
EPÍLOGO

El presente trabajo en forma académica se ha podido llevar a cabo gracias a todos los conocimientos que tanto el que suscribe, como los demás integrantes del bufete Brotsanbert, con su director, Héctor Brotons, hemos ido adquiriendo durante años en todos los procedimientos de casos reales que hemos defendido en los tribunales.

Todas las tesis que se demuestran en este libro han sido obtenidas mediante el método científico y acreditadas con bibliografía y sentencias, habiendo sido el estudio revisado por pares, por doctores de la talla de Antonio Cervero Fernández-Castañón y Rafael Agulló Mateu y editado por la editorial científica Cannabis Research Institute. Además, el libro es introducido por un prólogo de una autoridad en la materia como el Sr. Don Joaquín Giménez García, Magistrado Emérito del Tribunal Supremo.

El cultivo de cannabis es uno de los delitos más cometidos en España a día de hoy. Sin embargo, debido a la poca claridad de las leyes y a una aplicación de estas en contra de los derechos del detenido, la jurisprudencia relativa a este hecho calificado como delictivo, es sumamente desproporcionada, y a veces tan dispar, que choca frontalmente con la protección del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley recogido en el artículo 14 del texto constitucional.

El lector habrá comprobado que la jurisprudencia ha cometido errores históricos de interpretación en cuanto a la realidad jurídica del cultivo de cannabis y cáñamo industrial, habiendo considerado como droga a partes de la planta que

no están prohibidas, como las hojas. Esto es de suma importancia. Hay que recordar que, aunque el cultivo de cannabis psicoactivo destinado a la venta es un delito, cultivar el mismo para propósitos estrictamente personales es un acto que se considera no antijurídico en el ámbito penal. No obstante, el Tribunal Supremo, en su sentencia 484 de 2015 que condenó al primer club de cannabis, dejó claro que el uso y la posesión de cannabis están prohibidos administrativamente y el cultivo únicamente se puede autorizar para un destino medicinal del mismo y con la preceptiva licencia de la Agencia Española del Medicamento. Argumento este último que choca frontalmente con la protección del derecho a la libertad y al libre desarrollo de la personalidad que recoge nuestra Carta Magna.

Cuando el Tribunal Constitucional o el Tribunal Supremo apelan en sus sentencias a que existen unos convenios internacionales de fiscalización de drogas que España debe de cumplir y que los mismos están en un escalón jerárquico superior al ordenamiento jurídico nacional, se debería de tener en cuenta también que existen convenios internacionales de protección de derechos humanos que se sitúan en el escalafón último y más importante de la jerarquía normativa de todos los estados firmantes.

Este mismo problema de jerarquía es el que hemos venido observando en muchos juzgados de lo penal o audiencias provinciales, que, a pesar de contar con informes periciales de parte y por una defensa jurídicamente bien fundamentada, no han sido valientes a la hora de interpretar el derecho conforme a la realidad social, a la ciencia y de acuerdo con los principios generales del derecho penal como la taxatividad de la norma, la proporcionalidad o la prohibición de interpretación analógica *in malam partem* o contra reo, habiendo consagrado una doctrina incorrecta que se estableció por antiguas sentencias del Tribunal Supremo, que en base a informes

científicos de organismos oficiales y a una interpretación extensiva y desproporcionada de los convenios internacionales decidieron establecer como dogma que toda la planta del cannabis es droga porque contiene en mayor o menor medida su principio activo THC, y que como este siempre está presente en la planta en más o menos cantidad, para condenar a una persona por un delito de cultivo de cannabis, no haría falta ni siquiera acreditar la pureza de la sustancia.

Pues bien, esta afirmación mantenida hoy en día por casi la totalidad de los juzgados y audiencias provinciales, no se comprende por la persona consumidora que sabe que lo único que se consume es la flor o cogollo y que existe cannabis no psicoactivo que es considerado legal por el convenio de estupefacientes y ahora por la Justicia Europea. Por lo tanto, ¿Cómo podemos seguir en un ordenamiento jurídico cuya jurisprudencia que lo complementa sigue considerando que no es necesario acreditar el THC del cannabis?

