

LA ATIPICIDAD PENAL DEL CULTIVO Y/O COMERCIALIZACIÓN DEL CANNABIS NO PSICOACTIVO^{1 2}

Alberto Daunis Rodríguez

Universidad de Málaga

Title: The criminal atypicity of the cultivation and/or commercialization of non-psychoactive cannabis

Resumen: El boom del cannabidiol o CBD (uno de los principales componentes del cannabis) ha supuesto un importante resurgimiento comercial del cultivo y comercialización del cáñamo industrial o, mejor expresado, del cannabis no psicoactivo, es decir, que no produce los efectos propios de las drogas. Así, cada vez son más frecuentes la venta de cremas, aceites, geles, etc., hechos a base de CBD. Pero, también se comercializa en forma de productos alimenticios (infusiones, chocolate, etc.), como cigarrillos electrónicos o, directamente, se vende la propia flor de cáñamo o «cogollo» sin efecto psicoactivo para uso decorativo o coleccionismo y, en algunos países, como producto herbal para fumar. En España no existe una clara posición legal frente al cultivo destinado a la comercialización de flores de CBD. En este trabajo se defiende la tesis de que cualquier cultivo y/o comercialización de cannabis que no tenga componente psicoactivo debe considerarse atípico y, por tanto, exento de responsabilidad penal.

¹ Este trabajo se ha realizado en el seno del Proyecto de investigación I+d+i «La condena de los excluidos. Fronteras institucionales de los derechos humanos» (PID 2021-122498NB-I00), Ministerio de Ciencia e Innovación. Gobierno de España.

² Este artículo es un extracto de un estudio más amplio y completo que constituye un dictamen sobre las repercusiones penales del cultivo y comercialización del cannabis no psicoactivo, solicitado por los letrados del Ilustre Col·legi de l'Advocacia de Barcelona, D. Martí Cànaves Llitrà y D. Lluís Sierra Xauet, a quienes agradezco sus interesantes reflexiones y consideraciones sobre la materia objeto de estudio.

Palabras clave: CBD; THC; Índice de psicoactividad; cannabis no psicoactivo.

Abstract: *The boom in cannabidiol or CBD (one of the main components of cannabis) has led to a significant commercial resurgence in the cultivation and marketing of industrial hemp or, better expressed, non-psychoactive cannabis, that is, one that does not produce the effects of drugs. Thus, the sale of creams, oils, gels, etc., made from CBD, is becoming more frequent. But, it is also marketed in the form of food products (infusions, chocolate, etc.), as electronic cigarettes or, directly, the hemp flower itself or «bud» is sold without psychoactive effect for decorative use or collecting and, in some countries, as a herbal product for smoking. In Spain there is no legal position against the cultivation intended for the commercialization of CBD flowers. This paper defends the thesis that any cultivation and/or commercialization of cannabis that does not have a psychoactive component should be considered atypical and, therefore, exempt from criminal liability.*

Keywords: CBD; THC; Psychoactivity Index; Non-Psychoactive Cannabis.

Sumario: 1. Introducción. – 2. El cáñamo. Principales componentes y variedades de la planta. – 2.1. El cultivo de la planta de cannabis con fines de comercialización como droga (marihuana). – 2.2. El cultivo de la planta del cannabis con fines industriales y el cannabis no psicoactivo. – 3. El cultivo de cannabis ante la Convención Única de 1961. – 4. Acerca del fin y de la interpretación literal de la Convención Única de 1961. – 5. La interpretación teleológica o enfoque equilibrado en el seno de la Unión Europea. – 6. El cannabis no psicoactivo frente al ordenamiento jurídico penal español. – 6.1. El objeto de protección de la norma y el objeto material de la conducta como elementos centrales de la irrelevancia penal del cultivo y/o comercialización del cannabis no psicoactivo. – 6.2. La toxicidad de la planta como requisito de la tipicidad penal del comportamiento. – 7. La atipicidad del cultivo de cannabis no psicoactivo como consecuencia de la interpretación teleológica del art. 368 CP. – 8. A modo de excursus: la ambivalente y paradójica respuesta de la reciente STS, Sala de lo Penal, núm. 957/2002, de 14 de diciembre ante el cultivo de cáñamo industrial en sentido amplio o cannabis no psicoactivo. – 9. Conclusiones. – 10. Bibliografía.

1. Introducción

El interés de la industria por la planta del cáñamo ha sido una constatación desde hace siglos al considerarse un material muy resistente y, al mismo tiempo, especialmente versátil. La fibra obtenida del cáñamo se viene utilizando para la confección de ropa, pero también para fabricar velas de barcos o cuerdas. Igualmente, se usa para la producción de papel, plástico o, incluso, materiales de la construcción. La necesidad de producir de forma sostenible y, en general, las exigencias medioambientales, han reactivado el cultivo de cáñamo para la obtención de fibra, por considerarse un material mucho más ecológico que el algodón, la madera o los plásticos. De otra parte, también interesan sus semillas, al

ser una importante fuente de proteína vegetal y omega-3. Finalmente, no puede obviarse sus aplicaciones médicas y terapéuticas, siendo una planta utilizada desde hace siglos en distintas regiones para responder a múltiples dolencias y enfermedades, pero también por la propia industria farmacéutica, que viene usando desde hace dos décadas determinados componentes del cáñamo en medicamentos autorizados por las correspondientes agencias de salud nacionales.

No obstante, el cultivo del cáñamo ha adquirido una nueva y especial relevancia en los últimos años debido al interés por uno de sus componentes no psicoactivos, concretamente, el CBD (cannabidiol). Este componente, que puede extraerse directamente de la propia planta o producirse sintéticamente, se comercializa de muy diversas formas. Según la revista Forbes, el actual valor del mercado del cáñamo no psicoactivo en Europa en el año 2023 asciende a alrededor de 1.200 millones de euros, estimándose que para 2026 se producirá un aumento hasta los 2.600 millones de euros³.

No cabe duda que existe una especie de «boom» del CBD que no ha pasado desapercibido para las grandes marcas comerciales, que están incorporando el CBD como materia prima de numerosos productos. De esta forma, es muy común encontrarse cremas, aceites, geles, etc., hechos a base de CBD. Pero, también se comercializa en forma de productos alimenticios (gominolas, infusiones, chocolate), como cigarrillos electrónicos o, directamente, se vende la propia flor de cáñamo o «cogollo» sin efecto psicoactivo para uso decorativo o coleccionismo⁴. En última instancia, no puede descartarse que tales «cogollos de CBD» o «cogollos no psicoactivos» acaben fumándose por el propio consumidor, a pesar de que se advierta en el propio etiquetado que no son productos destinados al consumo⁵.

³ Véase esta referencia a la revista Forbes en la Comisión de Agricultura, Pesca y Alimentación celebrada el 22 de marzo de 2023, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 868, Año 2023, Sesión núm. 34, en la defensa de la Proposición No de Ley para su debate y aprobación en la Comisión de Agricultura, Pesca y Alimentación, relativa a «promover una regulación del cáñamo con fines industriales y el cannabis no psicoactivo que proteja a las personas cultivadoras, transformadoras, comercializadoras y usuarias» (161/004741), presentada en el Congreso el 26 de enero de 2023, realizada por la diputada de Podemos, Lucía Muñoz Dada, p. 24.

⁴ Por ejemplo, Cogollo Terra Verde. «New York Diesel Terra Verde libera un aroma herbal y ácido. Los efectos de la CBD New York Diesel son altamente poderosos. Contenido de CBD <18%, contenido de THC < 0,1%. 100 % biomasa basada en Cannabis Sativa L, certificada y orgánica, obtenida mediante cultivos autorizados y legales. Flor orgánica cultivada sin la presencia de metales pesados, sin el uso de pesticidas y de manera biológica. No es un producto médico o alimenticio. No es un suplemento dietético ni apto para fumar. Solo de uso técnico, decorativo o coleccionismo». Puede adquirirse en <https://www.herbolariavarro.es/cogollo-18-cbd-new-york-diesel-3g-terra-verda>.

