

12/

AUTOCULTIVO DE CANNABIS EN ESPAÑA: ANÁLISIS Y PROYECTO DE LEY

Hugo Martínez: Observatorio Europeo de Cultivo y Consumo de Cannabis, OECCC.
(hola@observatoriocannabis.com)

Héctor Broton: Observatorio Europeo de Cultivo y Consumo de Cannabis, OECCC.
(hola@observatoriocannabis.com)

INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS

Aunque las ideas que se exponen las defendemos desde hace décadas, la línea de trabajo que lleva a este borrador la comenzamos a principios del 2014, con la publicación de varios documentos previos. El desencadenante fue comprobar como en el contexto internacional han consolidado avances de gran relevancia en este sector. Queríamos estar preparados para, cuando llegara la onda expansiva a España, proponer una regulación bien fundada jurídicamente, además de inclusiva y democrática .

METODOLOGÍA

Esta propuesta de Proyecto de Ley sigue en sus argumentaciones y conclusiones el método científico, con atención al estudio de textos legales y más de 1000 casos reales de procedimientos judiciales, así como al contexto histórico y sociológico. Además se realizó una revisión bibliográfica y un estudio exploratorio entre autocultivadores.

RESULTADOS

ANÁLISIS HISTÓRICO Y SOCIOLÓGICO

Al esquematizar la revisión histórico social, se comprueba que va en paralelo a la jurídica. En los puntos históricos importantes, existe también un aspecto legal, en especial medidas criminalizadoras, consistentes en aplicación de penas punitivas. Por ejemplo, tenemos constancia de los pioneros del autocultivo por las noticias de sus detenciones. Así en 1954 aparece una plantación en Alcalá de Guadaíra (Sevilla) y otra en Vega de Tajo (Toledo), y en 1966 aparecen tres pequeñas plantaciones en Langreo (Asturias). (USÓ 2009, p. 50).

En 1992 se aprueba una nueva Ley de Seguridad ciudadana, conocida popularmente como «Ley Corcuera». A partir de esta ley se aumenta la represión sobre los usuarios de cannabis, con cacheos y multas. Diversos autores sugieren que la aparición de esta ley incrementó el autocultivo. (GAMELLA y JIMÉNEZ, 2005, p.45). En efecto, aparece en 1993 la asociación ARSEC, en 1997 abre la primera growshop en Madrid, con el nombre Houseplant, y en 1999 la growshop L'interior empieza a vender semillas de cannabis pagando IVA.

Con el crecimiento de asociaciones, growshops y autocultivadores, aparece, a partir del 2000, la teoría de que hay agentes sociales que realizan apología del cannabis, (CALAFAT et al., 2000, p. 263). Esta

idea de criminalización del movimiento cannábico se cristaliza en 2002, con una declaración del delegado del Gobierno para el Plan Nacional Sobre Drogas, Gonzalo Robles, donde asegura que consultaría con la Fiscalía General del Estado como actuar contra revistas y growshops que pueden "hacer una clara cultura de apología del consumo" (BALBAS, 2002).

La consulta ante Fiscalía consigue efectos totalmente contrarios a los pretendidos. Fernando Sequeros Sazatornil, Fiscal del Tribunal Supremo, publica en 2003 el estudio "La venta de semillas de cannabis, de equipos y materiales para su cultivo, así como su propaganda, como actos con trascendencia penal", donde afirma que la venta de semillas de cannabis y equipos para su cultivo, así como su publicidad, son actos sin trascendencia penal, siempre que no se excedan los límites del autocultivo (SEQUEROS, 2003).

Así se sigue desarrollando la industria del autocultivo. Las growshops son la parte más visible de un sector comercial muy completo, que incluye mayoristas, fabricantes y varias ferias. También a los bancos de semillas, donde España destaca a nivel internacional en las feminizadas y autoflorecientes. Por ejemplo, la edición 2017 de la International Highlife Guide incluye en su sección española 890 growshops, 100 mayoristas y 70 bancos de semillas, además de otros epígrafes. Otro ejemplo es el catálogo 2016/2017 del mayorista Hortitec, con 12000 referencias y más de 600 páginas en su edición física.