Como bien dice la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de noviembre, un producto derivado de la planta de la cannabis que no ponga en riesgo la salud por contener principalmente CBD y trazas de THC, no puede ser prohibido porque esta decisión no superaría los criterios de idoneidad, necesidad y ponderación de derechos fundamentales que exige el test de proporcionalidad y afectaría al derecho a la libre circulación de mercancías, principio capital en la Constitución de la Unión Europea.

Esta afirmación no es baladí. Hay que recordar que muchas veces se ha condenado a personas sin ni si quiera acreditar que el cannabis era mínimamente psicoactivo o tóxico y que por lo tanto su consumo afectaría a la salud de las personas.

Además, de acuerdo con el protocolo oficial II Guía Práctica de Análisis y Pesaje de 2018, es necesario acreditar el principio activo de manera cualitativa y cuantitativa. No obs-

tante, esta misma guía expresa que esto no será necesario en los procedimientos administrativos. Lo que sucede en la práctica es que la inmensa mayoría de los análisis oficiales a drogas incautadas por posesión simple y sancionada con una multa del artículo 36.16 de la Ley de Seguridad Ciudadana, han sido realizados utilizando una técnica Marquis o Duquenois, que no es más que un reactivo colorimétrico que ofrece falsos positivos y que se define científicamente como presuntivo y cualitativo. A pesar de que este motivo se defendió en los distintos juicios celebrados para defender la desproporción de la imposición en Yecla (Murcia) de multas de hasta 10.401 euros por posesión de cantidades de incluso 0,01 gramos de cannabis, lo cierto es que esta tesis no pudo ser resuelta por el tribunal ya que se valoró únicamente el primer motivo que alegaba la falta de competencia en la materia por parte de los entes locales para resolver esos procedimientos.

En el juicio se defendió que con la técnica utilizada no solo no podríamos acreditar que la sustancia concreta sea cannabis sino que la misma sea tóxica o mínimamente psicoactiva y por lo tanto susceptible de provocar efectos adversos en la salud de las personas. Por la perito técnica del laboratorio se defendió que según la Agencia del Medicamento la posesión de cannabis es ilegal tenga o no tenga principio psicoactivo.

Merece atención esta afirmación categórica de la Agencia, que por otro lado, no es un tribunal y por lo tanto no es un órgano competente para interpretar el Derecho. Afirmación idéntica a la mantenida por este mismo organismo al respecto de la jurídicamente controvertida venta de flores de cáñamo en estancos y tiendas grow shop. Esta institución, junto con el Comisionado del Tabaco, siguen manteniendo que las flores de cannabis son ilegales tengan o no tengan THC, y que su venta constituye un delito contra la salud pública castigado por el Código Penal. Esta circular ha propiciado que la ma-

yoría de estancos españoles dejen de vender flores de CBD de la noche a la mañana y ha generado mucha confusión e inseguridad jurídica en un sector que florece día a día impulsado por la ola de regulación del cannabis que está experimentando EE.UU., Europa y América del Sur. Sin embargo, esta tesis jurídica que pretende congelar un sector económico no es la sustentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Por otro lado, la Comisión Europea ya ha reconocido la posibilidad de extracción de CBD de las flores de la cannabis para la fabricación de productos cosméticos. Todas estas decisiones europeas así como los pasos que están dando países como EE.UU. donde muchos de sus estados ya tienen legalizado el cannabis para fines medicinales y recreativos y el Congreso ya aprobó la despenalización del mismo a nivel federal, nos invita a pensar que dentro de unos años, en España, también se habrá regulado el acceso al cannabis medicinal, la industria del CBD estará normalizada y habrá programas de acceso al cannabis recreativo que podrán consistir en autocultivo, autocultivo asociativo o dispensario. Pero la lucha por conseguir este fin no va a ser fácil para la persona usuaria, que va a ser perseguida por cultivar o sancionada por conducir con presencia de drogas a pesar de haber pasado días desde la ingesta. En manos de la autoridad competente queda establecer tasas mínimas de detección como las contenidas en este trabajo y contempladas en el derecho comparado para que el ciudadano no entienda que se está cometiendo una somera injusticia contra un colectivo cada vez mayor y más presente en España y el mundo.