⁵ Queremos advertir que no se trataría una especie de mercado semilegal, alega o gris de marihuana como droga, ya que, estaríamos ante cogollos de CBD que no contienen THC o no contienen el THC suficiente para provocar los efectos propios de la droga (en

Este renovado interés por la comercialización de productos obtenidos de la planta del cáñamo presenta como principal y trascendental diferencia en relación con épocas pasadas, el hecho de que el CBD no solo se obtiene del tallo o de las semillas sino, fundamentalmente, de las flores, que es el lugar de la planta donde se concentran los cannabinoides.

Expresado de otra forma, la subespecie utilizada para el cultivo de cáñamo con fines de la obtención de CBD sigue siendo la perteneciente a la *Cannabis sativa sativa* —es decir, la misma que se cultiva para obtener la fibra y semillas— pero la parte de la planta que interesa —también para uso o fines comerciales legales— ya no es el tallo o la semilla, sino las flores o los denominados «cogollos».

A priori, la problemática reside en el hecho de que la Convención Única de 1961 —la norma internacional que regula o fiscaliza la producción de plantas de las que se puede obtener droga— prohíbe la obtención de CBD directamente de la propia planta del cáñamo, es decir, el CBD vegetal, y somete a las mayores normas de fiscalización a las sumidades floridas, esto es, a los denominados cogollos.

Paralelamente, muchos países de la Unión Europea permiten el cultivo de las flores de cáñamo o cannabis para la obtención de CBD, siempre y cuando, tenga un bajo contenido de THC, es decir, no tenga componente psicoactivo o sea tan bajo que no pueda afectar a la salud pública.

No en vano, la propia política agraria común (PAC) de la UE viene promocionado desde hace años el cultivo de cáñamo con fines industriales, siempre y cuando, la planta que se cultiva pertenezca a una de las semillas las autorizadas en el Catálogo Comunitario Común (CCC) y no contenga un alto componente psicoactivo.

La problemática es, por tanto, clara: ¿es legal cultivar cáñamo no psicoactivo o, si se quiere, mediante las semillas autorizadas en el CCC con bajo porcentaje de THC, para vender sus flores o cogollos o para obtener directamente CBD de la planta?

En Austria, Bélgica, Luxemburgo, República Checa, Francia e Italia se permite la venta de cogollos no psicoactivos⁶. El propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en una decisión de la sala 4.^a de

términos coloquiales, se trata de una sustancia que no «coloca»), sino que se buscaría otro tipo de efectos, tales como la relajación o la capacidad de concentración. Expresado de otra forma, al consumidor habitual de marihuana no le interesa la compra de «cogollos de CBD» o «cogollos no psicoactivos», al no producir éstos los efectos que está buscando.

⁶ Véase la propia «Proposición No de Ley para su debate y aprobación en la Comisión de Agricultura, Pesca y Alimentación, relativa a promover una regulación del cáñamo con fines industriales y el cannabis no psicoactivo que proteja a las personas cultivadoras, transformadoras, comercializadoras y usuarias (161/004741)», presentada en el registro del Congreso el 26 de enero de 2023. Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, Serie D Núm. 567 7 de febrero de 2023, p. 29.

19 de noviembre de 2020, considera legal el comercio de cogollos no psicoactivos en territorio de la Unión Europea, siempre y cuando, no afecte a la salud pública.

Esta posición del TJUE ha determinado que, recientemente, el 29 de diciembre de 2022, el *Conseil d'Etat* francés emitiese un pronunciamiento que declara la legalidad del uso de las flores y hojas de variedades de cannabis con un contenido de THC inferior o igual al 0,3% para producir extractos que respeten dicho porcentaje. Se permite también la venta de flores y hojas «en estado bruto», es decir, el cogollo o cualquiera que sea la forma que adopten en el producto terminado, esto es, aceites, cosméticos, infusiones. Según el Consejo de Estado francés, la autorización de la venta y producción del cannabis no psicoactivo no contradice el art. 5132-86 del código de salud pública francés, que prohíbe la comercialización, posesión, compra o consumo de cannabis (planta, resina y productos derivados), pero que, al mismo tiempo, permite «el cultivo, importación, exportación y uso industrial y comercial de variedades de cannabis desprovistas de propiedades estupefacientes»⁷.

Finalmente, el Estado español parece mantener una respuesta ambivalente: de una parte, el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación (MAPA) advierte a los agricultores sobre la ilegalidad del cultivo de cannabis para la comercialización de las flores de CBD o para la extracción de CBD, aunque, recientemente en el Congreso se aprueba en una Comisión de Agricultura, Pesca y Alimentación una PNL que apunta a la legalización del cultivo de cannabis no psicoactivo. En cuanto a los tribunales, han emitido sentencias que pueden llegar a resultar contradictorias, generando importantes dosis de inseguridad jurídica, pues para supuestos muy similares se observan soluciones diferentes, que van desde la atipicidad del cultivo de la planta de cannabis que no supere un mínimo de THC, hasta la persecución de cualquier cultivo de cannabis que no vaya destinado a la obtención de fibra o semillas.

La posición de aquellos tribunales que condenan cualquier tipo cultivo del cáñamo no destinado a la obtención de fibra y semillas, vendría a coincidir con la Nota Informativa publicada en el mes de abril de 2021 por el MAPA.

La nota informativa del MAPA establece una serie de precisiones que contradice reciente decisión del TJUE. Concretamente, en lo que se refiere al cultivo de cáñamo con fines industriales —al que también denomina como «cultivo que no requiere previa autorización de la AEMPS»—, el MAPA fija dos criterios especialmente discutibles:

⁷ Véase, Decisión núm. 444887, Conseil d'Etat, de 29 de diciembre de 2022.

- «El cultivo solo puede destinarse a la obtención de fibra, grano o semillas».
- «Las sumidades, también denominadas cogollos son consideradas estupefacientes, incluso en el caso de cultivos con variedades de THC inscritas en el Catálogo Común o con APC, por lo que no pueden ser destinados a ninguna finalidad (tampoco a la extracción de CBD) sin autorización de la AEMS, no se pueden almacenar y es pertinente proceder a su destrucción, salvo en el caso de producción legal de grano o semillas».

De forma muy similar, el fiscal antidroga español, en una Instrucción de 9 de junio de 2021, viene a refrendar la posición del MAPA al entender que la «extracción y distribución a terceros, de cogollos y sumidades floridas, u obtención de CBD», son «actividades que deben considerarse prohibidas». Y, continúa advirtiendo: «según la Convención Única de las Naciones Unidas de 1961 sobre estupefacientes, integrada en España por la Ley 17/1967, del 8 de abril, las sumidades floridas tienen la consideración de estupefacientes, estando incluido el cannabis en la lista I del Convenio, independientemente de la proporción de THC que tengan». Finalmente, concluye: «la posible derivación de algunos de sus componentes (especialmente los cogollos y /o sumidades floridas) para un tráfico que debe considerarse prohibido y constitutivo de delito».

Entiendo errónea la posición adoptada por el MAPA, el fiscal antidroga y la AEMPS cuando defienden criminalizar como tráfico de drogas cualquier tipo de cultivo de la flor del cáñamo o cannabis con independencia de los componentes que contenga la planta y, por tanto, de su mayor o menor contenido psicoactivo. En un sentido opuesto, resulta especialmente ilustrativo el ejemplo utilizado por una de las diputadas impulsoras de la reciente PNL sobre cáñamo no psicoactivo: «la Agencia Española del Medicamento considera que se debe prohibir la botella porque tiene forma de botella, pero la botella puede estar llena de agua —CBD, no estupefaciente— o cerveza —THC, estupefaciente—. No hay que someter la botella a control por la forma que tiene, como sostiene la Agencia Española del Medicamento, sino la botella llena de cerveza, de THC, en todo caso. Sería igual que prohibir la cerveza sin alcohol o el café descafeinado porque se parecen a la cerveza o al café con cafeína, aunque sepamos a ciencia cierta que es imposible que provoquen sus efectos al no disponer de alcohol o cafeína»⁸.

