



SECCION Nº1 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MALAGA

Fiscal Luis Portero García s/n planta 4ª

Audiencia.Secc1.Malaga.JUS@juntadeandalucia.es

Tlf.: 951939011 y 677982024/5. C. Malaya: 677982030.. Fax: 951939111.

NIG: 2906743220190011842

Nº Procedimiento:Procedimiento Abreviado 25/2020

Asunto: 100549/2020

Negociado: MM

Proc. Origen: Procedimiento Abreviado 98/2019

Juzgado Origen: JUZGADO DE INSTRUCCION Nº3 DE MALAGA

Contra: [REDACTED]

Procurador: JESUS OLMEDO CHELI

Abogado: ENRIQUE FRANCISCO OCAÑA GAMIZ

SENTENCIA Nº 86/2021

Ilustrísimos Sres.

PRESIDENTE

Dº JOSE GODINO IZQUIERDO

MAGISTRADOS

Dº JUAN RAFAEL BENITEZ YEBENES

Dª CARMEN Mª CASTELLANOS GONZALEZ

En la ciudad de Málaga, a diez de marzo de dos mil veintiuno.

Vista en juicio oral y público por la Sección Primera de esta Audiencia, la causa seguida por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Málaga, por un presunto delito contra la salud pública de sustancias que causan grave daño a la salud tipificado y penado en el art 368 del Código Penal, contra [REDACTED] mayor de edad, con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, nacido el día [REDACTED] en [REDACTED], hijo de [REDACTED] con domicilio en [REDACTED] de [REDACTED] en situación de prisión provisional comunicada y sin fianza por esta causa en virtud de Auto de fecha 5/4/2019 y en situación de libertad provisional en virtud de auto de fecha 25/6/2019, representado por el Procurador Sr. Olmedo Cheli y defendido por el letrado Sr. Francisco Azorin Ortega en sustitución del Sr. Letrado Enrique Ocaña Gamiz.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal, en la representación que le es propia y ponente la Magistrada Iltma. Doña Carmen Mª Castellanos González.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las presentes actuaciones se incoaron en virtud de Diligencias Previas 782/2019 del Juzgado de Instrucción nº 3 de Málaga.



Código Seguro de verificación:w2Rj+Re2G+Dgh04tynjMVA==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	CARMEN MARIA CASTELLANOS GONZALEZ 12/03/2021 09:42:00	FECHA	15/03/2021	
	JOSE GODINO IZQUIERDO 12/03/2021 09:53:42			
	JUAN RAFAEL BENITEZ YEBENES 12/03/2021 14:20:08			
	MARIA TERESA NIETO LEIVA 15/03/2021 16:09:40			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	w2Rj+Re2G+Dgh04tynjMVA==	PÁGINA	1/17



w2Rj+Re2G+Dgh04tynjMVA==



En virtud de Auto de fecha 8/10/2019 el Juzgado de referencia dispuso la continuación de las presentes actuaciones como diligencias previas del procedimiento abreviado, por si los hechos imputados a [REDACTED] fueren constitutivos de un presunto delito contra la salud pública de sustancias que causan grave daño a la salud previsto y tipificado en el artículo 368 del Código Penal.

Se formuló acusación por el Ministerio Fiscal, se aperturó el juicio oral en fecha 27/11/2019 y formuló el investigado escrito de defensa y se remitieron a esta Audiencia Provincial de Málaga para enjuiciamiento.

SEGUNDO.- Recibidas las actuaciones en este Tribunal se resolvió lo pertinente sobre las pruebas propuestas y se procedió a señalar para la celebración del juicio oral que tuvo lugar el día 8/3/2021.

TERCERO.- En el acto de la vista, y una vez la defensa aportó diversa documental la cual fue admitida por esta Sala y consistente en declaración de la renta del acusado, auto de archivo e informe de Ministerio Fiscal, y una vez realizada la actividad probatoria pertinente, el Ministerio Fiscal, elevando a definitivo su escrito de calificación provisional que obra en los folios 217 y 218 de las actuaciones, solicitó la condena del acusado como autor de un delito contra la salud pública de sustancias que causan grave daño a la salud del artículo 368 CP, a la pena de prisión de cuatro años, pena de multa, con responsabilidad personal subsidiaria de 30 días de conformidad al artículo 53.2 CP, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de las costas. Se procediera al decomiso de la sustancia intervenida.

