15-4), por lo que se han de cumplir rigurosamente los requisitos jurisprudenciales".

Repasemos las líneas principales de esa doctrina de la mano de la [STS 360/2015, de 10 de junio \(RJ 2015, 2516 \)](#) , recogida en la STS, Penal sección 1 del 09 de diciembre de 2015 (ROJ: STS 5435/2015 - ECLI:ES: TS:2015:5435) que cita también la Sentencia de Pleno Jurisdiccional 484/2015 de 7 de septiembre . El punto de partida en el análisis será el del propio tipo penal, lo que abarca y lo que de él puede estimarse excluido.

Con la amplísima descripción de las conductas típicas en el [artículo 368 CP](#) "se quiere abarcar todo el ciclo de la droga diseñándose un delito de peligro abstracto. La [STS 1312/2005, de 7 de noviembre \(RJ 2005, 7529 \)](#) , explica cómo el objeto de protección es especialmente inconcreto. La salud "pública" no existe ni como realidad mensurable ni como suma de la salud de personas individualmente consideradas. El objetivo, del legislador, más que evitar daños en la salud de personas concretas, es impedir la difusión de una práctica social peligrosa para la comunidad por el deterioro que causaría en la población.

El consumo ilegal es el concepto de referencia del tipo penal. En sí mismo no está incluido como conducta punible; pero es lo que se pretende evitar castigando toda acción encaminada a promoverlo, favorecerlo o facilitarlo.

(...)

Acotar qué ha de entenderse como consumo ilegal es, en consecuencia, punto de partida básico en la interpretación del tipo. Ese elemento normativo nos remite a legislación extrapenal. Desde su análisis se llega enseguida a la constatación de que consumo ilegal (es decir, no conforme a la legalidad aunque en determinadas circunstancias no sea objeto de sanción) es " toda utilización o ingesta de la droga por diversas vías orgánicas que no sea aquella que esté expresamente autorizada por tener finalidad terapéutica o positiva para la salud" ([STS 670/1994, de 17 de marzo \(RJ 1994, 2334 \)](#)). Si se entendiese de otra forma el consumo ilegal, vaciaríamos el tipo penal: todo el ciclo de la droga tiene siempre como último puerto de destino una acción de autoconsumo (salvo supuestos nada frecuentes que, precisamente por ello, en algunos casos pudieran no estar cubiertos por la tipicidad del art. 368: vid [STS 469/2015, de 30 de junio \(RJ 2015, 3679 \)](#)). Que ese autoconsumo no sea punible no lo convierte en legal.

En conclusión, (...) debemos declarar que todo consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicas que no entre en los supuestos expresamente autorizados por los Convenios y las normas administrativas vigentes en España, constituye un "consumo ilegal" a los efectos de cumplir el tipo del [art. 344](#) del C.P. (hoy 368 CP 1995), como destinatario de las conductas de promoción, favorecimiento o facilitación que tal tipo prevé y sanciona penalmente.

(...)

Es doctrina reiterada de esta Sala, que de la misma forma que el autoconsumo de droga no es típico, el consumo compartido o autoconsumo plural entre adictos no constituye una conducta penalmente sancionable ([STS 1102/2003, de 23 de julio \(RJ 2003, 5392 \)](#) , [850/2013, de 4 de noviembre \(RJ 2013, 7339 \)](#) y [1014/2013, de 12 de diciembre \(RJ 2014, 329 \)](#) , entre otras).

La atipicidad del consumo compartido, doctrina de creación jurisprudencial y que constituye una consecuencia lógica de la atipicidad del autoconsumo, es aplicable cuando concurren cuatro circunstancias o requisitos:

1º) Que se trate de consumidores habituales o adictos que se agrupan para consumir la sustancia. Con esta limitación se pretenden evitar supuestos de favorecimiento del consumo ilegal por terceros, que es precisamente la conducta que sanciona expresamente el tipo, salvo los que ya fuesen consumidores habituales de la sustancia en cuestión.

2º) El consumo de la misma debe llevarse a cabo "en lugar cerrado". La finalidad de esta exigencia es evitar la promoción pública del consumo y la difusión de la sustancia a quienes no forman parte de los inicialmente agrupados.

3º) Deberá circunscribirse el acto a un grupo reducido de adictos o drogodependientes y ser éstos identificables y determinados.

4º) No se incluyen en estos supuestos las cantidades que rebasen la droga necesaria para el consumo inmediato. En consecuencia, solo se aplica a cantidades reducidas, limitadas al consumo diario.

En términos similares se pronuncian la Sentencia 1472/2002, de 18 de septiembre o la [STS 888/2012, de 22 de noviembre \(RJ 2012, 11378 \)](#) , en las que se señalan seis condiciones para apreciar este supuesto de atipicidad, que en realidad son los mismos requisitos ya mencionados, aunque alguno se desdobra:

a) En primer lugar, los consumidores han de ser todos ellos adictos, para excluir la reprochable finalidad de divulgación del consumo de esas sustancias nocivas para la salud (STS de 27 de Enero de 1995).

b) El consumo debe producirse en lugar cerrado o, al menos, oculto a la contemplación por terceros ajenos, para evitar, con ese ejemplo, la divulgación de tan perjudicial práctica (STS de 2 de Noviembre de 1995).

c) La cantidad ha de ser reducida o insignificante (STS de 28 de Noviembre de 1995) o, cuando menos, mínima y adecuada para su consumo en una sola sesión o encuentro.

d) La comunidad que participe en ese consumo ha de estar integrada por un número reducido de personas que permita considerar que estamos ante un acto íntimo sin trascendencia pública (STS de 3 de Marzo de 1995).

e) Las personas de los consumidores han de estar concretamente identificadas, para poder controlar debidamente tanto el número de las mismas, en relación con el anterior requisito, cuanto sus condiciones personales, a propósito del enunciado en primer lugar (STS de 31 de Marzo de 1998).

f) Debe tratarse de un consumo inmediato (STS de 3 de Febrero de 1999).

Según se expresa en la STS 1014/2013, de 12 de diciembre , alguna de estas exigencias puede ser matizada, o incluso excluida en supuestos específicos, pues cuando un número reducido de adictos se agrupan para la adquisición y ulterior consumo compartido de alguna sustancia estupefaciente, y la intervención penal se realiza en el momento inicial de la adquisición, puede ser difícil constatar la concurrencia de la totalidad de dichos requisitos, que sólo podrían concretarse por completo en el momento del consumo.

Tal sentencia acaba por afirmar la tipicidad en virtud de la relevante cantidad de droga ocupada que excedía de la destinada a un consumo inmediato o diario. Además " los recurrentes no afirman que la droga ocupada hubiese sido adquirida mediante un fondo común para su consumo en un acto concreto por un pequeño número de adictos previamente identificado, sino que la califican como sobrante de una fiesta ya realizada, y dispuesta para consumos ulteriores por visitantes de la casa, que variaban de una vez a otra. Es decir por plurales consumidores indeterminados en momentos futuros también indeterminados, pagando evidentemente su precio, lo que implica actos de favorecimiento del consumo que exceden de los supuestos de atipicidad admitidos por nuestra doctrina.

En realidad la doctrina de la atipicidad del consumo compartido (...) viene a mitigar la desmesurada amplitud que alcanzaría el tipo penal en caso de no ser interpretado en función de las necesidades estrictas de tutela del bien jurídico protegido, la salud pública. Los comportamientos típicos deben ser los idóneos para perjudicar la salud pública porque promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes, objetivo o finalidad que debe estar presente en todas las acciones que se incluyen en el tipo, incluida la posesión, el cultivo e incluso la elaboración o el tráfico, pues ni el tráfico legal, en el ámbito farmacéutico por ejemplo, ni el cultivo con fines de investigación o consumo propio, constituyen conductas idóneas para promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal por terceros, y en consecuencia no están abarcados por el amplio espectro de conductas que entran en el radio de acción del precepto.

En definitiva, lo que se sanciona es la promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal, y los actos de cultivo, elaboración o tráfico no son más que modos citados a título ejemplificativo, pero no exhaustivo, de realizar esta finalidad típica, a la que también puede estar destinada la posesión, aunque no necesariamente. O bien cualquier otro modo idóneo para alcanzar esta finalidad o resultado, como la donación o el transporte que lógicamente también sería típico."

Recalca el TS que será una actividad de interpretación a realizar en cada caso concreto la de distinguir entre tipicidad y atipicidad por consumo compartido entre las conductas limítrofes. Analiza en el concreto caso de la STS, Penal sección 1 del 09 de diciembre de 2015 que venimos citando, el supuesto del cultivo compartido de cannabis, apuntando como uno de los indicadores que señalarían hacia el favorecimiento típico frente a la opción de "autoconsumo colectivo, que no deja de ser una modalidad de consumo personal acompañado", "la exigencia de una contraprestación económica que vaya más allá del coste y que redunde en beneficio de quien aporta la droga para la ingesta conjunta". Y remarca que "pueden apuntarse indicadores, factores que iluminan a la hora de decidir en cada supuesto y que son orientadores; pero no es función de la jurisprudencia (como sí lo sería de una hipotética legislación administrativa de tolerancia) establecer una especie de listado como si se tratase de los requisitos de una licencia administrativa, de forma que la concurrencia, aunque fuese formal, de esas condiciones aboque a la inoperancia del art. 368; y la ausencia de una sola de ellas haga nacer el delito". Para el TS "eso significaría desenfocar lo que se debate de fondo: perfilar

la tipicidad del art. 368" y la línea interpretativa debe estar orientada por la conciencia de que "se castiga la promoción del consumo ajeno, pero no la del propio consumo. La actividad que, aún siendo colectiva, encaja naturalmente en este segundo ámbito, por ausencia de estructuras puestas al servicio del consumo de terceros, no es típica".