En última instancia, la posición criminalizadora de la flor de cáñamo del MAPA, el fiscal antidroga y la AEMPS genera una situación especial-

⁸ Véase, Comisión de Agricultura, Pesca y Alimentación celebrada el miércoles 22 de marzo de 2023, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 868, Año 2023, Sesión núm. 34, en la defensa de la PNL de cáñamo no psicoactivo, *cit*, realizada por la Diputada de Podemos, Lucía Muñoz Dada, p. 24.

mente paradójica o esquizofrénica: se prohíbe el cultivo de cáñamo o cannabis no psicoactivo destinado a la obtención de CBD de la propia planta o que tenga como destino la comercialización de cogollos pero, en cambio, es posible adquirir este tipo de productos en cientos de comercios a lo largo de todo el territorio español por ser fabricados o elaborados en otros países de la UE.

Debe advertirse que el MAPA parece haber modificado sensiblemente su posición en los últimos meses, como pone de manifiesto la aprobación en una Comisión del propio Ministerio en el Congreso de los Diputados de la mencionada PNL sobre cannabis no psicoactivo, en la que, entre otros extremos, se insta a:

«avanzar en la regulación integral del cannabis con el objeto de dar seguridad jurídica a las actividades de producción, comercialización y consumo de productos derivados del cáñamo industrial, respetando las competencias autonómicas y el principio de subsidiariedad en materia de la protección de la seguridad ciudadana, sanidad y agricultura»⁹.

En consecuencia, puede afirmarse que la referida Nota Informativa queda anulada o suprimida de facto, sobre todo, si tenemos en cuenta que la PNL aprobada sobre cáñamo no psicoactivo se impulsa en el seno del propio MAPA: una Comisión de Agricultura, Pesca y Alimentación celebrada en el Congreso de los Diputados.

La tesis que defiende este trabajo se opone frontalmente a la posición del MAPA y del fiscal antidroga, por entender más acertada y ajustada a derecho, tanto la decisión del TJUE, como la del Consejo de Estado francés, que declaran la legalidad del cultivo de cáñamo con fines de obtención de CBD, del cultivo de cáñamo no psicoactivo o del cultivo de cáñamo con fines industriales en sentido amplio, siempre y cuando no afecte a la salud pública.

Principalmente, los motivos o argumentos que vienen a fundamentar la tesis legalizadora del cannabis no psicoactivo que se defiende en este trabajo son tres:

- 1) No afecta a la salud pública: al no tener componente psicoactivo o ser éste muy bajo, el cultivo de tales cogollos no resulta peligroso o tóxico para la salud de los consumidores.
- 2) Está permitido en la Unión Europea, por lo que su prohibición en España es ineficaz e inoperante en base al propio Tratado de la UE que permite la libre circulación de productos en territorio comunitario. Tal prohibición perjudica claramente los intereses de los agricultores españoles y, en general, de los empresarios españoles interesados en la fabricación y/o elaboración de productos CBD.

⁹ Véase, PNL cáñamo no psicoactivo, *cit*, p. 31.

- 3) Actualmente, la Convención Única de la ONU de 1961 solo admite una interpretación teleológica que conlleva la atipicidad del cultivo de cáñamo o cannabis para la obtención de CDB o para la comercialización de cogollos no psicoactivos, siempre y cuando, no se afecte a la salud pública.

En las siguientes páginas profundizamos sobre estas cuestiones para verificar la tesis defendida por resultarnos la más ajustada a derecho y coherente con el estado actual de las cosas. No obstante, con carácter previo realizo un breve estudio del cáñamo como planta, sus diferentes especies y cómo existen variedades con mayor o menor contenido psicoactivo. Igualmente, se analiza el abordaje de la cuestión desde la perspectiva de la ONU y sus organismos encargados de la fiscalización de la planta del cannabis pues determinan la práctica judicial española.

2. El cáñamo. Principales componentes y variedades de la planta

El cáñamo (llamado científicamente *Cannabis sativa* L., según la denominación que en 1.753 le otorgó el botánico sueco Carlos Linneo) es una planta herbácea conocida desde hace 3.000 años, extendida por todo el mundo y con una gran importancia económica, agrícola, industrial y médica¹⁰.

La clasificación botánica de la planta ha suscitado un importante debate con raíces históricas. Fundamentalmente, la cuestión ha residido sobre si nos encontramos ante la existencia de diferentes especies de cáñamo (politépico) o, en cambio, todos los especímenes se corresponden con una sola especie (monotípica). En las últimas décadas, parece asentarse la idea de que nos encontramos ante un género monotípico (*cannabis sativa*) que, a su vez, alberga tres subespecies (*c. sativa sub. sativa*, *c. sativa sub. indica* y *c. sativa sub. rudelaris*)¹¹.

Las últimas clasificaciones con mayor aceptación de la planta del cáñamo se basan fundamentalmente en sus compuestos, aproximadamente unos 500, entre los que se encuentran cannabinoides, terpenos, flavonoides, alcaloides, estilbenos, amidas fenólicas y lignanamidas. Los cannabinoides son los metabolitos más abundantes y exclusivos de esta

¹⁰ Véase UNCTAD (United Nations Conference on Trade and Development), *Commodities at a glance: special issue on industrial hemp*, ONU, 2022. Disponible en internet: https://unctad.org/system/files/official-document/ditcom2022d1_en.pdf, p.2.

¹¹ Sobre la compleja clasificación taxonómica del cáñamo, véase ALONSO-ESTEBAN, J.I./CORTÉS SÁNCHEZ-MATA. / M, TORIJA-ISASA, E., «Evolución histórica de la clasificación taxonómica del cáñamo», en *Boletín de la Real Sociedad Española de Historia Natural*, núm. 115, 2021, pp. 147-154.

especie. Se conocen alrededor de 70 cannabinoides, pero los más importantes son el tetrahidrocannabinol (Δ^9 -THC), cannabidiol (CBD) y cannabinol (CBN)¹². De esta forma, se propone una clasificación genérica que atiende fundamentalmente al contenido de THC¹³:

a) *Cannabis sativa sub. sativa*, sería la subespecie con bajos niveles de THC. Tradicionalmente, esta planta viene interesando por su tallo y semilla. Respecto al tallo, es la parte de la planta que originariamente ha suscitado un mayor interés industrial y comercial, siendo utilizada para la obtención del papel (moneda, de fumar, de periódico, para embalaje o cartón), de la fibra textil (para cuerdas, velas de barco, redes de pesca, mallas, bolsas, alfombras y ropa), para fabricar bioplásticos o, incluso, materiales para la construcción. Por su parte, las semillas, denominadas cañamones, son ricas en proteínas (pudiéndose obtener de ellas grasas esenciales para hacer quesos, margarinas, aceites, helados, pastas o pan) y presentan aplicaciones terapéuticas, por sus propiedades curativas indicadas contra afecciones del aparato urinario y las inflamaciones. Recientemente, la *C. sativa sub. sativa* es objeto de interés por su alto contenido de CBD, el cual, desde hace algunos años se viene utilizando para la producción de un sinnúmero de productos (aceites corporales, cremas, cigarrillos electrónicos, etc.).

La *C. sativa sub. sativa* ha adquirido múltiples denominaciones: cáñamo común —por ser la más corriente entre nosotros desde hace siglos—, cáñamo agrario, cáñamo industrial, cáñamo textil, cáñamo tipo fibra o, simplemente, cáñamo¹⁴. Recientemente, también se utiliza la denominación de cáñamo no psicoactivo, precisamente para hacer referencia a la

¹² Véase, ÁNGELES LÓPEZ, G.E./BRINDIS, F./CRISTIANS NIIZAWUA, S./VENTURA MARTÍNEZ, R., «Cannabis sativa. Una planta singular», *Revista mexicana científica farmacológica*, 45 (4), 2014, quienes realizan una excelente definición de la planta desde un punto botánico: «*C. sativa* es una planta herbácea anual de hasta 4 m de alto, dioica, de tallo erecto y hojas palmadas estipuladas, las inferiores opuestas y las superiores alternas. Las hojas se encuentran sobre pecíolos de hasta 7 cm de largo. Cada hoja se compone de entre 3 a 9 folíolos angostos, de ápice agudo, con márgenes serrados y tricomas glandulares recostados sobre el haz y el envés de un color más claro. Los tricomas glandulares producen una resina como una forma de proteger a la planta contra las agresiones externas. Tiene inflorescencias en las axilas de las hojas superiores o al terminar las ramas, con brácteas herbáceas y glandulosas. Las inflorescencias masculinas son ramificadas, laxas y con muchas flores; mientras que, las femeninas son densas pero con pocas flores (de 5 a 8). Las flores masculinas son pediceladas, con perianto de 5 tépalos; y las femeninas son sésiles, con perianto entero, membranáceo y pegado al ovario, persistente en el fruto, ovario con un sólo óvulo y 2 estigmas. El fruto es un aquenio, con una sola semilla, ovoide, algo comprimida, blanco o verdoso teñido de púrpura, encerrado en el perianto», p. 2.