Con estos ingredientes llegamos al 2017, donde la ley sigue en el centro de debate. La novedad es que se supera el estadio punitivo, para llegar al de la metareflexión sobre la ley misma, con instrumentos como Propositiones No de Ley, Iniciativas Legislativas Populares, preguntas parlamentarias, petición de ponencias o Proyectos de Ley, en la mayoría de estas iniciativas estuvo presente el autocultivo.

REVISIÓN BIBLIOGRÁFICA AUTOCULTIVADORES Y PERITAJES

Al investigar sobre el autocultivo y los autocultivadores aparecen muchas referencias bibliográficas sobre el cultivo, pues la cultura cannábica ha creado abundantes manuales y revistas, pero en relación con los autocultivadores en concreto apenas existe información. Los autocultivadores domésticos «no solo han escapado de la atención de las autoridades, sino también de los investigadores» (WEISHEIT, 2014, p. 146). Decorte también señala la infrainvestigación sobre «los cultivadores de cannabis independientes a pequeña escala» (DECORTE, 2010, p. 271). Se puede comprobar el fracaso de políticas represivas en que el cultivo de cannabis «ha florecido tanto en países represivos

como en países tolerantes, sin distinciones» y en muchos casos las razones son diferentes de las financieras (DECORTE, 2012, p. 116).

Un estudio, realizado con variedades comerciales, consiguió un rendimiento medio por planta de 28,1 gramos, además de señalar la intensidad lumínica y la variedad de la planta como factores determinantes, por lo que se pronuncian en contra de peritaciones directas en función del número de plantas (VANHOVE, VAN DAMME y MEERT, 2011, p. 162). Conrad también señala una serie de dificultades para hacer peritaciones según el número de plantas, ya que en exterior pueden producir grandes cantidades, mientras que los cultivadores que emplean la técnica Sea Of Green necesitan gran cantidad de pequeñas plantas. Como solución propone un criterio científico para que los pacientes puedan calcular su producción anual, con una fórmula desarrollada en 1992 por la Drug Enforcement Administration (DEA) publicada como "Cannabis Yields". Se trata sencillamente de que 100 pies cuadrados de canopia madura rendirán unas tres libras al año de cogollos listos para el consumo. Es decir 1360 gr por 9,2 metros cuadrados que son 146 gr por metro cuadrado. (CONRAD 2013, p. 4).

ESTUDIO EXPLORATORIO

En el estudio exploratorio, la mayoría de los informantes se consideran contrarios a un registro de autocultivadores. Todos los informantes consideran su consumo propio cubierto con una provisión anual de 10 gramos diarios, con distintos grados de satisfacción. A esto hay una excepción, los que fuman hachís de autocultivo, donde los rendimientos normales en una extracción están en torno al 7%-10%, mientras que para las extracciones que fuman los más exigentes los retornos andan entre el 1% y el 3%. Estos últimos datos vienen recogidos en el protocolo de Naciones Unidas, ST/NAR/40. Por tanto, para hacer un Proyecto de Ley totalmente inclusivo, sería necesario diseñar una excepción para este colectivo. Conviene recordar que España es un país con más cultura de fumadores de hachís que de marihuana.

Más allá de aceptar la solución de diez gramos diarios, en la declaración de valores los informantes señalan dos modelos ideales para el cannabis: el de los tomates, también asimilado a verduras y huevos, o el del pacharán y otras bebidas alcohólicas de baja graduación.