Más cerca parece estar el final del artículo de la denostada Ley de Seguridad Ciudadana que desde el año 1992 persigue la mera tenencia sin ostentación de cannabis en sitios privados como el coche particular y que supone más del 70% de las sanciones impuestas por esta Ley. Siguiendo una interpretación

garantista y no extensiva del significado literal del artículo, lo cierto es que el coche, los bolsillos o el bolso no serían vía pública y se podría consumir cannabis sin consecuencias jurídicas en un lugar apartado no considerado público. A pesar de que el trabajo contiene sentencias que interpretan la ley de esta forma garantista y no extensiva, lo cierto es que las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado vienen utilizando este artículo para cachear y registrar a millones de personas con el objeto de identificar sustancias que se van a consumir en la intimidad, no importando si se está en un coche, caminando por la calle con la misma en los bolsillos o consumiendo en un descampado. Artículo idéntico es el que consideró inconstitucional la Corte Constitucional Colombiana en junio de 2019 haciendo un exquisito análisis del test de ponderación de derechos fundamentales afectados y bienes jurídicos colectivos que se pretenden proteger. Además, este artículo es contrario al Derecho de la Unión Europea cuya Directiva del Consejo de Europa de 25 de octubre de 2004 señala que no se deben de sancionar los actos particulares de mero consumo de drogas.

No se sabe como va a quedar redactado el nuevo artículo de la Ley de Seguridad Ciudadana en el que están trabajando los partidos en el Gobierno. Podemos aboga por la supresión del artículo que sanciona el consumo y tenencia personal por entender que afecta a los derechos de la personalidad. PSOE, el otro partido en el Gobierno, parece que tiene una postura más conservadora y podría considerar bajar la infracción a leve. No obstante, sin una delimitación clara del tipo infractor, se seguiría en la misma falta de delimitación que provocaría situaciones injustas a pesar de que la multa sea de menor cuantía. No hay que olvidar que el artículo más aplicado de la Ley viene heredado de la antigua Ley de Seguridad impulsada por José Luis Corcuera en el año 1992 en plena epidemia de SIDA y heroína que trataba de deshabituarse a los jóvenes con

un tratamiento de deshabitación a cambio de no pagar una multa que normalmente se imponía en 300 euros o 50.000 pesetas. Técnica que parece que no funcionó y este tratamiento médico se eliminó con el Gobierno del PP con Jorge Fernández Díaz como Ministro de Interior, que mejoró la función recaudatoria de este artículo tan aplicado con una técnica comercial conocida como pronto pago o pago bonificado que establece que, si no presentas alegaciones y pagas en 15 días, la sanción se reduce a la mitad. Esto ha provocado que exista una norma cuya aplicación en cinco años, apenas ha sido valorada por los tribunales, no resolviéndose hasta varios años después de su entrada en vigor, que los ayuntamientos de España no tienen competencias en seguridad ciudadana y derecho sancionador y que por lo tanto no pueden resolver estos expedientes sancionadores.