La defensa de [REDACTED] solicitó la absolución de su defendido y de manera subsidiaria se aplicare el error de prohibición y/o de tipo.

CUARTO.- En la sustanciación de la presente causa se han observado las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

ÚNICO - Apreciadas en conciencia las pruebas practicadas resulta probado y así se declara que :

Sobre las 12:00 horas del día 4 de abril de 2019, se recibió en el Aeropuerto de Málaga, Terminal T3 de llegadas un paquete con conocimiento aéreo AWB- No 2342929153, enviado por la empresa de paquetería DHL, en el que figuraba como remitente y destinatario el acusado [REDACTED] - mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia-, el cual había sido objeto de entrega vigilada y controlada desde que fue interceptado en el aeropuerto de Leipzig (Alemania) procedente de Perú, que contenía una bolsa de plástico y a su vez 3 bolsas, una grande y dos mas pequeñas, estas ultimas con la leyenda "ARTE ARKANA", con un peso neto de 5.746 g de liquido viscoso marrón oscuro conocido como ayahuasca que contenía DMT (dimetiltriptamina) incluida en la lista I del Convenio sobre sustancias psicóticas de 21 de



Código Seguro de verificación:w2Rj+Re2G+Dgh04tynjMVA==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	CARMEN MARIA CASTELLANOS GONZALEZ 12/03/2021 09:42:00	FECHA	15/03/2021	
	JOSE GODINO IZQUIERDO 12/03/2021 09:53:42			
	JUAN RAFAEL BENITEZ YEBENES 12/03/2021 14:20:08			
	MARIA TERESA NIETO LEIVA 15/03/2021 16:09:40			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	w2Rj+Re2G+Dgh04tynjMVA==	PÁGINA	2/17



w2Rj+Re2G+Dgh04tynjMVA==



febrero de 1971 y cuyo uso esta prohibido al ser sustancia estupefaciente, valorada en 103.198,16€ en el mercado ilícito, si bien desconociéndose en que tanto por ciento existía el DMT en la mezcla, así como su riqueza, concentración y por ello efectos concretos, no constando que fuese destinada a otro fin que el consumo propio del acusado.

Dicho paquete fue objeto de entrega vigilada mediante auto de fecha 2 de abril de 2019 del Juzgado de Instrucción nº 13 de Málaga, siendo el acusado detenido en el momento en que efectuó la recogida del mismo.

La ayahausca como tal preparado vegetal no es objeto de fiscalización, prohibición o control ni internacional ni nacional en España, como sustancia psicotrópica, droga o estupefaciente.

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, 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 triplo 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 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



Código Seguro de verificación:w2Rj+Re2G+Dgh04tynjMVA==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	CARMEN MARIA CASTELLANOS GONZALEZ 12/03/2021 09:42:00	FECHA	15/03/2021	
	JOSE GODINO IZQUIERDO 12/03/2021 09:53:42			
	JUAN RAFAEL BENITEZ YEBENES 12/03/2021 14:20:08			
	MARIA TERESA NIETO LEIVA 15/03/2021 16:09:40			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	w2Rj+Re2G+Dgh04tynjMVA==	PÁGINA	3/17



w2Rj+Re2G+Dgh04tynjMVA==



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.



Código Seguro de verificación:w2Rj+Re2G+Dgh04tynjMVA==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	CARMEN MARIA CASTELLANOS GONZALEZ 12/03/2021 09:42:00	FECHA	15/03/2021	
	JOSE GODINO IZQUIERDO 12/03/2021 09:53:42			
	JUAN RAFAEL BENITEZ YEBENES 12/03/2021 14:20:08			
	MARIA TERESA NIETO LEIVA 15/03/2021 16:09:40			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	w2Rj+Re2G+Dgh04tynjMVA==	PÁGINA	4/17



w2Rj+Re2G+Dgh04tynjMVA==



-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).

SEGUNDO.- TIPICIDAD DE LOS HECHOS ENJUICIADOS.

La cuestión 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. En este sentido cabe citar, entre otras la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 21ª, de fecha 23/5/2016.

“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 y STS 223/1997 de 18 de marzo -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 debamos 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). 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".