¹³ Defienden por primera vez esta clasificación SMALL, E./CRONQUIST, A., «A practical and natural taxonomy for Cannabis», en *TAXON*. 25, pp. 405-435.

¹⁴ Véase, DÍAZ ROJO, J. A., «Las denominaciones del cáñamo: un problema terminológico y lexicográfico», *Revista de Lexicografía*, X (2003-2004), pp. 66 y ss.

planta con fines comerciales distintos a los basados en la obtención de fibra o de sus semillas sino, más bien, para la obtención de CBD¹⁵.

b) *Cannabis sativa sub. indica*, sería la subespecie con una elevada actividad psicoactiva, pues su contenido de THC estaría por encima del 1%. Popularmente, recibe los nombres de cánnabis —con las variantes cánabis, cannabis, canabis—, así como, cáñamo índico, cáñamo indiano o cáñamo indio —por su origen geográfico— o cáñamo psicoactivo —por sus aplicaciones como droga-¹⁶.

Sin duda, la clasificación de la planta de *Cannabis sativa* L. en dos subespecies (sub. *sativa* y sub. *indica*) es una forma muy genérica de distinguir las plantas del género *cannabis* que se cultivan en el mundo. En efecto, los tipos y variedades de subespecies de *cannabis* son inabarcables, a causa del proceso de «domesticación» e «hibridación» —cruce de especies diferentes—, dificultándose enormemente la clasificación taxonómica del cáñamo¹⁷. Recientemente, SMALL, partiendo de la clasificación del cáñamo en dos subespecies —*sativa* e *indica*— identifica hasta 6 tipos o grupos de cáñamo domesticado, atendiendo fundamentalmente a sus usos y al mayor o menor contenido de THC y CBD¹⁸:

- Subtipo 1 (*sativa sativa*): Planta domesticada para fibra de tallo largo y en menor medida para la obtención de semillas oleaginosas, cultivadas en Europa y Asia Occidental. Caracterizada por bajo contenido en THC y alto contenido en CBD.
- Subtipo 2 (*sativa sativa*): Planta domesticada para fibra de tallo largo y en menor medida para la obtención de semillas oleaginosas, cultivadas en Europa y en el este de Asia, especialmente en China. Caracterizada por bajo a moderado contenido en THC y alto contenido en CBD.

¹⁵ Resulta especialmente significativo que la última PNL (Proposición No de Ley) presentada el 26 de enero de 2023 en el Congreso de los Diputados sobre esta materia venga denominada como «Proposición No de Ley para su debate y aprobación en la Comisión de Agricultura, Pesca y Alimentación, relativa a promover una regulación del cáñamo con fines industriales y el cannabis no psicoactivo que proteja a las personas cultivadoras, transformadoras, comercializadoras y usuarias». Como se observa, la propia denominación de la PNL recoge ya una nueva forma de comercialización de cáñamo legal junto al industrial al que viene a denominar «cannabis no psicoactivo» y que finalmente fue aprobada gracias a los votos de los partidos que forman el actual gobierno: PSOE y Unidas Podemos.

¹⁶ Véase, DÍAZ ROJO, J. A., «Las denominaciones del cáñamo: un problema terminológico y lexicográfico», *Revista de Lexicografía*, X (2003-2004), pp. 66 y ss.

¹⁷ En este sentido, ALONSO-ESTEBAN, J.I. / CORTÉS SÁNCHEZ-MATA, M. / TORIJA-ISASA, E., «Evolución histórica de la clasificación taxonómica del cáñamo», en *Boletín de la Real Sociedad Española de Historia Natural*, 115, cit., p. 147.

¹⁸ Sin duda, la clasificación con mayor repercusión y adhesiones es de SMALL, E., «Evolution and classification of *cannabis sativa* (Marijuana, Hemp) in Relation to human utilization», en *The botanical Review*, 81, 2015, p. 260.

- Subtipo 3 (sativa *índica*): Planta domesticada en una amplia zona del centro-sur de Asia. Caracterizada por su alto contenido en THC.
- Subtipo 4 (sativa *índica*): Planta domesticada en el sur de Asia, especialmente en Afganistán y sus países colindantes. Caracterizada por su alto contenido de THC y CBD.

Además, a estos cuatro subtipos se añadirán otros dos más, debido a los procesos de hibridación entre los grupos 1 y 2 (subtipo 5) y entre los grupos 3 y 4 (subtipo 6). En definitiva, como recoge SMALL, no existen dudas de que el cáñamo o la planta género de *Cannabis sativa* puede albergar diferentes variedades, en función de los procesos de hibridación que haya experimentado¹⁹.

Recapitulando, puede afirmarse que, con carácter general, la planta perteneciente a la *cannabis sativa sativa* es la que tiene menor carácter psicoactivo. En función de la semilla y su tipo de cultivo puede llegar a contener un porcentaje escaso, casi nulo, de THC frente a un alto contenido de CBD. Precisamente, a la *cannabis sativa sativa* pertenecen los aproximadamente 150 tipos de semillas de la planta del cáñamo o cannabis que la Unión Europea promociona su cultivo en territorio comunitario a través de las ayudas contenidas en la PAC (política agraria común). Por su parte, la cannabis sativa *índica* —también expresado en términos generales— tiene un mayor carácter psicoactivo, al presentar un mayor porcentaje de THC en la planta, de ahí su denominación como cannabis tipo droga o cannabis psicoactivo. El cultivo de esta especie de planta está prohibido prácticamente en cualquier lugar o territorio del mundo²⁰, a excepción de los países que permiten su cultivo con fines científicos y medicinales.

2.1. *El cultivo de la planta de cannabis con fines de comercialización como droga (marihuana)*

La prohibición del cultivo del cannabis psicoactivo tiene como principal finalidad evitar el consumo de una serie de productos que tienen efectos tóxicos y por ello se consideran droga o estupefacientes que afectan a la salud pública. Los derivados del cannabis con efectos psicoactivos son numerosos y muy variados, aunque, normalmente suelen citarse tres tipos de productos o sustancias:

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ SMALL, E., «Evolution and classification of cannabis sativa (Marijuana, Hemp) in Relation to human utilization», en *The botanical Review*, 81, cit., p. 261.

a) La *hierba del cannabis*, o simplemente *cannabis*, se obtiene fundamentalmente de las sumidades floridas y con fruto (conocidas comúnmente como «cogollos») y las hojas situadas cerca de las sumidades floridas, aunque, también de las hojas de mayor tamaño situadas lejos de éstas. Las hojas unidas a las flores y las flores secas de la planta de cannabis se conocen como «marihuana», pudiéndose consumir, traficar o vender sin sufrir modificaciones (directamente como se encontraban en la planta, como «flor seca»), procesada en tabletas comprimidas o monedas, o como material de base. Debe advertirse que, tanto la calidad, como la potencia psicoactiva de la hierba, cannabis o marihuana, dependerá fundamentalmente de la semilla utilizada, pero también de la forma de cultivo de la misma. De esta forma, en Europa occidental, se cultivan híbridos —como la «skunk» o la «viuda blanca»— normalmente en interiores —sótanos, fábricas, almacenes, superficies no utilizadas de instalaciones comerciales o industriales— en los que se cuentan con sistemas de alimentación y abastecimiento de agua automáticos, aire acondicionado, sistemas de filtrado, desodorización del aire de salida e iluminación automática para simular los periodos diurnos y nocturnos. La confluencia de condiciones de cultivo óptimas y el uso de determinadas variedades o subespecies de cannabis puede dar lugar a «hierba» de cannabis con un contenido total de THC superior al 10%²¹.