Este trabajo trata de ofrecer al administrado sancionado con anterioridad y cuya sanción no recurrió en tiempo y forma, la posibilidad de solicitar vía artículo 106 de la Ley de Procedimiento Administrativo 39/2015, la revisión de oficio para declarar la nulidad de todas sus sanciones impuestas por ayuntamientos en base a artículos de la Ley de Seguridad relativos a la tenencia, consumo o cultivo de cannabis para autoconsumo. Esta práctica sancionadora ilegal ha sido la que han llevado a cabo la mayoría de ayuntamientos de España que seguían considerándose competentes porque con la ley anterior, los ayuntamientos de más de 20.000 habitantes ostentaban competencia para resolver estos expedientes. Somos conscientes de que la cuantía de las multas y el dinero embargado muchas veces es inferior a lo que un abogado cobra por redactar una demanda y celebrar un juicio. Pero el procedimiento en vía administrativa no necesita de representación letrada y una solicitud masiva de revisión de oficio de actos administrativos sancionadores nulos de pleno derecho

por manifiesta incompetencia del órgano sancionador, podría devolver un trozo de la dignidad arrebatada a muchas de las personas usuarias que desde hace tiempo vienen reclamando que se reconozcan y respeten sus derechos.

FRANCISCO AZORÍN ORTEGA

AUTORES

Azorín Ortega, Francisco*. Licenciado en Derecho por la Universidad de Murcia en 2011 y Máster en Abogacía en 2016. Trabajo fin de máster sobre el funcionamiento de los clubes sociales de cannabis (CSC) y derechos fundamentales afectados.

- Colegiado en el Ilustre Colegio de Abogados de Murcia desde 2011. Actualmente es integrante del Equipo de Abogados del bufete Brotsanbert.
- Especialista en derecho penal, principalmente en cuestiones relacionadas con la salud pública. Experto en derecho internacional sobre drogas y convenios internacionales de fiscalización de sustancias psicoactivas.
- Miembro del Consejo Técnico del Observatorio Europeo del Consumo y Cultivo de Cannabis (OECCC).
- Autor en diferentes obras colectivas, tales como: *“Autocultivo y Uso de Cannabis en España”* (OECCC, 2019); *“Ley del Cannabis Medicinal y Terapéutico”* (Cannabis Research Institute, 2019); *“CBD, Razones para la regulación inmediata”* (Cannabis Research Institute, 2020). Autor igualmente de más de 50 publicaciones en revistas del sector cannábico.
- Ha participado en multitud de Jornadas y Congresos sobre cannabis y otras drogas, entre otros: *“61ª reunión de la Comisión de Estupefacientes de Naciones Unidas (CND)”*, celebrada en Viena en 2018; *“Cannabis desde un enfoque integral”*, Universidad de Valencia, 2018; *“II Congreso Internacional sobre cannabis y sus derivados”* Catoira, 2019; o *“Congreso Las Drogas en la Sociedad 4.0”*, Grupo Solin Drugs, Facultat de Química Universidad de Valencia, 2020.

*notificacionesazorin@gmail.com - C/Don Lucio 6, B.Yecla (Murcia)

Brotons Albert, Héctor*. Licenciado en Derecho por la Universidad de Alicante.

- Colegiado en el Ilustre Colegio de Abogados de Alicante desde 2003. Director del Estudio Jurídico Brotsanbert.
- Especialista en Derecho penal, salud pública y políticas sobre cannabis. Informa y defiende a CSC en todo el Estado. Asesora a Instituciones y Partidos políticos en el diseño de políticas públicas y redacción de normativa y legislación relativas al cannabis. Ha realizado trabajos de asesoramiento técnico a abogados de otras nacionalidades. Ha defendido más de un millar de casos relacionados con cultivo y más de 2000 con cannabis en general, entre otros, el caso Pannagh; o demanda a España ante TEDH por el procedimiento relativo al drogotest.
- Autor en diferentes obras colectivas, tales como: “*Autocultivo y Uso de Cannabis en España*” (OECCC, 2019); “*Ley del Cannabis Medicinal y Terapéutico*” (Cannabis Research Institute, 2019); o “*CBD, Razones para la regulación inmediata*” (Cannabis Research Institute, 2020). Autor igualmente de multitud de artículos en revistas del sector cannábico y ponente en conferencias y en diversos foros nacionales e internacionales en materia de cannabis.

*hector@brotsanbert.com - Plaza de Colón 8. Pinoso (Alicante)