Código Seguro de verificación:w2Rj+Re2G+Dgh04tynjMVA==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	CARMEN MARIA CASTELLANOS GONZALEZ 12/03/2021 09:42:00	FECHA	15/03/2021	
	JOSE GODINO IZQUIERDO 12/03/2021 09:53:42			
	JUAN RAFAEL BENITEZ YEBENES 12/03/2021 14:20:08			
	MARIA TERESA NIETO LEIVA 15/03/2021 16:09:40			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	w2Rj+Re2G+Dgh04tynjMVA==	PÁGINA	5/17



w2Rj+Re2G+Dgh04tynjMVA==



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 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



Código Seguro de verificación:w2Rj+Re2G+Dgh04tynjMVA==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	CARMEN MARIA CASTELLANOS GONZALEZ 12/03/2021 09:42:00	FECHA	15/03/2021	
	JOSE GODINO IZQUIERDO 12/03/2021 09:53:42			
	JUAN RAFAEL BENITEZ YEBENES 12/03/2021 14:20:08			
	MARIA TERESA NIETO LEIVA 15/03/2021 16:09:40			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	w2Rj+Re2G+Dgh04tynjMVA==	PÁGINA	6/17



w2Rj+Re2G+Dgh04tynjMVA==



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 psicotrópicas, 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 psicotrópicas 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 psicotrópicas. 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 psicotrópicas 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.



Código Seguro de verificación:w2Rj+Re2G+Dgh04tynjMVA==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	CARMEN MARIA CASTELLANOS GONZALEZ 12/03/2021 09:42:00 JOSE GODINO IZQUIERDO 12/03/2021 09:53:42 JUAN RAFAEL BENITEZ YEBENES 12/03/2021 14:20:08 MARIA TERESA NIETO LEIVA 15/03/2021 16:09:40	FECHA	15/03/2021
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es w2Rj+Re2G+Dgh04tynjMVA==	PÁGINA	7/17



w2Rj+Re2G+Dgh04tynjMVA==



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, 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). 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



Código Seguro de verificación:w2Rj+Re2G+Dgh04tynjMVA==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	CARMEN MARIA CASTELLANOS GONZALEZ 12/03/2021 09:42:00 JOSE GODINO IZQUIERDO 12/03/2021 09:53:42 JUAN RAFAEL BENITEZ YEBENES 12/03/2021 14:20:08 MARIA TERESA NIETO LEIVA 15/03/2021 16:09:40	FECHA	15/03/2021
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es w2Rj+Re2G+Dgh04tynjMVA==	PÁGINA	8/17



w2Rj+Re2G+Dgh04tynjMVA==



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) 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 , 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)."

La DMT se encuentra presente de manta natural en muchas especies animales y en la orina, sangre y liquido cefalorraquídeo humanos, si bien se desconoce a día de hoy su papel fisiológico. (En este sentido se pronuncio el informe pericial de la defensa elaborado por Dr. José Carlos Bouso- Licenciado en psicología, Doctor en Farmacología y por Cosntanza Sánchez Aviles, Doctora en relaciones Internacionales y Derecho Internacional, y ratificado en el acto de la vista).

"Sobre la inclusión del DMT en el Convenio, 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



Código Seguro de verificación:w2Rj+Re2G+Dgh04tynjMVA==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	CARMEN MARIA CASTELLANOS GONZALEZ 12/03/2021 09:42:00	FECHA	15/03/2021
	JOSE GODINO IZQUIERDO 12/03/2021 09:53:42		
	JUAN RAFAEL BENITEZ YEBENES 12/03/2021 14:20:08		
	MARIA TERESA NIETO LEIVA 15/03/2021 16:09:40		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	9/17
w2Rj+Re2G+Dgh04tynjMVA==			



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, pues como manifestó el Dr. José Carlos Bouso en el acto de la vista la DMT por si sola no es activa. La intensidad máxima de los efectos de la DMT es aproximadamente el doble de la intensidad máxima de los efectos de la ayahuasca a dosis equipotenciales. Esto, sumado a que solamente es absorbido aproximadamente el 15% de la DMT contenida en la ayahuasca, hace que los efectos globales de ésta sean mucho menos intensos que los dela DMT pura”.