ANÁLISIS JURÍDICO

- Ley y jurisprudencia

La norma que castiga penalmente el cultivo de cannabis es muy escueta y ambigua. El artículo 368 C.P castiga a "los que ejecuten

actos de cultivo que promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de cannabis". Por otro lado, la jurisprudencia, al aplicar este artículo con respecto al cannabis, considera que esta sustancia no causa grave daño a la salud y le aplica una pena menor: de 1 a 3 años de prisión y multa del tanto al duplo del valor del cannabis.

Además, según el tener literal de la norma, en lo aquí relevante, si no existe una intención de difundir esa sustancia a terceros, no existiría delito. A pesar de esto, la policía suele intervenir cuando observa o tiene indicios de que hay un cultivo, al igual que los jueces suelen dictar órdenes de entrada y registro. Sin embargo, no hay datos estadísticos de cuando se deniegan estas solicitudes, aunque nos consta que se da el caso.

A nivel europeo, la Decisión Marco del Consejo de 25 de octubre del 2004, señala el cultivo de cannabis como una de las conductas punibles, si bien excluye esta conducta cuando sus autores hayan actuado exclusivamente con fines de consumo personal, tal como lo defina la legislación nacional. Este último inciso empuja esa regulación con la que concluiremos en la presente exposición, teniendo en cuenta que la falta de claridad del precepto penal conlleva una inseguridad jurídica contraria al artículo 9.3 de la Constitución Española, como veremos más adelante.

- Doctrina científica

La posición mayoritaria de la doctrina jurisprudencial declara penalmente relevante el cultivo cuando tal comportamiento sea peligroso para la salud pública, peligrosidad del comportamiento que vendrá determinada por la posibilidad de que la materia prima cultivada pueda ser destinada a terceras personas. (DÍEZ Y MUÑOZ, 2012, p.12)

Todos aquellos cultivos de elementos tóxicos que no tengan o bien capacidad objetiva para ser difundidos y por lo tanto afectar a la salud pública, o bien subjetivamente no estén destinados a la difusión del consumo ilegal, sino a otros fines, son atípicos por no cumplir con los requisitos generales exigidos. (JUBERT, 1999, p. 120)

Además, al no obtener el autocultivador un precio por la cosecha, dicho elemento contribuiría a no poder subsumir dicha conducta dentro del tipo. Así autores como Gómez-Aller dicen: "En los casos de transmisión compasiva, consumo compartido, etc., la jurisprudencia considera que la ausencia de contraprestación es un requisito imprescindible para la atipicidad" (GÓMEZ-ALLER,

2013, pp.19-20). Por lo tanto, en este sentido, hay doctrina y jurisprudencia que opina que debe concurrir el ánimo de lucro como dato integrador del elemento subjetivo del tipo.

Para parte de la doctrina, por tanto, el cultivo sería legal de la misma manera que el consumo; dado que es evidente que el consumo en un ámbito privado no está sancionado, no puede considerarse ilegal el mismo y en consecuencia tampoco su cultivo para ese fin. Así, por el principio de culpabilidad y por la propia configuración del estado como liberal, una acción que no afecte a los bienes o derechos de terceros nunca podría ser considerada ilegal.

- Casos reales

En los más de 1000 casos defendidos desde el estudio jurídico Brotsanbert han existido absoluciones hasta con 7 kg, incluso con 11 kg cuando se realizan extracciones del cannabis. Una vez realizado un estudio de prácticamente toda la jurisprudencia, también encontramos condenas con 250 gramos, dependiendo del aprovisionamiento que se considere. Este aprovisionamiento puede ser el de 5 a 15 días. Criterio que ha sido trasladado del enjuiciamiento de otras drogas, o del cannabis ya procesado. Por otro lado, se ha tenido en cuenta en una mayoría de casos la realidad biológica: que el cannabis tiene un ciclo de cultivo, ya sea anual en exterior o cuatrimestral en interior, como ha dejado claro el TS en su sentencia del Pleno nº 484/2015 de 7 de septiembre, página 26, cuando dice: "El cannabis, como es sabido, es uno de los estupefacientes con ciclo natural de cosecha".