Desde esas premisas y siguiendo con la exposición de nuestro TS "son indicadores que favorecerán la apreciación de la atipicidad el reducido número de personas que se agrupan informalmente con esa finalidad, el carácter cerrado del círculo, sus vínculos y relaciones que permiten conocerse entre sí y conocer sus hábitos de consumo y además alcanzar la certeza más allá del mero compromiso formal exteriorizado, de que el producto se destina en exclusiva a ese consumo individual de quienes se han agrupado, con la razonable convicción de que nadie va a proceder a una redistribución o comercialización por su cuenta, los hábitos de consumo en recinto cerrado. Quedaría definitivamente ratificada esa estimación, aunque no sea este dato imprescindible, si el cultivo compartido va seguido de un consumo compartido. La ausencia de cualquier vestigio de espíritu comercial u obtención de ganancias por alguno o por varios; la absoluta espontaneidad y por supuesto voluntad libre e iniciativa propia de quienes se agrupan, (lo que permite excluir los supuestos en que se admite a un menor de edad que carecerá de madurez para que su consentimiento en materia perjudicial para la salud como ésta pueda considerarse absolutamente informado y por tanto libre) son otros factores de ponderación".

Y puntualiza que "no se trata tanto de definir unos requisitos estrictos más o menos razonables, como de examinar cada supuesto concreto para indagar si estamos ante una acción más o menos oficializada o institucionalizada al servicio del consumo de terceros (aunque se la presente como modelo autogestionario), o más bien ante un supuesto de real cultivo o consumo compartido, más o menos informal pero sin pretensión alguna de convertirse en estructura estable abierta a terceros". Y como orientaciones al respecto pero "en el bien entendido de que finalmente habrá que dilucidar caso a caso la presencia o no de esa condición de alteridad, aunque aparezca camuflada bajo una ficticia apariencia de autogestión" serían las siguientes: el número poco abultado de los ya consumidores (...) concertados, que adoptan ese acuerdo de consumo; el encapsulamiento de la actividad en ese grupo (lo que no excluye una adhesión posterior individualizada y personalizada de alguno o algunos más nunca colectiva ni fruto de actuaciones de proselitismo, propaganda o captación de nuevos integrantes); así como la ausencia de toda publicidad, ostentación -consumo en lugares cerrados- o trivialización -tal conducta, siendo atípica, no dejará de ser ilícita-".

Por último, el TS matiza nuevamente que las pautas no son requisitos sine qua non sino "criterios o indicadores que orientan en la tarea de discriminar entre el autoconsumo colectivo y la facilitación del consumo a terceros. Lo decisivo no es tanto el ajustamiento exacto a esos requisitos, a modo de un listado reglamentario, cuanto la comprobación de la afectación del bien jurídico en los términos en que el legislador quiere protegerlo. Si no, degradaríamos el bien jurídico -salud pública- convirtiendo anómalamente el delito en una especie de desobediencia a la jurisprudencia. El ataque a ese bien jurídico penalmente tutelado no depende tanto de que se hayan cumplimentado formalmente todas esas exigencias o no, de modo que si faltase cualquiera de ellas (local cerrado; consumo inmediato...) ya necesariamente quedaría invadido el campo penal, como de otros rasgos de mayor fuste de los que aquellos son meros indicadores".

Por último en lo relativo a esta previa aproximación teórica a los parámetros de decisión del caso, debemos recordar que los requisitos de la condena lo son el que la acción u omisión imputada al acusado revista los caracteres de típica, antijurídica, culpable y punible, existiendo actividad probatoria de cargo que permita afirmar la concurrencia de la conducta imputada así como su autoría por parte del acusado, enervando la presunción de inocencia más allá de cualquier duda razonable, duda que determinaría el pronunciamiento absolutorio en virtud del principio *in dubio pro reo*.

Por otra parte, los márgenes de la presente resolución se conformarán por: a) los hechos imputados en el escrito de conclusiones provisionales del Fiscal al/ a los acusado/s; b) la calificación jurídica que a los citados hechos haya atribuido la/las acusación/es; c) el resultado de la prueba practicada en el plenario.

SEGUNDO

- TIPCIDAD DE LOS HECHOS ENJUICIADOS.-

Antes de abordar el análisis de qué hechos hemos de estimar probados con arreglo a la prueba practicada analizaremos una primera cuestión planteada por la defensa y cuya estimación determinaría la absolución del acusado, sin necesidad de entrar en el examen de los hechos.

La primera de las cuestiones que plantea la defensa está vinculada al principio de tipicidad penal y relacionada con si la Ayahuasca es o no una sustancia prohibida que deba ser integrada en el concepto de "droga tóxica, estupefaciente o sustancia psicotrópica" aludida en el [artículo 368 CP \(RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777 \)](#) .

Hemos de partir en primer lugar de que, en materia de tráfico de drogas bien estemos ante un tipo completo o ante una ley penal en blanco, cuestión sobre la que nuestro TS ha emitido opiniones contradictorias (en contra, considerando que el tipo es completo aunque incluye conceptos normativos que han de ser interpretados con arreglo a normas extrapenales -drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas- [STS 849/1995, de 7 de julio \(RJ 1995, 5389 \)](#) y [STS 223/1997 de 18 de marzo \(RJ 1997, 1693 \)](#) -ROJ: STS 1979/1997 -; a favor de estimar al artículo 368 precepto penal en blanco la STS 1212/1985 de 15 de julio -ROJ:662/1985- o la mucho más reciente STS Sección 1ª, 713/2013, de 29 de septiembre, ROJ: STS 4747/2013), en todo caso, el delito plantea la particularidad de que, en la aproximación a qué debemos entender por drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, nos situaremos ante un concepto extrapenal que ha de ser elucidado con la ayuda de los instrumentos externos al propio código. La STS 713/2013 citada dice lo siguiente: "Desde esa perspectiva hemos venido interpretando 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 – art. 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 \(RJ 2006, 2324 \)](#)). Por ello la norma del [artículo 368](#) del Código Penal ha de integrarse por remisión a esas disposiciones extrapenales, sin que puedan considerarse típica, sin quebranto del principio de legalidad, los comportamientos en aquella norma penal definidos por el mero hecho de que la sustancia se considere tóxica. Basta recordar a tal efecto los ejemplos del tabaco o el alcohol".

Lo cierto es que este pronunciamiento de nuestro TS, relativo a la ketamina y que estimaba que por no tratarse de una sustancia fiscalizada o cuyo tráfico estuviera restringido por los listados citados (internacionales o nacionales), es coincidente en el planteamiento con la STS de 29 de marzo de 2011 y se refiere a fechas en las que la sustancia no estaba siendo objeto de fiscalización. La situación cambió, lógicamente (y con ella también lo hicieron los pronunciamientos de nuestro TS) tras su incorporación expresa a los listados nacionales de sustancias psicotrópicas, operada por la [Orden SAS/2712/2010, de 13 de octubre \(RCL 2010, 2707 \)](#) , por la que se incluye la sustancia ketamina en el Anexo I del Real Decreto 2829/1977, de 6 de octubre (BOE de 21 de octubre de 2010). Ello no hace sino reforzar la idea de que la tipicidad en el delito del [artículo 368](#) CP es tributaria de una actividad previa del legislador internacional y nacional de inclusión de sustancias que en principio pueden ser tóxicas o que, en todo caso, producen o pueden producir, por su uso indebido, efectos nocivos sobre el organismo humano, en los listados correspondientes de sustancias fiscalizadas o prohibidas.

En este punto no podemos olvidar ni dejar de remarcar nuestro papel como meros intérpretes del Derecho. Recordaremos las palabras del TS en la reciente sentencia de STS, Penal sección 1 del 09 de diciembre de 2015 (ROJ: STS 5435/2015 - ECLI:ES:TS:2015:5435) [STS nº 484/2015, de 7 de septiembre \(RJ 2015, 4178 \)](#) en la que constatando el amplio debate social con implicaciones internacionales que afectaba al uso de determinadas drogas y a las actividades relacionadas con ellas decía: "No es función de un Tribunal interferir en ese debate, que sobrepasa el ámbito nacional y en el que se contraponen posiciones y se barajan argumentos en favor y en contra de soluciones que propugnan mayor tolerancia en oposición a las estrategias prohibicionistas. Menos todavía es función suya la adopción de decisiones que están en manos de otros poderes del Estado.

Siendo muy generalizada y estando contrastada sanitariamente la convicción de que el consumo

de drogas y estupefacientes es perjudicial para la salud pública, también de las llamadas drogas blandas, se arguye que podría ser más eficaz o arrojar en conjunto más réditos que perjuicios una política de mayor tolerancia acompañada de rigurosos controles y reglamentación, huyendo del prohibicionismo absoluto.