La Dra. Cosntanza Sánchez Aviles, en el informe pericial que obra en autos, estableció que la Ayahuasca se obtiene generalmente a partir de la decocción de dos plantas: Banisteriopsis caapi y Psychotria viridis. Esta ultima contiene DMT, un alcaloide triptaminico fiscalizado en el Convenio sobre Sustancias psicotropicas de 1971. Que a efectos psicológicos “se tienen visiones como en los sueños” .

El citado informe expone que la ayahuasca es el nombre quechua para referirse tanto al liquido resultante de la decocción lenta de una liana amazónica llamada Banisteriopsis caapi, como la propia liana que contiene los compuestos harmina, harmalina y tetrahidroharmina, y cuyo uso tradicional esta ampliamente expandido por el Noroeste Amazonico por parte de culturas indígenas que la utilizan desde hace centenares de años con fines medicinales. A principios del siglo pasado la ayahuasca empezó a ser utilizada como sacramento por algunas religiones sincreticas que combinaban el chamanismo amerindio, la religiosidad africana, el esoterismo europeo y el cristianismo.

“Volviendo 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, 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 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



Código Seguro de verificación:w2Rj+Re2G+Dgh04tynjMVA==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	CARMEN MARIA CASTELLANOS GONZALEZ 12/03/2021 09:42:00	FECHA	15/03/2021
	JOSE GODINO IZQUIERDO 12/03/2021 09:53:42		
	JUAN RAFAEL BENITEZ YEBENES 12/03/2021 14:20:08		
	MARIA TERESA NIETO LEIVA 15/03/2021 16:09:40		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	10/17
			
w2Rj+Re2G+Dgh04tynjMVA==			



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 (JIFE) (Ex informe pericial aportado por la defensa) que viene a contradecir frontalmente esa inicial conclusión.

Este 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 citado por la defensa en su informe pericial, ratificado en el acto de la lista, que expone que "en su informe Anual correspondiente a 2010 (párrafo 284), la JIFE sostiene que aunque algunos ingredientes activos con efectos estimulantes o alucinógenos contenidos en ciertas plantas están sometidos a fiscalización en virtud del Convenio de 1971, actualmente no hay ninguna planta fiscalizada de conformidad con ese



Código Seguro de verificación:w2Rj+Re2G+Dgh04tynjMVA==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	CARMEN MARIA CASTELLANOS GONZALEZ 12/03/2021 09:42:00	FECHA	15/03/2021	
	JOSE GODINO IZQUIERDO 12/03/2021 09:53:42			
	JUAN RAFAEL BENITEZ YEBENES 12/03/2021 14:20:08			
	MARIA TERESA NIETO LEIVA 15/03/2021 16:09:40			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	w2Rj+Re2G+Dgh04tynjMVA==	PÁGINA	11/17



w2Rj+Re2G+Dgh04tynjMVA==



Convenio ni con la Convención de 1988. tampoco los preparados (por ejemplo las decocciones para consumo oral) elaborados a partir de plantas que contienen esos ingredientes activos son objeto de fiscalización internacional (JIFE 2010).

De otra parte, debe destacarse que obra en las actuaciones informe de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, que establece que la DMT se encuentra incluida en la Lista I Del Convenio sobre sustancias psicotrópicas de 21 de febrero de 1971 (suscrito por España mediante instrumento de Adhesión el 2 de febrero de 1973), quedando sometida a la fiscalización del derecho internacional y cuyo uso esta prohibido tal como indica el artículo 7 a de dicho Convenio, excepto el que con fines científicos y fines medico muy limitados hagan personas debidamente autorizadas en establecimientos médicos o científicos que estén bajo la fiscalización directa de sus gobiernos o expresamente aprobados por ellos.

En relación a la Ayahuasca la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE), tras ser consultada por las Autoridades Españolas en relación a la fiscalización de esta sustancia concluye que aunque la ayahuasca no se encuentra actualmente fiscalizada, la DMT que contiene esta sometida a fiscalización e incluida en la Lista I del Convenio de 1971.

A nivel nacional, la legislación española en el real Decreto 2829/1997, de 6 de octubre, sobre fabricación, distribución, prescripción y dispensación de sustancias y preparados psicotrópicos, establece que queda prohibidos el uso, la fabricación, importación, exportación, tránsito, comercio, distribución y tenencia así como la inclusión en todo preparado de las sustancias incluidas e la Lista I del citado Convenio.