Además, hemos constatado variabilidad sobre lo que se considera cannabis: hay sentencias que no consideran necesario el THC (contrariamente a lo dice la Agencia Española del Medicamento, órgano competente para establecer este concepto); otras que entienden no incluíbles en el objeto del delito las plantas macho; y otras, que la sustancia fiscalizable está compuesta únicamente por las flores y hojas anexas, tal como indica la Convención Única sobre Estupefaciente de Viena de 1961. Sin embargo, muchas sentencias incluyen también las hojas grandes, los tallos pequeños, o incluso toda la planta.

Asimismo, hemos constatado que el consumo medio de los autocultivadores está entre 5 y 10 gramos, (aunque hay mayores, como indica el acuerdo del pleno del TS de 19 de octubre 2001, de hasta 20 gramos,). Así como también los hay menores. Estos datos los hemos extraído teniendo en cuenta las periciales psicológicas sobre cantidades de consumo que se aportan en los

procedimientos penales. Por lo tanto, es evidente que nos encontramos ante una regulación del autocultivo, que no casa bien con el principio de seguridad jurídica.

- Pena de banquillo

En los diferentes procedimientos en los que Héctor Brotons ha llevado la defensa, su conclusión es que aunque en la mayoría de ellos se consiga una sentencia absolutoria, por no existir el propósito de traficar con la sustancia, los investigados han pasado por un largo procedimiento de varios años, donde se enfrentan a una posible pena de prisión y multa. Esto supone el consiguiente estrés, así como el estigma social, familiar o laboral y los gastos de la defensa, lo que podría afectar a la salud del usuario. Al igual que el estrés que puede generar el no poder saber si vas a ser acusado de un delito o no, que se agrava cuando se trata de usuarios terapéuticos.

- Vulneración de los derechos fundamentales

Entendemos que la actual configuración legal supone transgredir derechos. Ya hemos explicado anteriormente que se compromete el derecho a la seguridad jurídica. En cuanto a otros derechos sustantivos, entendemos que se vulnera el derecho a la salud, en cuanto se impide a los usuarios cultivarse su propia sustancia, no teniendo que acudir al mercado negro, donde no existe un control de salubridad. Esto se acentúa en aquellos usuarios terapéuticos que quieren paliar los síntomas de su enfermedad con esta sustancia.

La actual regulación también incumple el derecho a la igualdad ante la ley (artículo 14 CE), por el agravio comparativo que sufren los cultivadores y usuarios de cannabis con respecto al de otras drogas, como el tabaco y el alcohol.

Existe también una relación con el derecho a la información veraz (art. 20.1 CE), pues la criminalización impide la misma. Entendemos que aquello que puede producir tanto bien como mal no debe ni prohibirse ni promocionarse, sino que lo que hay que hacer es dar información.

Pasando al plano más filosófico y ontológico, concluimos afirmando que esta regulación afecta al derecho al libre desarrollo de la personalidad, en cuanto a dejar libertad a cada individuo de que se realice a sí mismo de la manera que considere conveniente; siempre que no afecte a los derechos de otros ciudadanos o a bienes jurídicos colectivos.

Como afirma el Tribunal Supremo en un voto particular a la sentencia 698/2016: "la salud individual no puede protegerse penalmente contra la voluntad libremente formada de su titular. El cultivo de cannabis exclusivamente para el propio consumo es un acto de libre desarrollo de la personalidad en el que no hay lesividad alguna". En este sentido, Diez-Picazo ha señalado que: "el derecho al libre desarrollo de la personalidad comporta un rechazo radical de la siempre presente tentación del paternalismo del Estado, que cree saber mejor que las personas lo que conviene a éstas y lo que deben hacer con sus vidas" (DIEZ-PICAZO, 2003, pp.64-66). Es decir, los ciudadanos tienen que elegir el sentido de su propia existencia, de acuerdo a sus valores, ideas, expectativas, gustos, etc...