Es ese un debate que no puede dar las espaldas a una política criminal supranacional. En esta materia esa política no es predominantemente interna; no descansa en exclusiva en los parlamentos nacionales, lo que es predicable de manera singular del ámbito de la Unión Europea. No puede España escapar a movimientos normativos internacionales en los que está inmersa y de los que ella misma es agente y parte (vid. además de las recomendaciones periódicas del Consejo de la Unión Europea en materia de lucha contra la droga -la última contempla el período 2013-2020-, y entre muchas otras, la Recomendación de la Conferencia de Ministros de justicia de los Países iberoamericanos para la armonización de la legislación penal sobre drogas de mayo de 2015 suscrita con motivo de la XIX Reunión Plenaria de la Conferencia de Ministerios de Justicia de los Países Iberoamericanos donde, además de insistirse en la diferencia a efectos penales entre el tráfico y el consumo, se aconseja la despenalización del uso terapéutico de los derivados del cannabis con acompañamiento de una estricta regulación).

Por otra parte, ese debate no encuentra su escenario más adecuado de desarrollo en los tribunales de justicia llamados a aplicar la legislación vigente con todas las herramientas interpretativas que proporciona el ordenamiento y que se revelan especialmente necesarias en relación a tipos legales como el que hemos de examinar ahora de contornos y perfiles poco nítidos, casi desbocados según expresión de algún comentarista, pero siempre respetando con fidelidad lo que se presenta como voluntad clara e inequívoca de la ley; sin traicionarla haciéndola decir lo que no dice; o ignorando lo que dice.

De nuestro marco legal vigente por tanto es de donde han de extraerse las respuestas al supuesto que se nos somete a consideración (...)"

Desde tal perspectiva y en la determinación de qué es y qué no es droga tóxica, estupefaciente o sustancia psicotrópica, los instrumentos internacionales suscritos por España en la materia tienen un papel fundamental, definiendo éstos cuáles son las sustancias que, por estimarse nocivas en mayor o menor medida para la salud humana o susceptibles de un uso que produzca dicho efecto nocivo, dependencia o una utilización perjudicial para la salud, deben ser objeto de un especial control. Ello nos sitúa, en primer lugar, ante la evidencia (ya destacada por la Sentencia del TS 713/2013, citada más arriba) de que habrá sustancias o preparados que produzcan un efecto psicógeno o físico en el organismo humano y que, pese a ello, no puedan ser considerados drogas, ni estupefacientes o sustancias psicotrópicas; efectivamente, muchos medicamentos o plantas tienen efectos (positivos, negativos o ambos) sobre la salud, la mente o el cuerpo humanos y sin embargo no todos ellos están incluidos en los listados de los Convenios internacionales suscritos por España, ni tampoco se ubican entre las sustancias o preparados que deben ser objeto de fiscalización según nuestra legislación interna. Ni siquiera lo están todos los que producirían un efecto nocivo ya contrastado científicamente (caso paradigmático del tabaco o el alcohol). Los motivos son variados y no nos corresponde aquí valorarlos. Pero en todo caso partamos de que la tipicidad de los delitos contra la salud pública en esta concreta vertiente está vinculada y condicionada con lo que el legislador internacional (incluido el europeo) o el legislador nacional hayan considerado comprendido en esos tres conceptos (drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas), fiscalizando, restringiendo y controlando su uso, tráfico y distribución.

Veamos con que instrumentos normativos contamos para interpretar qué son drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Nuestro TS ha recurrido con frecuencia a los siguientes: Convención única de 1961 sobre estupefacientes, enmendada por el Protocolo de Ginebra, 25 de marzo de 1972; Convenio sobre sustancias psicotrópicas hecho en Viena el 21 de febrero de 1971; ambos fueron respectivamente ratificados por España en 1966 y 1976; y también a la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, que viene a englobar las dos anteriores, añadiendo el compromiso de fiscalización de los denominados precursores recogidos en los Cuadros de los Anexos y adoptando medidas que implicarán compromisos de tipificación y persecución penal en el espacio de los Estados firmantes que afecten

tanto a las actividades vinculadas al tráfico como al blanqueo de capitales derivado, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, publicado en noviembre de 1990 en España. Dichos convenios, como nos señala el TS en la sentencia 223/1997 ya citada, "clasifican, con arreglo a criterios científicos, las sustancias alcanzadas por la definición de drogas tóxicas estupefacientes o psicotrópicos y, por lo tanto (...) constituyen un punto de vista objetivo para dar contenido a elementos normativos del tipo".

El Convenio sobre sustancias psicotrópicas de Viena firmado en 1971, tal y como expone en su preámbulo, se justifica desde la preocupación de las Partes por la salud física y moral de la humanidad. "Advirtiendo con inquietud los problemas sanitarios y sociales que origina el uso indebido de ciertas sustancias sicotrópicas. Decididas a prevenir y combatir el uso indebido de tales sustancias y el tráfico ilícito a que da lugar. Considerando que es necesario tomar medidas rigurosas para restringir el uso de tales sustancias a fines lícitos. Reconociendo que el uso de sustancias sicotrópicas para fines médicos y científicos es indispensable y que no debe restringirse indebidamente su disponibilidad para tales fines". Trata por tanto de conjugar la protección de la salud frente a los riesgos derivados de determinadas sustancias, pero asegurando paralelamente la distribución y el acceso a nivel mundial para fines médicos y científicos.

Con arreglo a las definiciones proporcionadas por el propio Convenio, por sustancia psicotrópica se entiende cualquier sustancia, natural o sintética, o cualquier material natural de la lista I, II, III o IV (artículo 1e) del Convenio), siendo los preparados (artículo 1 f) aquellas soluciones o mezclas en cualquier estado físico que contengan una o mas sustancias psicotrópicas o una o más sustancias sicotrópicas en forma dosificada. La misma definición de sustancia estupefaciente, citada por el TS (STS sección 1 del 09 de diciembre de 2015 -ROJ: STS 5435/2015 -) y ubicada en la esfera de la normativa administrativa española, la encontramos en las disposiciones de la [Ley 17/1967, de 8 de abril \(RCL 1967, 706 \)](#) , por la que se actualizan las normas vigentes sobre estupefacientes, adaptándolas a lo establecido en el convenio de 1961 de las Naciones Unidas en materia de drogas tóxicas. Según su art. 2 "se consideran estupefacientes las sustancias naturales o sintéticas incluidas en las listas I y II de las anexas al Convenio Único de mil novecientos sesenta y uno de las Naciones Unidas, sobre estupefacientes y las demás que adquieran tal consideración en el ámbito internacional, con arreglo a dicho Convenio y en el ámbito nacional por el procedimiento que reglamentariamente se establezca" ([Real Decreto 1194/2011, de 19 de agosto \(RCL 2011, 1616 \)](#)). En todo caso serían características comunes a estas sustancias según el Convenio de 1971, las de producir los siguientes efectos: 1) un estado de dependencia y 2) estimulación o depresión del sistema nervioso central, que tengan como resultado alucinaciones o trastornos de la función motora, o del juicio, o del comportamiento, o de la percepción, o del estado de ánimo, y además que la sustancia pueda ser objeto de un uso indebido tal que constituya un problema sanitario y social que justifique la fiscalización internacional de la sustancia (artículo 2.4).

Para completar el análisis de la funcionalidad del Convenio, constatamos que, por una parte, incluye un mecanismo de exclusión/inclusión de sustancias ya/aún no incluidas, mecanismo que se activa cuando a raíz de las investigaciones científicas correspondientes se ve aconsejable el añadir, suprimir o modificar una sustancia de los listados del anexo ("1. Si alguna de las Partes o la Organización Mundial de la Salud tuvieran información acerca de una sustancia no sujeta aún a fiscalización internacional que a su juicio exija la inclusión de tal sustancia en cualquiera de las listas del presente Convenio, harán una notificación al Secretario general y le facilitarán información en apoyo de la misma. Este procedimiento se aplicará también cuando alguna de las Partes o la Organización Mundial de la Salud tengan información que justifique la transferencia de una sustancia de una de esas listas a otra o la eliminación de una sustancia de las listas"). El mecanismo es el siguiente: a) se inicia a instancia de un Estado parte o de la Organización Mundial de la Salud, presentando ante el Secretario General de las Naciones Unidas una notificación sobre la necesidad de la inclusión, aportando la debida justificación; b) sigue el traslado para informe a las restantes Partes, a la OMS y a la Comisión de Estupefacientes del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas; c) tras ello se realiza la comprobación mediante informe vinculante por parte de la OMS sobre que: 1) la sustancia cuya inclusión se insta puede producir: 1.a) un estado de dependencia y 1.b) estimulación o depresión del sistema nervioso central que tengan como resultado alucinaciones o trastornos de la función motora o del juicio o del comportamiento o de la percepción o del estado de ánimo, o bien 2) que la sustancia puede producir un uso indebido análogo y efectos

nocivos parecidos a los de una sustancia de las listas I, II, III y IV; siempre que además en ambos casos (1 y 2) haya pruebas suficientes de que la sustancia es o puede ser objeto de un uso indebido tal que constituya un problema sanitario y social que justifique la fiscalización de la sustancia; d) por último la Comisión de Estupefacientes toma la decisión correspondiente y ésta es comunicada por el Secretario General de la ONU a los Estados parte que deberán considerarla en vigor y aplicarla 180 días después.