b) *Resina de cannabis (hachís, polen)*: se obtiene de los tricomas glandulares (pelitos de color blanco que recubren las hojas y flores como si fuesen terciopelo o algodón), en los que se encuentran los famosos cannabinoides —el THC, CBD, CBN, entre otros—. Normalmente, se separan los cogollos de los tallos y, después de extraerles las semillas, se les tritura o trilla hasta que se obtiene la resina. En función de la calidad de la planta, la zona de su cultivo y la forma del mismo, el producto resultante se comercializa directamente como una especie de polvo fino pegajoso (polen) o se comprime para su venta en tabletas (hachís). La concentración de THC en la resina de cannabis puede alcanzar al 25%²².

c) *Cannabis líquido (aceite de hachís)*: se obtiene de la resina del hachís o de la propia hierba de cannabis. Es la forma de conseguir una mayor concentración de cannabinoides, incluidos el THC, el cual puede llegar a alcanzar hasta un 60%. La extracción se lleva a cabo mediante un disolvente orgánico (etanol, metanol, acetona) a temperatura ambiente y agitándose, mediante extracción pasiva o reflujo²³.

²¹ Véase ONUDC (Oficina de Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito), *Métodos recomendados para la identificación y el análisis del cannabis y los productos del cannabis*, Manual para el Uso de los Laboratorios Nacionales de Estupefacientes, ST/NAR/40, 2010, disponible en internet, https://www.unodc.org/documents/scientific/Cannabis_manual-Sp.pdf, p. 16.

²² Manual ST/NAR/40, p. 17.

²³ Manual ST/NAR/40, p. 19.

Fundamentalmente, estas son las tres sustancias estupefacientes que pueden obtenerse de la planta del cannabis, siempre y cuando, queremos insistir en ello, confluyan una serie de factores, tales como, la semilla utilizada (que pertenezca a la sub. sativa indica o que sea resultante de una hibridación de la misma) y que existan o se favorezcan unas determinadas condiciones de cultivo que faciliten el desarrollo de este tipo de plantas híbridas o pertenecientes a la C. sativa sub. indica²⁴.

No obstante, no solo se pueden obtener productos o sustancias estupefacientes de las plantas de cannabis (o, mejor expresado, de determinadas plantas de cannabis) sino, como se viene observando, el cannabis se viene utilizando desde hace siglos con otras finalidades.

2.2. *El cultivo de la planta del cannabis con fines industriales y el cannabis no psicoactivo*

Como ya se ha advertido, el cáñamo es una planta que tiene, como la mayoría de plantas o especies arbóreas, una multiplicidad de fines industriales y/o comerciales. A efectos de simplificar, puede afirmarse que la planta del cáñamo ha interesado fundamentalmente por su fibra, especialmente resistente, y por sus semillas, al ser una importante fuente de proteína de origen vegetal.

En cuanto al cáñamo para la obtención de fibra, se obtiene fundamentalmente de los tallos de las plantas. Para la obtención de la fibra no es necesario esperar a que se culmine el ciclo de floración de la planta, sino que basta con que las plantas abran las flores y expulsen el polen, ya que, en este momento el tallo deja de crecer. La fibra se obtiene mediante un proceso de enriado, consistente en fermentación microbiológica o maceración de los tallos para extraer y separar la fibra del resto del tallo²⁵.

La fibra obtenida del cáñamo ha suscitado desde hace mucho tiempo una especial atracción para la industria, al poder fabricarse a partir de ella una gran variedad de productos. Así, una de las principales utilidades que se le viene dando es la fabricación de ropa y tejido. En efecto, el interés de la industria textil por el cáñamo ha sido una constatación de las últimas décadas al considerarse un material especialmente versátil, que puede ser útil para fabricar desde ropa resistente para uniformes de operarios o trabajadores, hasta camisetas o vestidos más flexibles o suaves. Ciertamente, con la aparición de las formas de producción sintéticas o, directamente, por la utilización del algodón como materia prima,

²⁴ Manual ST/NAR/40, p. 16.

²⁵ ETXEBESTE, M., «Nuevas aplicaciones del CBD», *El farmacéutico*, 615, noviembre-2022, pp. 26 y ss.

el cultivo de la planta de cáñamo para la obtención de fibra sufrió un claro retroceso en las décadas de los años '60 y siguientes. No obstante, en los últimos años, el cultivo de cáñamo para fibra textil parece estar experimentado un renovado interés debido al auge de la «fabricación sostenible» y la demanda de productos veganos y ecológicos²⁶. El uso del cáñamo vendría a mitigar los importantes problemas medioambientales que generan las actuales formas de producción de las industrias textiles, pues, las plantas de cáñamo producen el doble de fibra que las de algodón por hectárea, mientras que necesitan únicamente una décima parte de agua y requiere un uso mínimo de pesticidas y herbicidas.

El interés por el cáñamo desde una perspectiva ecológica o medioambiental no solo atrae a la industria textil sino a otros muchos sectores industriales. Porque, se trata de un material más ecológico o respetuoso con el medio ambiente en la elaboración de numerosos productos y, al mismo tiempo, más resistente: el papel de cáñamo es más fuerte y duradero que el fabricado con madera, pudiéndose reciclar muchas más veces; el plástico es también más resistente y contamina menos que los productos petroquímicos; e, incluso, los materiales de construcción también pueden ser fabricados a base de cáñamo, tales como, el material aislante, revestimientos, etc.²⁷.

En cuanto a las «semillas» del cáñamo o cannabis no psicoactivo se contienen dentro de la bractéola, que es la parte de la planta con mayor densidad de tricomas. Sin embargo, las semillas no contienen ningún tipo de cannabinoide, lo que viene a explicar, que no se encuentren fiscalizadas por los tratados de la ONU²⁸. En cambio, son una potente fuente de ácidos grasos, muy especialmente de omega-3, utilizándose en los últimos años en dietas vegetarianas y veganas, como forma de proteína de origen vegetal.

²⁶ En efecto, la propia marca de tejanos Levis incorpora el cáñamo en diversos modelos de sus pantalones, como reza en la publicidad de su web en la noticia: «Esto es cáñamo algodónado»: Algo que verás mucho en esta temporada (y más allá) es el cáñamo algodónado. ¿Por qué cáñamo? Porque, comparado con el algodón, crece más rápido, consume menos agua y deja suelos más limpios y saludables. Especialmente diseñado por Levi's®, este nuevo e innovador hilo de cáñamo es suave como el algodón y se teje fácilmente en estilos de mezclilla como nuestro nuevo 551™Z Authentic Straight. De manera que obtenemos el mismo aspecto y sensación de los auténticos Levi's® en una prenda que es más respetuosa con el medioambiente». Consultado en <https://www.levi.com.mx/canamo-aldondonado>.

²⁷ Véase, MURIEL-PÁEZ, M./PULLAS, M., «El cáñamo, una fibra textil sostenible», en *Revista Ciencia Latina*, 6, 2022.

²⁸ Véase Manual *ST/NAR/40*, donde se reconoce esta inexistencia de cannabinoides en las semillas pero se advierte que «pueden estar contaminadas con materia de cannabis (como sumidades floridas, cáscaras o resina), lo que produce cantidades de THC detectables. Del mismo modo, si se detecta el THC en el aceite de semilla de cannabis, lo más probable es que sea debido a una separación defectuosa de las semillas de la bráctea», p. 20.

Finalmente, debe resaltarse el cultivo de cáñamo para la obtención de CBD que se destina a numerosos fines, como los terapéuticos, cosméticos o recreativos, entre otros. Realmente, las aplicaciones terapéuticas del cáñamo responden a una práctica milenaria, pues en la medicina tradicional se viene usando con distintas funciones a lo largo de la historia²⁹. No en vano, desde un punto de vista farmacológico no solo interesa el CBD sino, también, el propio THC. En 2021 se aprobó el primer medicamento a base de CBD para el tratamiento de dos formas raras de epilepsia: Epidyolex®. Una década antes, en el año 2010, ya se había aprobado la comercialización de Sativex®, en el que el cannabinoide predominante es el THC, para el tratamiento de la esclerosis múltiple al mejorar los síntomas relacionados con la rigidez muscular, también denominada «espasticidad».