Todo lo anterior se ha de analizar desde el prisma del principio de proporcionalidad: según el Tribunal Constitucional (STC 66/1995): "se ha de exigir en el ámbito del derecho sancionador, que la medida objeto de control sea proporcionada o equilibrada, por derivarse de la misma más ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto".

CONCLUSIONES

NI TAN MALO NI TAN BUENO

El cannabis ni es tan malo ni es tan bueno. El cannabis, como otras sustancias, es susceptible de provocar problemas de salud si se lleva a cabo un consumo problemático; pero también puede paliar los síntomas de una enfermedad. Asimismo, también puede ser utilizado de manera lúdica para socializarse o simplemente por placer, sin crear con esto ningún problema (como sucede con el vino en la mayoría de la población).

UN MENSAJE CRIMINALIZADOR ALEJA LA INTERVENCIÓN

Con los mensajes criminalizadores no abordamos la verdadera protección del bien jurídico en cuestión: la salud pública. Producen además efectos perniciosos, como la desacreditación de las instituciones y agentes sociales intervinientes. Sin embargo, con mensajes sensatos, contacto libre con los usuarios y campañas informativas, así como con una regulación de los usos de la sustancia, se conseguiría una intervención más efectiva para la solución del problema.

FRACASO DE LA PROHIBICIÓN; SIN LUZ NO HAY SOLUCIONES ACERTADAS

Después de tantos años de intentar solucionar la cuestión de las drogas con medidas sancionadoras y criminalizadoras fundamentalmente, no podemos hablar de que se hayan obtenido resultados satisfactorios, y, sin embargo, el consumo de sustancias fiscalizadas ha aumentado.

A esto hay que sumar los costes colaterales de la guerra contra las drogas en vidas humanas, encarcelamiento masivo, y falta de protección de la salud: reflejada en contagio de enfermedades como el SIDA y la hepatitis o pérdida de control estatal y cesión a grupos criminales de la gestión de la cuestión, entre otros factores.

HACIA UNA "NUEVA" REGULACIÓN

Por los motivos indicados, así como por entender que la regulación con respecto al cultivo de cannabis está obsoleta, contenida en una ley preconstitucional de 1967 y una Orden Ministerial de 1963, así como en el ambiguo art. 368 C.P; por no existir seguridad jurídica; entendemos que es necesario trabajar en una nueva regulación. Una regulación que respete a la ciencia; que deje clara la licitud del autocultivo y sus parámetros; y que muestre respeto por los derechos fundamentales.

NECESIDAD DE CONSENSO

Los autores de este artículo asisten a los congresos oficiales desde principios de siglo, como por ejemplo Actualización en uso y abuso del cannabis (Universidad de Oviedo, Gijón, 2001), Cannabis: Mitos y realidades (Plan Nacional Sobre Drogas, Madrid, 2003), II Seminario de formación sobre el cannabis (Plan Nacional sobre Drogas, Madrid, 2005), Congreso 20 años FAD, Sociedad, familia y drogas (Fundación de Ayuda Contra la Drogadicción, Madrid, 2006). Los debates que tuvimos en estos Congresos resultaron poco fructíferos, ya es tiempo de superar las etiquetas prohibicionista / antiprohibicionista que encasillan a la gente en posiciones estáticas. El lenguaje de la confrontación está desfasado. Da mejor resultado analizar las motivaciones detrás de cada posición, buscar sus puntos en común, desde los que dialogar nuevos consensos. Por ejemplo todos queremos proteger a los menores de edad. También todos compartimos el deseo de buscar políticas sobre el cannabis lo más eficaces posibles, en cuanto conjugación de salud y respeto de los derechos individuales.