Por otro lado el artículo 32 de la Convención sobre sustancias psicotrópicas permite eximir de la prohibición ciertos usos tradicionales ("4. Todo Estado en cuyo territorio crezcan en forma silvestre plantas que contengan sustancias psicotrópicas de la Lista I y que se hayan venido usando tradicionalmente por ciertos grupos reducidos, claramente determinados, en ceremonias mágico-religiosas, podrá, en el momento de la firma, de la ratificación o de la adhesión, formular la reserva correspondiente, en relación a lo dispuesto por el artículo 7 del presente Convenio, salvo en lo que respecta a las disposiciones relativas al comercio internacional"; el artículo 7, por su parte, establece la obligación de prohibir todo uso de las sustancias mencionadas en la Lista I, a excepción de las finalidades científicas y técnicas por personas y en establecimientos debidamente autorizados; también la obligación de imponer la prohibición de importación o exportación de tales sustancias por parte de los Estados firmantes-)

Pues bien, partiendo de esta legislación internacional, vigente y debidamente ratificada por España, no hay duda alguna de que la dimetiltriptamina (DMT en adelante ó 3-[2-8(dimetilamino)etil]indol) en su composición química) es una sustancia psicotrópica de naturaleza alucinógena, incluida en la Lista I del Convenio de Viena de 21 de febrero de 1971 (BOE núm. 218/1976, de 10 de septiembre de 1976) y que además, por remisión expresa a tal Convenio ratificado por España, su uso, fabricación, importación, exportación, tránsito, comercio, distribución y tenencia están prohibidos en España ([artículo segundo del Real Decreto 2829/1977, de 6 de octubre \(RCL 1977, 2413\)](#)), que adapta nuestra legislación interna a las obligaciones nacidas del Convenio de 1971 y por el que se regulan las sustancias y preparados medicinales psicotrópicos, así como la fiscalización e inspección de su fabricación, distribución, prescripción y dispensación, publicado en el BOE de fecha 16 de noviembre de 1977). El DMT es pues un alucinógeno de acción corta que produce efectos similares a los de la lisérgica pero de duración más corta (informe pericial público, folio 75 autos principales; e informes de los peritos de la defensa, folio 79 del rollo de la Sección).

Sobre la inclusión del DMT en el Convenio, extremo como decimos que la Sala ve poco discutible, hay numerosos fallos en la jurisprudencia menor como por ejemplo los siguientes: la SAP Tenerife 75/2012 de 1 de febrero (ROJ: SAP TF 61172012) que da un paso más, anudando tal inclusión necesariamente a la consideración de sustancia psicotrópica que atribuye a la **ayahuasca**; y otros pronunciamientos jurisprudenciales que también y a la hora de afrontar este punto del análisis, parten de la fiscalización sobre la DMT (SAP Barcelona Sección 6ª 110/2013 de 30 de enero de 2012, ROJ: SAP B 15184/2012 ; SAP Barcelona Sección 8ª, 380/2013 de 30 de mayo de 2013, ROJ: SAP B 6526/2013).

Dando un paso más, nada dice el texto del Convenio sobre la forma de presentación o de ingesta/administración de la sustancia citada (DMT), que se limita a mencionar en el puesto 6 de la Lista I por su nombre químico; paralelamente, las periciales practicadas ante la Sala no han negado la potencialidad de efectos alucinógenos propios de tal sustancia por cualquiera de las vías posibles de administración (inhalación, vía endovenosa o ingesta oral), siempre que en el caso de ingesta oral se vea combinado con un inhibidor de la enzima MAO que impida la degradación completa del DMT en el tránsito estomacal e intestinal, inhibidor como puede ser la harmina en determinado porcentaje (en concreto, el que presenta la muestra del caso según el parecer unánime de los peritos permitiría al DMT producir efectos psicógenos); en esta combinación, se produciría una absorción de aproximadamente un 15% (Dr. Moises) del total del DMT ingerido, que alcanzaría el cerebro y ocasionaría sus efectos psicógenos propios. El Dr. Sergio especialista en Farmacología y Psicología, en coincidencia con la pericial pública de D. Juan Alberto y de Dña. Brigida , Facultativos del Servicio de Química del Instituto de Toxicología y Ciencias Forenses, señaló que el DMT es un alucinógeno que produce imágenes parecidas a las que provocan las ensoñaciones y que, por vías distintas a la de la ingestión oral (en que, el amargor del brebaje y la mayor degradación del principio activo

suponen, tanto una necesariamente menor cantidad de bebedizo ingerida, como una correlativamente inferior absorción por parte del organismo del principio activo), especialmente por vía endovenosa, puede resultar peligroso, al haberse constatado efectos físicos tales como el aumento del ritmo cardíaco, además de los efectos alucinógenos correspondientes ya mencionados, justificando esos efectos y peligrosidad su inclusión en las listas del Convenio de 1971.

Los peritos de la defensa (informes a los folios 67 a 104, 110 y 111 en todos los casos del rollo de la Sección) no obstante, señalaban claramente una diferencia entre el DMT puro, cristalizado, objeto de inhalación o administrado por vía endovenosa y el que, presente en la naturaleza (en varias especies de plantas, en animales e incluso en el ser humano -folios 69, 79, 110 vuelto y manifestaciones de los peritos en sala-), podía naturalmente formar parte de una decocción como en el caso de la **Ayahuasca**, entendiéndose que, en ésta presentación y forma no debía estimarse comprendido entre las sustancias que causan daño (grave o no) a la salud (informe del Dr. Diego, folio 110 vuelto del rollo de la Sección y manifestaciones unánimes de los peritos de la defensa en el plenario), destacando tanto el funcionamiento farmacológico muy diferente del DMT y la **ayahuasca** (folios 69 segundo párrafo, 79 y 82, puntos 2.4 y 3.1) como los estudios que en la actualidad vinculan a la **ayahuasca** con fines terapéuticos concretos (folios 71, 72 y 87 del rollo de la Sección). Entre estos citaron la deshabitación de dependencias a otros tóxicos (pues no se ha objetivado dependencia derivada de consumos continuados en el tiempo -consumo periódico durante 15/20 años- de la **ayahuasca**) o las aplicaciones de la decocción en el tratamiento del trastorno por estrés postraumático en soldados, por su potencialidad para retomar vivencias traumáticas pasadas y reubicarlas satisfactoriamente. En todo caso, cierto es que el argumento sobre sus bondades terapéuticas cabría perfectamente en un panorama legal de fiscalización/prohibición, por lo que no nos sirve a los efectos de argumentar racionalmente sobre si es o no es una sustancia estupefaciente controlada. Y ello ya que el uso médico o científico debidamente autorizado es compatible con la restricción o control del tráfico y la ilicitud general de cualquier otro uso no autorizado administrativamente hablando, como sucede con otras drogas tóxicas también recogidas en los listados del Convenio (supuestos del uso terapéutico del cannabis o de la marihuana en los tratamientos de cáncer para el control de las náuseas o el aumento del apetito). En definitiva, sería una cuestión que podría plantearse ante el legislador pero que, como veremos, al intérprete de la ley en poco auxilia, vinculado como se encuentra a la actividad previa del legislador internacional y nacional.

En este punto debemos dar un paso más y centrar el análisis no en el DMT sino en la **ayahuasca**. Ésta, según la ampliación del informe pericial público obrante a los folios 83 y 84 (autos principales) y en los folios 68 y 81 del rollo de la Sección (informes de los peritos de la defensa Dres. Sergio y Moises), es un líquido resultante de procesar dos plantas en una coccción lenta, siendo variables tanto las proporciones como las plantas que se mezclan. En la cuenca amazónica, la fórmula más tradicional tiene como base la mezcla de lianas de *Banisteriopsis caapi*, una planta que contiene harmina y harmalina, inhibidores reversibles de la monoaminooxidasa (MAO) y que los chamanes consideran como la verdadera planta sagrada, con otra u otras que contienen dimetiltriptamina (DMT) en especial las hojas de *Pyschotria viridis*. Ésta, a pesar de contener la base del agente psicoactivo alucinógeno, no tiene efectos sin la primera. A la mezcla se le llama de muy diferentes formas según la zona (en el informe pericial público, "vid" o "cuerda de los muertos", AYA-HUASCA, en los informes de la defensa se cita bibliografía donde se detectan más de cuarenta nombres vernáculos distintos -folio 81 del rollo de la Sección-). La decocción es preparada para su consumo en grupo por un hombre iniciado en el conocimiento, un chamán, con el fin de que los que la tomen puedan entrar en contacto con la "totalidad", llegando a sensaciones de viaje extracorporal o astral. El informe señala que en Brasil está totalmente aceptada y en EEUU se ha concedido su uso en ceremonias religiosas a partir de que la congregación religiosa del Santo DAIME, de origen brasileño y que la usa habitualmente, ha accedido al estatuto de Iglesia. El informe señala que en Europa sigue sin aceptarse su legalización y que su uso con fines rituales en comunidades no parece tener alta peligrosidad para la salud, siendo sus efectos ligeramente sedantes, alucinatorios visuales y auditivos, favoreciendo el contacto con el universo y produciendo una distorsión del tiempo y el espacio, llegando incluso a veces la experiencia a cambiar el sentido total de la vida de algunas personas. Por último señala que sus pretendidas propiedades anticancerígenas están lejos de ser demostradas. En los informes de los peritos de la defensa (folios 68 y siguientes del rollo de la

Sección) se describe, mucho más pormenorizadamente y con referencia a bibliografía especializada que documenta estudios clínicos, cuáles son los efectos ya contrastados en laboratorio del consumo de **ayahuasca**, tanto fisiológicos, como neuropsicológicos o psiquiátricos.