El interés actual por los productos CBD va mucho más allá de sus usos terapéuticos, comercializándose de variadas formas y con distintas aplicaciones: desde productos de parafarmacia — entre los que destacan las cremas o pomadas para el alivio de dolores³⁰, las gotas para el insomnio o aceites para masajes deportivos y/o relajantes³¹, productos cosméticos³², hasta productos alimenticios (gomilonas, infusiones o mezclado con el chocolate), o cigarrillos electrónicos, etc. Incluso, se comercializa la propia flor del cáñamo o «cogollo» sin efecto psicoactivo para uso decorativo, coleccionismo o como hierbas para fumar.

En definitiva, la reciente comercialización de estos productos CBD ha impulsado la regulación y legalización del cannabis no psicoactivo, como ya se ha advertido, en numerosos países de la Unión Europea, fundamentalmente, tras la STJUE, sala 4.^a, C663/18, de 19 de noviembre de 2020, que declara la legalidad del cultivo del cannabis con fines de obtención de CBD, siempre que los niveles de THC sean tan bajos que

²⁹ Sobre la tradición milenaria del cannabis como medicina, véase, CANDELA GARCÍA, E./ ESPADA SÁNCHEZ, J.P., «Una revisión histórica sobre los usos del Cannabis y su regulación», en *Salud y drogas*, 6 (1), 2006, Instituto de Investigación de Drogodependencias, quienes afirman que «las propiedades medicinales del cannabis fueron conocidas y utilizadas en la China hace más de 4.000 años», p. 52.

³⁰ Por ejemplo, la crema Dolicbd, que se publicita como una crema elaborada con productos naturales (cannabidiol, romero, árnica y mentol) que proporciona alivio y conforto en las zonas en las que lo necesitas aplicándola con un suave masaje: sensación duradera de alivio y bienestar en caso de dolor en músculos y articulaciones; con 4 veces más Cannabidiol (CBD) que otros productos similares; no tiene efectos psicoactivos o narcóticos, ni genera tolerancia.

³¹ Por ejemplo, el aceite Alvinatur, que se anuncia como un aceite «elaborado a base de aceite de cáñamo, aceite de almendras y jojoba, con CBD y aceites esenciales. Su alto contenido en CBD y los aceites esenciales de menta y romero lo hacen ideal para masajes deportivos y terapéuticos. Su combinación de aceites vegetales facilita el masaje y la buena absorción. Para realizar masajes deportivos y relajantes.

³² Por ejemplo, Pura Vida, serum de ojos y arrugas, efecto iluminador y reafirmante para el contorno de los ojos con CBD y extracto de algas.

no afecten a la salud pública. El legislador español parece ir también en esta misma dirección, tal y como pone de manifiesto la reciente aprobación de la PNL sobre cáñamo no psicoactivo. Pero, hasta que no se produzca la regulación definitiva del cáñamo no psicoactivo se ha generado una importante inseguridad jurídica en los agricultores dedicados a este tipo de cultivo y en los empresarios que lo comercializan. Y, aún mucho peor, existen pronunciamientos judiciales contradictorios que para casos muy similares disponen soluciones diferentes, llegando a condenarse en alguno de ellos a los agricultores y/o comercializadores de cannabis no psicoactivo, esto es, cannabis que no afecta a la salud pública. Hemos podido constatar que algunas de tales sentencias condenatorias se fundamentan en un entendimiento o interpretación errónea de la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961 y del resto de Tratados ONU.

Se hace, por tanto, necesario ahondar y profundizar en el análisis de tales Tratados ONU, al resultar herramientas fundamentales en el control y fiscalización de las plantas de las que pueda obtenerse droga y, por ende, de la respuesta penal frente a su cultivo y/o tráfico.

3. El cultivo de cannabis ante la Convención Única de 1961

La Convención Única sobre Estupefacientes de 1961 fue la primera norma de carácter internacional que viene a codificar o tipificar determinadas sustancias como drogas, exhortando a los Estados firmantes a incorporar en sus legislaciones nacionales normas para prohibir y perseguir numerosos comportamientos relacionados con éstas³³. Sin duda, supuso un hito en el tratamiento internacional de las drogas, fundamentalmente por los siguientes motivos: a) Por primera vez se prohíbe el cultivo de plantas de las que se puede extraer estupefacientes naturales, concretamente, la adormidera, el arbusto de coca y la planta del cannabis. Más específicamente, solo se permite el cultivo para «fines médicos y científicos», debiendo cada país, en virtud del art. 19, establecer las canti-

³³ Como recuerdan MARTÍN PARDO, A./MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *Estatuto jurídico de la ayahuasca*, Tirant lo Blanch, 2019, la Convención de 1961 y las posteriores de 1971 y 1988, vienen a sustituir a un conglomerado de tratados multilaterales previos entre los que se destaca la Convención internacional del opio de La Haya de 1912, el Acuerdo concerniente a la fabricación, el comercio interior y el uso de opio preparado en Ginebra de 1925, la Convención para limitar la fabricación y reglamentar la distribución de estupefacientes de Ginebra de 1931, el Convenio para la Supresión del tráfico ilícito de drogas nocivas de Ginebra de 1936, el protocolo de Lake Success de 1946, el Protocolo de París de 1948 y el Protocolo del opio de New York de 1953, entre otros, p. 70 y ss. Sobre la evolución de la respuesta de la comunidad internacional frente al problema de las drogas, véase, también, LUENGO CELADILLA, S., *Estudio doctrinal y jurisprudencial del delito de tráfico de drogas*, Reus Editorial, 2017, pp. 25 y ss.

dades que serán consumidas a tales fines, organizando y fiscalizando este cultivo de modo que asegure, en la medida de lo posible, que la cantidad producida en un año no exceda de las previsiones necesarias (art. 21); b) se crean cuatro listas de sustancias que deben controlarse y fiscalizarse por parte de las autoridades, implementándose un proceso que permite incluir nuevas sustancias sin necesidad de modificar el articulado del tratado. En dichas listas se clasifican todas las sustancias que son controladas por el sistema internacional de fiscalización formado por grupos de expertos de la OMS, en función de tres criterios: la utilidad terapéutica, su riesgo de uso indebido y de generar dependencia³⁴; c) se crea

³⁴ En la Lista I, que es la más amplia, se contienen aquellas sustancias con un mayor número de medidas de fiscalización por ser, a priori, las que tienen mayores posibilidades de uso indebido —muy especialmente en el caso de las sustancias estupefacientes— y/o ser peligrosas para la salud pública. Se incluyen en esta Lista I las sustancias de los grupos de los opiáceos, la cocaína y el cannabis, sujetándolas a todas las fiscalizaciones recogidas en la Convención. Según el art. 2.1 Convención Única, «los estupefacientes de la Lista I estarán sujetos a todas las medidas de fiscalización aplicables a los estupefacientes en virtud de la presente Convención y, en particular, a las previstas en los artículos 4 e), 19, 20, 21, 29, 30, 31, 32, 33, 34 y 37».

En la Lista II se recogen las drogas más comúnmente utilizadas con fines médicos y con escaso riesgo de uso indebido. En consecuencia, las medidas de fiscalización sobre su comercio y distribución son menos estrictas. En esta Lista se encuentra la codeína y sus derivados. Según el art. 2.2 Convención Única, «los estupefacientes de la Lista II estarán sujetos a las mismas medidas de fiscalización que los de la Lista 1, salvo las medidas prescritas en el artículo 30, incisos 2 y 5, respecto del comercio al por menor».