Como forma concreta de regulación del hacemos una propuesta de considerar autocultivo hasta un máximo de aprovisionamiento de 10 gramos diarios durante 365 días, cantidad que tiene encaje en el marco legal, pues en la actualidad se considera notoria importancia a partir de 10 kilos (20 gramos diarios por 500 días). Hemos comprobado además que esta cantidad goza de gran apoyo social entre los cultivadores. El autocultivo y uso de cannabis gozan de gran normalización, por su amplio recorrido histórico y su razón de ser en cuanto búsqueda del autoabastecimiento. Con un proyecto de ley, que elimine la inseguridad jurídica a estas personas, puede empezar un nuevo acuerdo social sobre el cannabis. Cualquier regulación en un estado democrático ha de tener en cuenta como primer pilar a los individuos.

REFERENCIAS

BALBAS, Graciela G. (21 de noviembre de 2002), «La apología del cannabis, al fiscal», *El Mundo*, recuperado de <<http://www.elmundo.es>>.

BARRIUSO, Martín (2005b), «Adiós al ghetto: el discreto encanto de la normalidad», *Revista Española de Drogodependencias*, 30 (1-2), pp. 206-212.

CALAFAT, Amador; MONTSERRAT, Juan; BECOÑA, Elisardo; FERNÁNDEZ, Carlos; GIL, Eduardo; y LLOPIS Jorge Javier (2000), «Estrategias y organización de la cultura pro-cannabis», en BOBES, Julio y CALAFAT, Amador (eds.), *Monografía Cannabis, Adicciones*, 12 suplemento 2, pp. 231-273.

CONRAD, Chris (2013), *Cannabis yields and dosage*, Creative Xpressions, El

Sobrante.

DECORTE, Tom (2010), «The case for small-scale domestic cannabis cultivation», *International Journal of Drug Policy*, 21 (4), pp. 271-275.

DECORTE, Tom (2012), «The globalization of (domestic) cannabis cultivation», en Ararteko (ed.), *Cannabis. Usos, seguridad jurídica y políticas*, Servicio central de publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, pp. 101-138.

DIEZ-PICAZO. L.M, *Sistema de derechos fundamentales. Derechos fundamentales y libertades públicas* (2003). Madrid, España: Civitas. pp. 64-66.

DÍEZ RIPOLLÉS J.L y MUÑOZ SÁNCHEZ J, (2012) Licitud de la auto-organización del consumo de drogas, *Jueces para la Democracia*, 75, p.12.

GAMELLA Juan F. y JIMÉNEZ María Luisa (2005), «Comercialización sin legalización: Políticas públicas y consumo/comercio de cannabis en España (1968-2003)», *Revista Española de Drogodependencias Monográfico Cannabis*, 30 (1-2), pp. 17-49.

GÓMEZ-ALLER, J.D. Transmisiones atípicas de drogas. Crítica a la jurisprudencia de la excepcionalidad (2013). Valencia, España: Tirant lo Blanch. pp.19-20.

JUBERT, U.J, Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 C.P (1999). Barcelona, España: José María Bosch Editor. p.120.

OBSERVATORIO VASCO DE DROGODEPENDENCIAS (2002), *Cannabis de la salud y el derecho*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, San Sebastián.

SEQUEROS, Fernando (2003), «La venta de semillas de Cannabis, de equipos y materiales para su cultivo, así como su propaganda, como actos con trascendencia penal», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 1, pp. 1.608-1.619.

USÓ, Juan Carlos (2009) "La represión del cultivo de cannabis en España. Breve historia de un expolio continuado" *Cáñamo* 144, pp. 50-56.

VANHOVE, Wouter; VAN DAMME, Patrick y MEERT Natalie (2011), «Factors determining yield and quality of illicit indoor cannabis (*Cannabis spp.*) production», *Forensic Science International*, 212 (1-3), pp. 158-163.

WEISHEIT, Ralph A. (2014), «Cannabis Cultivation in the United States», en DECORTE, Tom, POTTER, Gary y BOUCHARD, Martin (eds.), *World Wide Weed. Global Trends in Cannabis Cultivation and its Control*, Ashgate Publishing, Farnham, pp. 145-162.