En definitiva, estamos ante una decocción de varias plantas que, ya que una de ellas (en algunas combinaciones aunque no en todas, según la pericial practicada) resulta rica en DMT, contiene por ello tal sustancia. Atendiendo a la pericial que ante la Sala se llevó a cabo, parece en primer lugar que el principio activo esencial de la **ayahuasca** no sería el DMT sino la harmina (informe pericial público, folio 75 e informe ampliatorio folios 83 y 84 en los autos principales y folios 68 y 69 así como 81 y 82 de los informes obrantes en el rollo de la Sección, de los Dres. Sergio y Moises ; en el mismo sentido folios 166 y siguientes del rollo de la Sección, informe adjunto por la Agencia Española de Medicamentos sobre la **Ayahuasca**), un alcaloide que funciona como inhibidor de un tipo de enzimas que degradan la serotonina (antidepresivo naturalmente presente en los seres humanos y que también puede ser ingerido, aumentando los niveles de bienestar y felicidad). Así lo afirmaron contundentemente los Dres. Sergio y Moises , ambos aportados por la defensa pero a quienes el propio perito público Sr. Juan Alberto , que previamente había sostenido lo contrario (que lo principal en la **ayahuasca** era la presencia de DMT sin la que el preparado no recibiría su nombre), reconoció una mayor especialización en la materia por sus estudios actuales y formación académica. En concreto Don. Sergio es Psicólogo, Doctor en Farmacología, investigador en el Institut Hospital del Mar d#Investigacions Mèdiques y Coordinador de Proyectos de Investigación en ICEERS (International Center for Ethnobotanical Education, Reserch&Services) y el Dr. Moises es Doctor en Farmacología por la Universidad Autónoma de Barcelona e investigador asociado en el Grupo de Investigación de Neuropsicofarmacología Experimental de Hospital Sant Pau, de Barcelona, desarrollando actualmente estudios relacionados con las utilidades terapéuticas de la **ayahuasca** (folios 67, 73 y 94 a 105 -extenso curriculum del Dr. Moises - en el rollo de la Sección).

Partiendo de la pericial, además se desprende que el funcionamiento farmacológico principal de la **Ayahuasca** favorece un efecto antidepresivo por aumento de la serotonina, lo que, como explicó el Dr. Moises , al producirse tal incremento a nivel gástrico, puede producir como efecto secundario las náuseas y vómitos que a veces se asocian con el consumo de la decocción como efectos secundarios indeseables. Precisamente estos efectos secundarios, no peligrosos para la salud en personas sanas, sirven paralelamente, según documenta en su informe, para desincentivar el consumo de carácter meramente lúdico y hacen al preparado poco atractivo para los drogodependientes habituales (folios 85 a 87 del rollo de la Sección). En todo caso y como también señaló Don. Moises , una de las combinaciones más frecuentes de **ayahuasca** engloba la harmina y el DMT, al utilizarse en la fabricación del brebaje una liana rica en éste último principio.

Volvamos en este punto al Convenio de sustancias psicotrópicas de 1971, recordando que ya no estamos hablando sin más de DMT sino de **Ayahuasca** , como decocción de plantas. Tras comprobar que no está, con tal denominación, incluida en los listados, extremo que la propia Fiscalía reconoce, nos encontramos con su posible inclusión teórica en el ámbito de fiscalización, si es que atendemos a la definición de preparado del artículo 1 del Convenio. Dispone este artículo en su apartado f) que por "preparado" se entiende: i) Toda solución o mezcla, en cualquier estado físico, que contenga una o más sustancias sicotrópicas, o ii) Una o más sustancias sicotrópicas en forma dosificada. Según el artículo 3 y salvo lo dispuesto en los párrafos siguientes, todo preparado estará sujeto a la misma fiscalización que la sustancia que contenga y si tuviera más de una, a la que esté sometida a medidas de fiscalización más rigurosas. Incluso el párrafo 2º, según el cual podría quedar exento de control un preparado que contuviera una sustancia fiscalizada pero cuya composición augurase un riesgo de uso indebido insignificante o nulo, no siendo además la sustancia fiscalizada fácilmente recuperable o extraíble en una cantidad relevante para darle un uso indebido, de modo que tal preparado no represente un problema sanitario o social, excluye de esta posibilidad de excepción a las sustancias de la Lista I entre las que se encuentra la DMT. Podríamos pues considerar a la **ayahuasca** como preparado en el sentido de mezcla, en estado líquido, que contiene una sustancia psicotrópica fiscalizada que sería el DMT; y además, al estar esta sustancia entre las previstas en la Lista I sería irrelevante, desde el punto de vista de la posibilidad de exención contemplada en el artículo 3.2, que el preparado por su composición no representase un riesgo relevante de uso indebido en sí mismo, o que las posibilidades de extracción del DMT fuesen costosas, con lo que no supusiera un riesgo para la salud.

Pero, frente a esta posible o aparente inclusión de la **ayahuasca** en la medida en que la decocción contuviese efectivamente DMT, el legislador internacional nos proporciona un mecanismo de interpretación auténtica o al menos cualificado, tanto de las obligaciones derivadas del Convenio como de las sustancias incluidas en sus listas a través de los informes anuales de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (documental aportada por la defensa) que viene a contradecir frontalmente esa inicial conclusión.

Éste organismo internacional de carácter técnico-científico, mencionado en el Convenio de 1971 y creado en el Convenio de Viena sobre drogas tóxicas de 1961, según su propia información oficial, "es un órgano independiente y cuasi judicial constituido por expertos que fue establecido en virtud de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes y creado en 1968 mediante la fusión de dos órganos, a saber, el Comité Central Permanente de Estupefacientes, creado en virtud de la Convención Internacional del Opio de 1925, y el Órgano de Fiscalización de Estupefacientes, creado en virtud de la Convención para limitar la fabricación y reglamentar la distribución de estupefacientes de 1931. La JIFE está integrada por 13 miembros, cada uno de ellos elegido por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, para desempeñar un mandato de cinco años. Los miembros pueden ser reelegidos. Diez de ellos se eligen de una lista de candidatos propuestos por los gobiernos. Los tres restantes se eligen de una lista de candidatos propuestos por la Organización Mundial de la Salud (OMS) por su experiencia médica, farmacológica o farmacéutica. Los miembros de la Junta han de ser personas que, por su competencia, imparcialidad y desinterés, inspiren confianza general. Una vez designados, los miembros de la Junta ejercen sus funciones imparcialmente y a título personal, con total independencia de los gobiernos".

Las funciones de la JIFE son las de dar apoyo y ejercer vigilancia sobre el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los suscriptores de los acuerdos internacionales de fiscalización y tiene su ámbito reservado de actuación que deriva de los Convenios de drogas tóxicas de 1961, de sustancias psicotrópicas de 1971 y de 1988 sobre el tráfico ilícito de drogas tóxicas y sustancias psicotrópicas. Para ello entre otras cosas, emite un informe anual que en parte ha sido aportado por la defensa como documental en esta causa, en concreto los de los años 2010 y 2012 (folios 161 a 164 vuelto, autos principales).

Pues bien, en los citados informes (informe del año 2010, folio 162 y 162 vuelto de la causa, autos principales, punto 6 del informe, páginas 51 y 52; informe del año 2012, folio 164 y 164 vuelto, punto 6, sub-epígrafes 328 a 334 del informe) la Junta niega rotundamente que las plantas o bien los preparados, "por ejemplo las decocciones para consumo oral" que contienen principios activos con efectos estimulantes o alucinógenos, estén siendo objeto de fiscalización de conformidad con el Convenio de 1971 ni con la convención de 1988. Y ello pese a que determinados principios activos contenidos en tales plantas (y por ende en sus decocciones) sí figuren incluidos en los listados del Convenio (como sucede con la DMT). Los informes dan cuenta de que, con tales características (es decir en su presentación vegetal, incluidos sus preparados), son únicamente tres las sujetas a fiscalización expresa y no se trata de plantas que contengan sustancias psicotrópicas, sino de las que sirven de base para la obtención de drogas tóxicas o estupefacientes, vinculadas por ello a la Convención de 1961, enmendada por el Protocolo de 1972: la planta de cannabis, la adormidera y el arbusto de coca (folio 162 y 162 vuelto de los autos principales). Es decir que, como nos señala el informe del año 2010 de la JIFE, no hay ninguna planta o preparado de plantas sujeta a fiscalización que contenga alguno de los principios activos incluidos en los listados del Convenio de 1971 de sustancias psicotrópicas (en concreto DMT).