“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 no 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 aquella 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 trascritos 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”.

Respecto a la legislación nacional, nos remitimos, pues, a lo ya expuesto en lo referente a La *Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios*.



Código Seguro de verificación:w2Rj+Re2G+Dgh04tynjMVA==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	CARMEN MARIA CASTELLANOS GONZALEZ 12/03/2021 09:42:00	FECHA	15/03/2021
	JOSE GODINO IZQUIERDO 12/03/2021 09:53:42		
	JUAN RAFAEL BENITEZ YEBENES 12/03/2021 14:20:08		
	MARIA TERESA NIETO LEIVA 15/03/2021 16:09:40		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	12/17
		 w2Rj+Re2G+Dgh04tynjMVA==	



“Cabe citar también el artículo 1 del RD 1194/2011 que 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: 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 lo 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.

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, de control de precursores de drogas; el Real Decreto 1573/1993, de 10 de septiembre, 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); 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 el hecho de que en la decocción esté presente el DMT, *(que en la mayoría de las muestras habituales esta presente el 0,05%,*



Código Seguro de verificación:w2Rj+Re2G+Dgh04tynjMVA==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	CARMEN MARIA CASTELLANOS GONZALEZ 12/03/2021 09:42:00	FECHA	15/03/2021
	JOSE GODINO IZQUIERDO 12/03/2021 09:53:42		
	JUAN RAFAEL BENITEZ YEBENES 12/03/2021 14:20:08		
	MARIA TERESA NIETO LEIVA 15/03/2021 16:09:40		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	13/17
w2Rj+Re2G+Dgh04tynjMVA==			



según manifestó en el acto del plenario la perito Constanza Sánchez Aviles), 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 y, 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 Órdenes Ministeriales que han afectado a sustancias tales como la 4-metiltioanfetamina -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 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-metilendioxiropivalerona (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".

Por lo que expuesto todo lo anterior, debe concluirse en nuestro caso de autos, que el acusado fue detenido por los Agentes de la Guardia Civil con numero profesional M 16718 N y S 27352 P, en el momento que efectuaba la recogida del paquete que se remitió él mismo



Código Seguro de verificación:w2Rj+Re2G+Dgh04tynjMVA==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verificarmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	CARMEN MARIA CASTELLANOS GONZALEZ 12/03/2021 09:42:00	FECHA	15/03/2021
	JOSE GODINO IZQUIERDO 12/03/2021 09:53:42		
	JUAN RAFAEL BENITEZ YEBENES 12/03/2021 14:20:08		
	MARIA TERESA NIETO LEIVA 15/03/2021 16:09:40		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	14/17
w2Rj+Re2G+Dgh04tynjMVA==			



w2Rj+Re2G+Dgh04tynjMVA==



desde Perú, que el Agente de la Guardia Civil, instructor de las diligencias, con numero profesional J 51280 C, participo en la apertura del paquete, que se le realizo el test antidroga Drug- Wipe- Test “ de Anfetamina con resultado positivo, que el perito Jefe de Sección de Inspección Farmacéutica y Control de Drogas 7491401846 A 1209, cuyo informe obra en los folios 151 a 153 de las actuaciones, que concluye que la sustancia intervenida era DMT incluida en la Lista I del Convenio de 1971, no especificó en qué tanto por ciento existía en la mezcla o su riqueza, limitándose a manifestar que para el análisis se siguen las recomendaciones de Naciones Unidas y que se determina la pureza cuando se puede y que en este caso no se disponía de *patrones y métodos necesarios*, que el perito con numero 104.640, cuyo informe obra en el folio 156 de las actuaciones, que elaboro el informe de valoración, manifestó que el peso de la sustancia era de 5.745 g, que eran 22.984 unidades, y la valoración de cada unidad era de 250 miligramos. El valor en el mercado ilícito es de 103.198,16€.

Es por lo que en méritos a lo expuesto, el pronunciamiento de la presente resolución no puede ser otro que el absolutorio por ausencia de tipicidad de los hechos, por falta de inclusión de la Ayahuasca en la legislación sectorial, internacional y nacional correspondiente,- y en este caso concreto, ni siquiera se ha podido determinar la pureza, riqueza o porcentaje que contenía de DMT- siendo que el acusado la adquirido para consumo y uso propio- no se ha acreditado lo contrario-, y en particular para los problemas de cirrosis que dice padecer debido a hepatitis sufridas, que lo usa como medicina para todos los días, que lo tomaba por la noche y “ *dormía como los ángeles*”, y a su vez “*le ayuda para su depuración física y metal*”.