En la Lista III se incluyen los preparados que contienen como ingredientes drogas de la Lista II en concentraciones inferiores y en proporciones fiscalizadas, así como los preparados que a juicio de la OMS no se prestan a uso indebido (como, por ejemplo, los preparados de codeína, dihidrocodeína y propiram). Las medidas de fiscalización son las menos estrictas y se reducen a cuestiones informativas y estadísticas. Según el art. 2.4 Convención Única «Los preparados de la Lista III estarán sujetos a las mismas medidas de fiscalización que los que contengan estupefacientes de la Lista II, excepto que no será necesario aplicar en su caso las disposiciones del artículo 31, párrafos 1 b y 3 a 15, ni, en lo que respecta a su adquisición y su distribución al por menor, las del artículo 34, apartado b, y que, a los fines de las previsiones (artículo 19) y estadísticas (artículo 20), sólo se exigirá la información relativa a las cantidades de estupefacientes que se empleen en la fabricación de dichos preparados». En la Lista IV se incorporan determinadas sustancias de la Lista I que cuentan con prácticamente nula utilidad terapéutica pero con propiedades consideradas particularmente peligrosas, debiendo los Estados, además de las medidas de fiscalización de la Lista I, deben prohibir cualquier tipo de producción, salvo para utilizarlas en investigaciones científicas. Según el art. 2.5 Convención Única «Los estupefacientes de la lista IV serán también incluidos en la Lista 1 y estarán sujetos a todas las medidas de fiscalización aplicables a los estupefacientes que figuran en esta última Lista y, además, a las siguientes: a) Las Partes adoptarán todas las medidas especiales de fiscalización que juzguen necesarias en vista de las propiedades particularmente peligrosas de los estupefacientes de que se trata; y b) Las Partes prohibirán la producción, fabricación, exportación e importación, comercio, posesión o uso de tales estupefacientes, si a su juicio las condiciones que prevalezcan en su país hacen que sea éste el medio más apropiado para proteger la salud y el bienestar públicos, con excepción de las cantidades necesarias únicamente para la investigación médica y científica, incluidos los experimentos clínicos con dichos estupefacientes que se realicen bajo la vigilancia y fiscalización de la Parte o estén sujetos a su vigilancia y fiscalización directas».

la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE), cuya función primordial consiste en supervisar la aplicación de los tratados de fiscalización de drogas, de acuerdo con las pautas establecidas por la convención (art. 9). Precisamente, la JIFE se encarga de preparar el contenido de las cuatro listas y otra información adicional pertinente en lo que viene a denominarse como Lista Amarilla o Lista de estupefacientes sometidos a fiscalización internacional³⁵.

La actualización de las Listas se realiza mediante una votación de la CND (*Commission on Narcotic Drugs*, en español, Comisión de Estupefacientes de Naciones Unidas), tras los informes y propuestas del ECDD (*Comision Expert Committee on Drug Dependence*, en español, Comité de Expertos en Farmacodependencia de Naciones Unidas)³⁶. En este sentido, resulta especialmente destacable que el cannabis desapareció de la Lista IV el 2 de diciembre del año 2020, tras la votación celebrada en la 63.^a reunión de la CND en la que se reconoce, por 27 votos a favor (entre los que se encuentra el del representante español³⁷) frente a 25 votos en contra, «el valor terapéutico tanto del cannabis como de la resina de cannabis»³⁸. Con tal votación se dio respuesta a una de las recomendaciones realizadas en el año 2019 por el ECDD de retirar al cannabis y la resina de cannabis de la Lista IV³⁹. En consecuencia, desde el año 2020

³⁵ La LISTA AMARILLA con sus correspondientes actualizaciones está también publicada en la página web del ICNB (*International Narcotics Control Board*), organismo dependiente de la OMS, https://www.incb.org/documents/NarcoticDrugs/Yellow_List/52nd_Edition/Yellow_List_52nd_edition_SP.pdf.

³⁶ Sobre el funcionamiento y creación de las listas, véase con mayor detenimiento, REXED, B. *et al.*, *Normas para la Fiscalización de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas en el Marco de los Tratados Internacionales*, Organización Mundial para la Salud, 1984, p. 41. Sobre su procedimiento de actualización, DEL CARPIO DELGADO, J., «¿Hacia la legalización del cánnabis? su (re)clasificación en los tratados internacionales», en *Revista General de Derecho Penal*, 34, 2020, pp. 13 y ss.

³⁷ Debe advertirse que los países de la Unión Europea miembros de la CND, por mandato imperativo, votan lo mismo previamente acordado en el marco del Grupo Horizontal Drogas. A este respecto, véase más profundamente, la Propuesta de Decisión del Consejo sobre la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en la sexagésima tercera sesión de la Comisión de Estupefacientes sobre la inclusión de sustancias en las listas elaboradas en el marco de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, enmendada por el Protocolo de 1972, y el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971, 12.12.2019, COM (2019) 624 final, 2019/0274 (NLE).

³⁸ CND, *Commission on Narcotic Drugs, Press Statement — 2 December 2020 CND votes on recommendations for cannabis and cannabis-related substances*, Recuperado el 28/12/2022: https://www.unodc.org/documents/commissions/CND/CND_Sessions/CND_63Reconvened/Press_statement_CND_2_December.pdf.

³⁹ En efecto, como se recoge el 41.º Informe: «el Comité examinó la información relativa a las indicaciones terapéuticas del cannabis y los estudios actuales sobre sus posibles aplicaciones médicas. Varios países han autorizado el uso del cannabis para tratar enfermedades y síntomas como las náuseas y los vómitos causados por la quimioterapia, el dolor, los trastornos del sueño y la espasticidad asociada con la esclerosis múltiple. El Comité tomó nota de las pruebas científicas sólidas, si bien limitadas, sobre el uso terapéutico del cannabis. Sin embargo, algunos preparados farmacéuticos de cannabis de

el cannabis o cáñamo se encuentra fiscalizado en la Lista I, pero no en la Lista IV, debido a su importante el valor terapéutico. No obstante, atendiendo a su inclusión en la Lista I, el cannabis está sujeto a una multiplicidad de medidas de control y/o fiscalización que tienen como principal objeto evitar su cultivo, siempre y cuando no tenga finalidad industrial, terapéutica y/o científica.

De igual modo, debe quedar claro que el CBD no se encuentra sometido a fiscalización en el segundo Tratado de la ONU que vino a centrarse en las denominadas «drogas sintéticas»: la Convención sobre Estupefacientes de 1971. No en vano, como recuerda el Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías (EMCDDA), «el CBD no figura específicamente en las listas de las Convenciones de las Naciones Unidas para el Control Internacional de Drogas de 1961, 1971 o 1988». Y continúa afirmando, «el CBD carece de efectos psicoactivos, modera los efectos del THC, debido a su función neuroprotectora, configurándose como el cannabinoide al que se le reconocen más usos medicinales, tales como la disminución de la ansiedad y la reducción de las crisis epilépticas»⁴⁰.

Volviendo a la Convención Única de 1961, deben resaltarse, por lo que a nosotros nos interesa, tres aspectos:

- 1) El «cannabis y su resina y los extractos y tinturas del cannabis» se encuentran sometidos a fiscalización en la Lista I.
- 2) El art. 1 establece las siguientes definiciones de cannabis: «b) Por cannabis se entiende las sumidades, floridas o con fruto de la planta de la cannabis (a excepción de las semillas y las hojas no unidas a las sumidades) de las cuales no se ha extraído la resina, cualquiera que sea el nombre con que se las designe». «c) Por planta

administración oral presentan ventajas terapéuticas en el tratamiento de trastornos como determinados tipos de dolor y de epilepsia. Los preparados de cannabis se definen como mezclas, sólidas o líquidas, que contengan cannabis; en virtud del apartado 3 del artículo 2 de la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961, suelen estar sujetos a las mismas medidas de fiscalización que el cannabis y la resina de cannabis» (...) «la planta y la resina de cannabis no son especialmente susceptibles de producir efectos nocivos similares a los que causan las otras sustancias incluidas en la Lista IV de la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961. Además, se ha demostrado que los preparados de cannabis alivian el dolor y otros síntomas como los de la epilepsia y la espasticidad asociada a la esclerosis múltiple, que no siempre son controlados por otros medicamentos. En consecuencia, el nivel de fiscalización del cannabis y de la resina de cannabis debería prevenir los daños causados por su consumo y, al mismo tiempo, no representar un obstáculo para su uso y para la investigación y el desarrollo de preparados de esta planta con fines médicos». Finalmente, el Comité concluyó que «el cannabis y la resina de cannabis no cumplen los criterios de inclusión en la Lista IV», Véase, WHO (*World Health Organization*), ECDD (*Expert Committee on Drug Dependence*), *Forty-first report*, World Health Organization, <https://apps.who.int/iris/handle/10665/325073>, p. 39.