Ambos informes ponen expresamente como ejemplo de tal ausencia de fiscalización a la **ayahuasca** por lo que, ni las plantas en sí mismas consideradas (las lianas que se utilizarían en la decocción), ni la decocción ya verificada estarían comprendidas en el Convenio ni en los listados. La Junta no obstante se hace eco de una preocupación por la extensión en los últimos tiempos, gracias a la globalización y la facilidad para adquirirlos de países en los que tienen implantación tradicional, en el uso recreativo o turístico, fuera de los lugares de uso tradicional, de tales plantas y decocciones, destacando que pudieran servir para explotar drogodependientes o incrementar los riesgos de mal uso y por tanto de efectos nocivos para la salud derivados del mismo, tanto para quien consume como para terceros (alude a las consecuencias del consumo para terceros en la

realización de determinadas actividades, con consecuencias físicas similares a las de la conducción bajo los efectos de sustancias psicoactivas). En virtud de tal preocupación, insta a los países que no hayan adoptado medidas de fiscalización a nivel nacional de tales presentaciones vegetales o preparados a mantenerse atentos ante el posible incremento de problemas originados por personas que realicen este consumo recreativo, comunicando en su caso esta situación a la Junta y adoptando paralelamente las medidas de fiscalización nacional que estimen pertinentes y que la situación requiera.

Corroborando esta información, el oficio remitido a la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios a instancia de la defensa, que propuso tal prueba como documental en su escrito de defensa (contestación de fecha 21 de julio de 2015, ubicada en los folios 153 y 154 del rollo de la Sección), confirma que, a la fecha del informe (21 de julio de 2015), la Junta no había hecho ninguna modificación en este planteamiento, y que la **ayahuasca** seguía sin estar sujeta a fiscalización con arreglo al Convenio de 1971, estándolo sólo el DMT que también se menciona en la legislación nacional (Lista I del anexo I del RD 2829/1977 de 6 de octubre). Ello corrobora que en los años posteriores a los informes de 2010 y 2012 citados no se ha utilizado el mecanismo previsto en su artículo 2.1 del Convenio de 1971 y descrito más arriba para instar la inclusión de sustancias/preparados/presentaciones vegetales con presencia de algún psicotrópico, no fiscalizadas de origen.

Recapitulando, en el ámbito internacional parece claro que, bien en su presentación vegetal, bien como preparado (paradigmáticamente la decocción para ingesta oral, que es el caso que ahora mismo nos ocupa), la **ayahuasca** puede entenderse comprendida en el Convenio de 1971 por más que el DMT sí lo esté; y por tanto, como decocción o en su presentación vegetal (las plantas de las que aquélla se obtiene) no es objeto de fiscalización internacional.

Descartada pues la fiscalización internacional de la **ayahuasca**, su consideración como sustancia psicotrópica, empero, podría anclarse exclusivamente como decimos, en la legislación nacional o europea (cuyos Reglamentos y Decisiones son directamente aplicables en España). Y ello ya que el legislador nacional, como se deduce fácilmente de los informes ya transcritos de la JIFE, conserva intacta su primigenia facultad de añadir sustancias, vegetales o preparados que por sus características y la situación social en el país aconsejen fiscalización especial en ese ámbito de soberanía más restringido. Es más, a ello es urgido por la JIFE en relación a los usos recreativos ampliados de la **ayahuasca** entre otras sustancias, siempre que haya constatado una especial situación de riesgo para la salud pública derivada de la generalización de tales usos.

Veamos la legislación nacional. En primer lugar la Agencia Española de Medicamentos señala expresamente, tras informar sobre la ausencia de inclusión expresa de la **ayahuasca** entre las sustancias o preparados objeto de fiscalización con arreglo al Convenio de sustancias psicotrópicas de 1971, que: "igualmente la **ayahuasca** no se encuentra sometida a fiscalización nacional, y hasta el momento no se ha tomado ninguna medida para la consideración de este preparado como sustancia estupefaciente o psicotrópica" (párrafo 4º). Menciona empero que, siendo la **ayahuasca** un preparado con potentes propiedades psicoactivas, en diferentes ocasiones la Agencia ha comunicado a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado la necesidad de inmovilización de este producto en base a los riesgos que su consumo tiene para la salud, de acuerdo con lo establecido en el [artículo 26](#) de la [Ley 14/1986 de 25 de abril \(RCL 1986, 1316 \)](#), General de Sanidad. Por último el informe señala literalmente que: "respecto a la cuestión planteada en relación con lo establecido en el Real Decreto 1194/2011, de 19 de agosto, por el que se establece el procedimiento para que una sustancia sea considerada estupefaciente en el ámbito nacional se informa que no aplicaría a **Ayahuasca** que este preparado contiene en su composición una sustancia catalogada como psicotrópica y el citado Real decreto aplica a la consideración de sustancia estupefaciente". La firma es la del Jefe del Departamento de Inspección y Control de Medicamentos, Sra. Leocadia.

Proporciona la contestación al oficio, además de una rotunda afirmación de principio sobre que la **Ayahuasca**, en sí misma considerada, no ha sido objeto de fiscalización específica, tampoco en el ámbito nacional (folio 164 rollo de la Sección, cuarto párrafo), dos elementos accesorios pero valiosos para dilucidar si podemos o no estimar incluida, de alguna manera, la **ayahuasca**, en el nivel nacional, entre las sustancias psicotrópicas fiscalizadas. En primer lugar estaría el título en

virtud del cual la Agencia Española de Medicamentos está acordando la incautación de las remisiones internacionales de tal decocción. Y, en segundo lugar, estaría el argumento de si la ausencia de utilización del mecanismo reglamentario que proporciona el Real Decreto 1194/2011, *per se*, ya implica no podamos considerar a nivel nacional fiscalizada la sustancia, por ser el procedimiento en dicho RD regulado el adecuado para la inclusión de cualquier sustancia como prohibida en el espacio de soberanía correspondiente.

Comenzando por éste último, el [artículo 1](#) del RD 1194/2011 citado dispone en su exposición de motivos que dicho Real Decreto se adopta en desarrollo de la Ley 17/1967, de 8 de abril, de estupefacientes y que objeto del mismo es establecer el procedimiento mediante el cual una sustancia natural o sintética, no incluida en las listas I y II de las anexas al Convenio Único de 1961 de las Naciones Unidas o que no haya adquirido tal consideración en el ámbito internacional, sea considerada estupefaciente en el ámbito nacional. Debemos pues interpretar la contestación sobre el porqué no se ha dado curso a la inclusión del preparado, específicamente considerado, en el listado correspondiente con arreglo a la siguiente doble clave que la Sala asume como correcta: a) por una parte no estaríamos en ningún caso ante un estupefaciente, sino en todo caso ante un preparado que tiene entre sus componentes una sustancia psicotrópica; b) no le sería por tanto y en ningún caso de aplicación el RD 1194/2011 por referirse éste sólo a los estupefacientes y no a las sustancias psicotrópicas. Nada tiene que ver pues, la no utilización de los mecanismos reglamentarios de inclusión previstos en tal RD con la fiscalización o no a nivel nacional de la **ayahuasca**.

En segundo lugar, el título que la Agencia Española de Medicamentos, según su Jefa del departamento de Inspección y Control de Medicamentos, utiliza para ordenar la paralización de la **ayahuasca** una vez detectada, es el [artículo 26](#) de la Ley General de Sanidad, según el cual "1. En caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias adoptarán las medidas preventivas que estimen pertinentes, tales como la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de Empresas o sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas. 2. La duración de las medidas a que se refiere el apartado anterior, que se fijarán para cada caso, sin perjuicio de las prórrogas sucesivas acordadas por resoluciones motivadas, no excederá de lo que exija la situación de riesgo inminente y extraordinario que las justificó". Como podemos observar fácilmente no se deriva de dicho precepto consideración alguna que suponga una especial fiscalización para el preparado que nos ocupa, pues es un artículo genérico que puede tener como destinatario cualquier producto o actividad.

La legislación (entendida en sentido amplio) nacional vigente sobre sustancias psicotrópicas, drogas tóxicas y estupefacientes, principalmente la conformarían: la Ley 17/1967, de 8 de abril, por la que se actualizan las normas vigentes sobre estupefacientes y adaptándolas a lo establecido en el convenio de 1961 de las Naciones Unidas; la [Ley 4/2009, de 15 de junio \(RCL 2009, 1201 \)](#), de control de precursores de drogas; el [Real Decreto 1573/1993, de 10 de septiembre \(RCL 1993, 2712 \)](#), por el que se somete a ciertas restricciones la circulación de los productos psicotrópicos y estupefacientes (que mantiene las previsiones del Convenio de 1971 tras la entrada en la entonces Comunidad Económica Europea, sobre la base del [artículo 36](#) del [Tratado de Roma \(RCL 1999, 1205 \)](#)); el Real Decreto 2829/1977, de 6 de octubre (al folio 169 del rollo de la Sección se cita erróneamente como RD 2829/1997 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. Éste último, de especial relevancia interpretativa, nos dice en su Artículo Uno: "Las sustancias psicotrópicas a que se refieren las Listas I, II, III y IV del anexo uno y la «Relación de sustancias no incluidas en dichas Listas» del anexo dos, a que se refiere el artículo quinto, o bien que en futuro puedan ser incorporadas a las Listas o la Relación, así como los preparados (especialidades farmacéuticas o fórmulas magistrales) que las contengan, quedan sometidos a cuanto se previene en la presente disposición". Nos da pues además una noción de "preparado" que parece restringir la definición convencional de 1971, en la que de cualquier forma ya vimos que no entraba la **ayahuasca**. En todo caso dicha legislación nacional ([artículo 2.1](#) del RD 2829/1977 y artículo único párrafo 1º del RD 1573/1993) se limita a incorporar por remisión los listados de sustancias psicotrópicas presentes en la normativa internacional suscrita por España en

su día y por lo tanto tampoco añade nada a lo hasta ahora dicho.