En este sentido absolutorio se ha pronunciado la *Audiencia Provincial de Málaga* Sección Novena, en el Rollo de Sala 1/2014, en sentencia de fecha 13/5/2014, 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, Sentencia de la *Audiencia Provincial de Barcelona*, Sección 21ª, de fecha 23/5/2016, Sentencia de la *Audiencia Provincial de Barcelona*, Sección 21ª, de fecha 10/10/2019, SAP de Alicante, Sección 3ª, de fecha 4 de mayo de 2015 (ROJ: SAP A 2506/2015 – ECLI:ES:APA:2015:2506), *SAP de Alicante*, Penal, sección 10, del 05 de enero de 2015 (ROJ: SAP A 1085/2015 – ECLI:ES:APA:2015:1085), *SAP de Santa Cruz de Tenerife*, Penal sección 5 del 17 de febrero de 2012 (ROJ: SAP TF 611/2012 – ECLI:ES:APTF:2012:611).

TERCERO.- PIEZAS DE CONVICCION Y COSTAS

Regula el destino de las piezas de convicción incautadas en toda clase de procedimientos penales el RD 2782/76 de 15 de octubre, según el cual, (artículo 2, punto 2 °) "concluido 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



Código Seguro de verificación:w2Rj+Re2G+Dgh04tynjMVA==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	CARMEN MARIA CASTELLANOS GONZALEZ 12/03/2021 09:42:00	FECHA	15/03/2021	
	JOSE GODINO IZQUIERDO 12/03/2021 09:53:42			
	JUAN RAFAEL BENITEZ YEBENES 12/03/2021 14:20:08			
	MARIA TERESA NIETO LEIVA 15/03/2021 16:09:40			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	w2Rj+Re2G+Dgh04tynjMVA==	PÁGINA	15/17



w2Rj+Re2G+Dgh04tynjMVA==



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*, entendiendo 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.

Procediendo la absolución del acusado debemos declarar de oficio las costas procesales. (Artículo 123 del Código Penal y Art. 240 de la L.E.Crim.)

En atención a lo expuesto,

F A L L A M O S

Que debemos **ABSOLVER Y ABSOLVEMOS** a [REDACTED] del delito contra la salud pública de que le venía acusando el Ministerio Fiscal, declarando de oficio las costas del juicio.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra ella cabe interponer recurso de apelación para ante la *Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía* que, en su caso, deberá interponerse ante esta Audiencia en el plazo de diez días contados a partir del siguiente a la última notificación de la presente.

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



Código Seguro de verificación:w2Rj+Re2G+Dgh04tynjMVA==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	CARMEN MARIA CASTELLANOS GONZALEZ 12/03/2021 09:42:00	FECHA	15/03/2021	
	JOSE GODINO IZQUIERDO 12/03/2021 09:53:42			
	JUAN RAFAEL BENITEZ YEBENES 12/03/2021 14:20:08			
	MARIA TERESA NIETO LEIVA 15/03/2021 16:09:40			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	w2Rj+Re2G+Dgh04tynjMVA==	PÁGINA	16/17



w2Rj+Re2G+Dgh04tynjMVA==



PUBLICACION.- Leída por el Sra. Magistrada Ponente y publicada fue la anterior sentencia por los Sres. Magistrados que la suscriben, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, doy fe.

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

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



Código Seguro de verificación:w2Rj+Re2G+Dgh04tynjMVA==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	CARMEN MARIA CASTELLANOS GONZALEZ 12/03/2021 09:42:00	FECHA	15/03/2021	
	JOSE GODINO IZQUIERDO 12/03/2021 09:53:42			
	JUAN RAFAEL BENITEZ YEBENES 12/03/2021 14:20:08			
	MARIA TERESA NIETO LEIVA 15/03/2021 16:09:40			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	w2Rj+Re2G+Dgh04tynjMVA==	PÁGINA	17/17



w2Rj+Re2G+Dgh04tynjMVA==