Así pues, desde el punto de vista de la tipicidad penal, sucede a nivel de legislación nacional lo mismo que ya ocurría en el nivel internacional: no podemos entender que la **ayahuasca** esté incluida entre las sustancias psicotrópicas por el mero hecho de que en la decocción esté presente el DMT, incluso en una proporción que justificaría sus efectos psicógenos en el organismo. Y ello desde el momento en que la legislación nacional se remite y hace suya tal legislación internacional, no habiendo hecho uso de trámite alguno en orden a incorporar, a partir de esta regulación, la **ayahuasca** en presentación vegetal o en decocción a la consideración de sustancia psicotrópica. No podemos interpretar que la misma esté ya sujeta a fiscalización nacional específica por la mera presencia de DMT en el bebedizo pues del nivel internacional, asumido sin adiciones en este punto, no se deriva tal conclusión (sin perjuicio, por supuesto de las facultades que la legislación administrativa en casos de riesgo para la salud, otorgue a la administración pública competente sobre la base del [artículo 26](#) de la LGS). Así se deriva, entendemos, del RD 2829/1977 de 6 de octubre, que incluye los listados internacionales de sustancias psicotrópicas en concordancia con el convenio de 1971. Las adiciones que se han hecho en estos años sobre incorporación de psicotrópicos no han mencionado en ningún caso a la **ayahuasca**, eso que las verificadas, ya impuestas por decisión internacional o en el marco de la Unión Europea, no han sido pocas en estos años. Podríamos citar, desde 1995 hasta 2016, nada menos que doce adiciones de sustancias psicotrópicas, acordadas en el espacio nacional o en el europeo y que han dado lugar a las correspondientes publicaciones en el BOE de Ordenes Ministeriales que han afectado a sustancias tales como la 4-metilioanfetamina -4-MTA-, la parametoximetilanfetamina -PMMA-, la ketamina, la 4-metilanfetamina o la última que le conste a la Sala, en este mismo año 2016, 1-benzilpiperazina (BZP).

Como conclusión de esta ausencia de mención específica a nivel nacional y de la falta de cobertura legal en el Convenio de 1971 para su inclusión, entendemos pues que dicho preparado no está sujeto a fiscalización especial en España, ni puede por ello integrar el tipo del [artículo 368](#) CP . Como refuerzo podríamos por último mencionar la siguiente mención en la Exposición de Motivos de la Orden SSI/1091/2015, de 2 de junio, por la que se incluyen determinadas sustancias en el anexo I del Real Decreto 2829/1977, de 6 de octubre. Se recoge en ella lo siguiente: " **La Decisión 2014/688/UE (LCEur 2014, 1771) del Consejo, de 25 de septiembre de 2014**, por la que se someten a medidas de control las sustancias 4-yodo-2,5-dimetoxi-N-(2-metoxibencil) fenetilamina (25I-NBOMe), 3,4-dicloro-N-[[1-(dimetilamino)ciclohexil]metil]benzamida (AH-7921), 3,4-metilendioxiptovalerona (MDPV) y 2-(3- metoxifenil)-2-(etilamino)ciclohexanona (metoxetamina), **establece que los Estados miembros aplicarán, de conformidad con su legislación nacional, a estas nuevas sustancias psicotrópicas las medidas de control y las sanciones penales, previstas en la legislación nacional vigente en la materia** de conformidad con las obligaciones contraídas en virtud del Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971 de las Naciones Unidas". Así, la existencia de una decisión internacional, comunitaria o nacional debidamente publicada en España es condición sine qua non para la extensión de efectos penales de la normativa sancionadora en materia de drogas, como fácilmente se deriva de tales palabras, confirmando el criterio que ahora se expone.

En el mismo sentido de ausencia de tipicidad por falta de inclusión de la decocción en la legislación sectorial, internacional y nacional correspondiente, se pronuncian las SAP Barcelona Sección 22ª, 558/2013 de 23 de diciembre, ROJ: SAP B 16232/2013 , SAP Barcelona Sección 2ª, 557/2013 de 17 de junio, ROJ: SAP B 7937/2013 y SAP Barcelona Sección 7ª, 581/2013 de 4 de junio, ROJ: SAP B 8072/2013 .

TERCERO

Si bien la atipicidad ya apuntada obliga a dictar una sentencia absolutoria, no queremos dejar de apuntar dos motivos más para dictar un fallo absolutorio a favor del acusado, incluso en el caso hipotético de estimación de la **ayahuasca** como sustancia psicotrópica por su contenido de DMT. **El primero de ellos sería la concurrencia de un error de prohibición** , por no tener el acusado a la **Ayahuasca** como sustancia ilícita, habiendo recabado información sobre ello de la documentación especializada correspondiente a su alcance.

Reproducimos aquí el planteamiento teórico que sobre el error mantienen fallos jurisprudenciales recientes como la STS ya citada STS, Penal sección 1 del 05 de octubre de 2015 (ROJ: STS 4902/2015) y donde se recoge la argumentación de la [STS 484/2015, de 7 de septiembre \(RJ 2015, 4178 \)](#) , según la cual "el error de prohibición evitable comporta una culpabilidad disminuida que ha de traducirse en una atenuación penológica. El error ha de considerarse evitable cuando el autor alberga razones para sospechar la ilicitud de su conducta y cuenta con medios para alcanzar el conocimiento de esa ilicitud, siéndole exigible hacer uso de ellos antes de actuar. La valoración sobre la vencibilidad del error es un juicio hipotético en el que, según se ha dicho con razón, lo decisivo no es estrictamente la posibilidad fáctica de evitar el error, sino también el deber de evitarlo (es más, si no es posible no existe el deber) (...)

Se suele razonar que una duda, incluso tenue, sobre la licitud de la conducta es suficiente para integrar la primera vertiente. Es más, ese estándar se mitiga con criterios normativos: basta con ser conscientes de circunstancias que aconsejarían verificar la licitud de la conducta. Con esta matización se quiere evitar primar a quien por su actitud de indiferencia hacia el Derecho ni siquiera se plantea si su conducta es o no lícita (el sujeto no duda nada porque el derecho le resulta indiferente)".

A partir de tal duda se plantea una carga, la de verificar la licitud de la actividad a desplegar y "el incumplimiento de esta carga tendrá como consecuencia que el autor no pueda invocar su déficit de conocimiento para fundar su irresponsabilidad penal.

(...)

Cuando la jurisprudencia es contradictoria se diferencia entre sentencias divergentes de tribunales de distinto rango (hay que estar al criterio del tribunal superior sin que el particular pueda invocar para sostener la invencibilidad de su error el del tribunal inferior). Cuando confluyen sentencias contradictorias de tribunales de igual jerarquía es opinión mayoritaria que el autor que hace suyo el criterio que le es más favorable, asume también el riesgo de violar la ley, de modo que si, no obstante, actúa, lo hace siempre, en principio en error de prohibición evitable, si no con conciencia eventual del ilícito; sin perjuicio de que alguno de esos supuestos pudiera ser tratado como caso de no exigibilidad".

En todo caso y como nos señala el TS, lo exigible es el conocimiento de la licitud de la conducta, una vez constatada la duda y, en ese caso, pronunciamientos contradictorios sobre este extremo (licitud/ilicitud de la conducta) de Tribunales inferiores, sin existencia de un fallo definitivo de un órgano superior, pueden fundamentar el error y su carácter invencible.

En el caso de autos, el acusado ha presentado expertos y documental que avalaban la misma solución que ahora mismo patrocina la Sala, es decir, la de la atipicidad de la conducta, por no ser la **ayahuasca** sustancia psicotrópica sujeta a fiscalización internacional ni nacional específica. Esta misma solución además, en defecto de pronunciamiento alguno del TS (desconocido para este Tribunal), se ve arropado por otros fallos dictados en el mismo sentido por otras Secciones de esta misma Audiencia, como la SAP Sección 7ª de 581/2013 de 4 de junio, ROJ: SAP B 8072/2013 o la SAP Sección 2ª de 557/2013 de 17 de junio, ROJ: SAP B 7937/2013. Tratándose además de una cuestión jurídicamente compleja, poco accesible para un particular, las comprobaciones por él realizadas sobre la base de la legalidad del consumo y adquisición en otros países (Brasil, EEUU y Holanda mencionó en su declaración), la asistencia a una conferencia en una asociación en defensa de tal sustancia y la consulta a un psiquiatra que no le puso problema alguno para su consumo, en el cual además no era neófito pues ya había consumido previamente la sustancia en otros encuentros en España, conforman un panorama que nos orienta hacia el error invencible.

En todo caso, analizaremos también la última de las cuestiones planteadas por la defensa por entender que incluso en el supuesto de vencibilidad del error, estaríamos ante una decisión que necesariamente ha de ser de absolución. Y en esta escala descendente, ocupando el lugar final, **planteaba la defensa el posible consumo compartido que convertiría en atípica la conducta de importación y tenencia de la sustancia por parte del acusado** . En la exposición del planteamiento teórico realizada en el fundamento jurídico primero de esta resolución seguimos la

reciente STS ya citada de 09 de diciembre de 2015 . Ahora analizaremos los requisitos del consumo compartido desde el punto de vista de los hechos que la Sala puede estimar probados a través de la prueba practicada en autos.

En primer término, la adquisición y recepción en España por parte del acusado de la **Ayahuasca** , en su día interceptada y objeto de entrega controlada por la Fuerza Pública, ha sido expresamente reconocido por el Sr. Faustino quien sostuvo que compró 11 litros de tal decocción, actuando conjuntamente con un grupo de personas que se reúnen a lo largo de un fin de semana en una casa rural alquilada o un centro de terapias alternativas. La **ayahuasca** se adquiere para ser consumida por todos los participantes, durante un ritual de meditación y reflexión, también reservado expresamente a los miembros del grupo y al que no tienen acceso personas ajenas. Señaló que eran 30 personas, todas ellas ya conocedoras de la decocción por haberla consumido previamente, y que pagaban por transferencia cada uno 40 euros por todos los gastos generados para las jornadas. Describió los efectos del consumo como sensaciones físicas de escalofríos y descenso del nivel de luz, entrando la mente en un estado de meditación o reflexión. Dijo igualmente que pensaba que la **ayahuasca** era legal en España, que al serlo en Brasil entendió que no debía estar prohibida en nuestro país y que incluso había consultado por sus efectos orgánicos a psiquiatras sin que le alertasen de ningún potencial daño físico o psicológico, habiéndola él probado en otras ocasiones y circunstancias similares, sin llegar a considerarse consumidor habitual de la misma.

La dinámica descrita (adquisición en grupo, poniendo todos los miembros previamente dinero, siendo uno de ellos el destinatario del paquete donde la decocción ya venía preparada, y siendo todos los partícipes personas que ya estaban iniciadas en el consumo de **ayahuasca** con carácter previo, con correlativo destino para el consumo inmediato durante un fin de semana de retiro espiritual en un lugar exclusivamente reservado para ello y sin presencia de terceros ajenos al grupo) la refrendaron los siguientes testigos: Dña. Erica , D. Matías y D. Victorino . La Sra. Sonia y el Sr. Matías daban cuenta sobre cómo la sustancia en el pasado les ayudó a dejar sus dependencias a los tóxicos (igual que manifestó el propio acusado sucedió en su caso) y todos ellos refrendaron que las reuniones del grupo eran 2/3/4 veces en el año para hacer meditación y sesiones terapéuticas con el auxilio de la decocción, conociéndose todos ellos de vista aunque no necesariamente por los nombres, y prolongándose las sesiones durante dos días, normalmente en fin de semana. Sobre los efectos físicos y psíquicos derivados del consumo, el Sr. Matías , por ejemplo, hablaba de que se alcanzaba un estado alterado de conciencia con ampliación de los sentidos y que ello le auxiliaba a ordenar lo desordenado y conocerse a sí mismo. Dijo igualmente que el preparado venía ya hecho de Brasil y desde allí se les asesoraba sobre la cantidad mínima a ingerir por cada partícipe.

La Sala estima sobre esta base probatoria que estamos ante una mecánica de "bolsa común" a la que alude el TS, como prolongación de la atipicidad del autoconsumo. En primer lugar no hay evidencia alguna sobre que el acusado recibiese excedente alguno económico por hacerse cargo (en esta ocasión, pues los testigos dijeron que se turnaban en tal cometido) de la recepción del preparado. Todos ellos, testigos y acusados señalaron que se compartían los gastos derivados de la adquisición e importación del bebedizo, así como la estancia, comida, bebida, velas, flores y demás efectos que se utilizaban durante las jornadas. Las mismas no estaban abiertas al público en general, sino que se trataba de un grupo en el que todos sus miembros (sobre 30) se conocían de vista previamente y, todos ellos, habían probado con antelación la **ayahuasca**. El Tribunal no entiende como sugestivo de la mendacidad de los testimonios el hecho de que los partícipes no conocieran los respectivos nombres de pila de todos los miembros del grupo, más allá del de aquellas personas con las que sentían mayor afinidad y con las que habían conversado alguna vez, como dijeron los testigos, si atendemos a que la finalidad de las jornadas no era tanto lúdica como de meditación y crecimiento personal. En todo caso, frente a la prueba testifical aportada por la defensa, que nos habla de un espacio y un ámbito personal restringido y reservado, privado y vedado al acceso de terceros no pertenecientes al grupo, la condición previa de personas que ya habían probado el preparado y la ausencia de remanente o contraprestación para quien se avenían a ser el destinatario en nombre de los restantes de la sustancia, ninguna prueba diversa permite afirmar lo contrario o poner en duda, razonablemente, las afirmaciones de los testigos. Entre ellos y el acusado tampoco media, que se haya puesto de relieve, una relación de parentesco o cercanía tal que nos haga poner seriamente en entredicho la potencial imparcialidad de sus manifestaciones, corroboradas por las del propio acusado. Y finalmente no medió contradicción alguna en sus

declaraciones que arroje una sombra de duda sobre su verosimilitud. En suma y también por este motivo entiende la Sala que debe dictarse, en este caso, una sentencia absolutoria.

CUARTO

PIEZAS DE CONVICCIÓN Y COSTAS.- Regula el destino de las piezas de convicción incautadas en toda clase de procedimientos penales el [RD 2782/76 de 12 de noviembre \(RCL 1976, 2334 \)](#) , según el cual, (artículo 2, punto 2º) "concluso el procedimiento a que estén afectos los objetos a que se refiere el número anterior (efectos del delito), se les dará el destino que se haya determinado en la sentencia o el que estuviere señalado por la Ley"; el párrafo 4º del mismo artículo dispone: "Si no existiere norma legal que imponga un destino determinado, ni tampoco se hubiese dispuesto en la sentencia cosa alguna sobre él, se observarán las reglas siguientes:

A) Las piezas de convicción consistentes en armas blancas, objetos contundentes, ganzúas, llaves falsas y otros objetos semejantes, pasarán al Museo Criminal si tuvieran interés criminológico, en caso contrario se inutilizarán.

B) Las armas de fuego y los objetos de ilícito comercio que hubieren sido intervenidos, sean propiedad del delincuente o de un tercero, recibirán el destino que determinen los respectivos reglamentos según su naturaleza

C) Los demás objetos, sin perjuicio de lo establecido en la regla 3ª (posible embargo para cubrir la responsabilidad civil si pertenecieren al delincuente), se devolverán a su propietario. Si éste no fuere conocido, se ignore su paradero o no compareciese para hacerse cargo de los mismos después de emplazado al efecto, se procederá en la forma que se prescribe en el artículo 4º"

Este artículo 4 prevé: " Los objetos de lícito comercio que no tengan propietario conocido y los que teniéndolo no hayan sido retirados por sus propietarios, previamente citados a tal fin, serán vendidos en pública subasta una vez transcurridos dos y tres años respectivamente, a contar de la fecha de la ocupación o del llamamiento al interesado, ingresándose su importe en el Tesoro, previa detracción de las costas judiciales si procediere, a no ser que carecieren de valor, en cuyo caso, acreditada su inutilidad y oído el Ministerio Fiscal, se destruirán".

En el presente caso, pese a que la sentencia es absolutoria, la orden de la Agencia Española de Medicamentos que pesa sobre la sustancia incautada sobre la base de la legislación administrativa de referencia, entendiéndose que puede suponer un riesgo para la salud, nos obliga a su destrucción, si es que aún se ha conservado en su integridad, atendido además de que en el tiempo transcurrido el bebedizo ha perdido sus propiedades originales y puede haber incrementado sus condiciones de insalubridad.

Procede la declaración de oficio de las costas ocasionadas, de conformidad con lo establecido en el [artículo 240.1º](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal \(LEG 1882, 16 \)](#) .

VISTOS los artículos citados, concordantes y demás preceptos legales de general y pertinente aplicación al caso,

FALLO

QUE DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a D. Faustino de la infracción penal que se le venía imputando en este procedimiento, declarándose de oficio las costas de este Juicio.

Se acuerda el comiso y la destrucción de la sustancia en su día aprehendida al acusado, bien se haya conservado en su integridad bien lo hayan sido únicamente muestras de la misma, atendida la decisión administrativa de órgano competente que pesa sobre la misma y supone su paralización e incautación.

Notifíquese al Ministerio Fiscal y a las demás partes, haciéndoles saber que contra la presente cabe la interposición de recurso de casación que deberá, en su caso, prepararse ante esta Sección 21ª de la Audiencia Provincial, en el plazo legal desde su última notificación.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación a los autos originales para su constancia y cumplimiento, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Seguidamente se cumple de lo

que doy fe.