⁴⁰ Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías (EMCDDA), *Uso médico del cannabis y los cannabinoideos*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2019, p. 9.

de cannabis se entiende toda planta del género cannabis». «d) Por resina de cannabis se entiende la resina separada en bruto o purificada, obtenida de la planta de la cannabis».

- 3) El art. 28 establece la fiscalización del cannabis: 1) Si una Parte permite el cultivo de la planta de la cannabis para producir cannabis o resina de cannabis, aplicará a ese cultivo el mismo sistema de fiscalización establecido en el artículo 23 para la fiscalización de la adormidera, 2) La presente Convención no se aplicará al cultivo de la planta de la cannabis destinado exclusivamente a fines industriales (fibra y semillas) u hortícolas, 3) Las Partes adoptarán las medidas necesarias para impedir el uso indebido o tráfico ilícito de las hojas de la planta de la cannabis.

En definitiva, la Convención Única de 1961 sitúa al cannabis en su Lista I pero desaparece de la Lista IV al reconocérsele en el año 2020 su valor terapéutico. Fundamentalmente, se somete a fiscalización las sumidades floridas, excluyéndose las semillas de las plantas y las hojas que no estén unidas a las ramas. Se considera planta del cannabis cualquier planta de tal género, con independencia de su especie o subespecie. Finalmente, se excluye de la fiscalización, el cultivo de la planta destinado a fines industriales, mencionándose la fibra y las semillas dentro de tales fines. Por tanto, si seguimos una interpretación literal y de signo meramente prohibicionista de la Convención Única de 1961 debería considerarse ilegal el cultivo de cogollos (incluso, los no psicoactivos), por estar sometidos a fiscalización las sumidades floridas. De igual forma, tampoco estaría permitido el cultivo de cáñamo con fines de obtención de CBD o cualquier otro componente de la planta, al estar prohibido o sometido a las medidas de fiscalización de la Lista I «los extractos del cannabis». Y, finalmente, al permitirse únicamente el cultivo de cannabis con fines industriales, citándose expresamente el destinado a la obtención de fibras y semillas, resultaría también dudoso el cultivo de cannabis con fines industriales para la obtención de CBD o la venta de cogollos no psicoactivos.

Centrándonos en este último aspecto, en qué debe entenderse por cáñamo con fines industriales, tanto el MAPA como la fiscalía antidroga han expresado de forma contundente que la Convención Única de 1961 solo considera fines industriales la obtención de fibra y semillas, desconociendo u obviando ambas instituciones que la propia ONU viene a defender otra interpretación de tales términos. Concretamente, la cuestión reside en si las expresiones «fibra y semillas» son usadas con carácter «limitativo» o, en cambio, deben entenderse como meramente «ilustrativas» o «ejemplificativas» de lo que refiere la Convención cuando menciona «fines industriales»⁴¹, es decir, una fórmula de redactar la nor-

⁴¹ Resulta interesante el análisis que realiza RIBOULET-ZEMOULI, K., *High compliance, a lex lata legalization for the non-medical cannabis industry*, FAAAT editions, 2022, cuando

ma «ejusdem generis», donde se mencionan un par de fines industriales del cultivo, pero se admiten también el resto «del mismo género» o «del mismo tipo». Ésta última es la interpretación más acorde a la actual realidad comercial del cultivo del cáñamo donde sus aplicaciones y finalidades son cada vez más diversas. No en vano, el propio ECDD defiende un concepto amplio de fines industriales: en el citado Informe 41 afirma expresamente que «el Convenio de 1961 excluye específicamente de la fiscalización las plantas del género Cannabis destinadas a fines hortícolas o industriales. Estas plantas se denominan habitualmente cáñamo y contienen concentraciones sumamente bajas de $\Delta 9$ -THC». El ECDD no hace referencia alguna a los fines concretos que debe tener el cultivo del cáñamo, es decir, fibra o semillas sino, más bien, a su psicoactividad o su carácter estupefaciente⁴². Incluso, la ONU defiende también un concepto amplio de fines industriales: en los «Comentarios a la Convención Única de 1961», al expresar que «el párrafo 2 excluye del ámbito de la Convención Única, y con ello también de la aplicación de su artículo 23, el cultivo de la planta de la cannabis destinado exclusivamente a fines industriales (fibra y semillas) u hortícolas. No obstante, este párrafo se limita a subrayar lo que en cualquier caso se deduce del párrafo 1, en el que se prescribe el régimen de fiscalización aplicable al cultivo de la planta. En el párrafo 1 se afirma expresamente que ese régimen sólo es aplicable al cultivo de la planta de la cannabis para producir cannabis o su resina. El cultivo de la planta con cualquier otro fin, y no sólo con los fines mencionados en el párrafo 2, está por consiguiente exento del régimen de fiscalización que se contempla en el artículo 23»⁴³.

advierte que la fórmula finalmente escogida responde a negociaciones de carácter político entre los Estados, incluyéndose los términos «fibra y semillas» para satisfacer a los representantes de algunos países que entendían necesario explicar que significaba los términos «fines industriales». En realidad, la inclusión de estos términos no se había previsto ni discutido en ningún momento sino, que más bien, la discusión giraba sobre los términos «fines industriales» o «cultivo industrial», p. 54.

⁴² El propio ECDD reconoce que en la actualidad el cultivo de cáñamo con fines de CBD o cáñamo no psicoactivo presenta incertidumbres: «la situación de estas plantas en los convenios es incierta, sobre todo las de aquellas que no han sido seleccionadas ni producidas dentro del marco de las normas nacionales e internacionales». Expresado de otra forma, el ECDD en ningún caso establece que este tipo de cultivo de cáñamo no psicoactivo pueda considerarse como droga, sino que genera dudas o incertidumbres, sobre cuando sea llevado a cabo fuera del «marco de las normas nacionales e internacionales». En consecuencia, entendemos que si se respetan las normas de la UE para el cultivo del cáñamo y las semillas utilizadas están dentro del CCC, deberían tener la misma consideración cáñamo industrial.

⁴³ UNODC, Comentarios a la Convención Única de 1961, sobre estupefacientes (Preparados por el Secretario General, de conformidad con el párrafo 1 de la resolución 914 D (XXXIX) del Consejo Económico y Social, de 3 de agosto de 1962), Naciones Unidas, 1989, E/CN.7/589. Disponible en

https://www.unodc.org/documents/treaties/organized_crime/Drug%20Convention/Comentarios_a_la_convencion_unica_de_1961.pdf.

No obstante, más allá de la posición interpretativa que se adopte sobre qué debe entenderse por «fines industriales», pensamos que la cuestión mollar del asunto reside en el sentido y finalidad que se le otorgue a la propia Convención Única de 1961 en su conjunto y, por ende, al resto de herramientas jurídicas que de ella emanan.

En la actualidad, solo existe una interpretación posible de las citadas herramientas jurídicas: la interpretación teleológica, que se centra en el objetivo o finalidad de la Convención Única de 1961 que no es otro que preservar la salud pública. En cambio, defender una interpretación literal de la Convención Única de 1961 —como parece sostener el fiscal antidroga— resulta claramente inadmisibles, al vulnerar importantes principios y garantías jurídicas, tales como, el principio de presunción de inocencia, el principio de protección exclusiva de bienes jurídicos penales o el principio de lesividad penal, entre otros. Además, una interpretación literal de la Convención Única de 1961 y de la normativa derivada de la misma, no se compatibiliza bien con los avances científicos, médicos y tecnológicos que aportan un mayor conocimiento de la planta del cáñamo y sus principales componentes. Y, no puede olvidarse que el TJUE se inclina claramente por una interpretación teleológica, rechazando la interpretación literal. En última instancia, una interpretación literal de la Convención Única de 1961 iría diametralmente en contra del «enfoque equilibrado» que viene defendiendo actualmente la ONU, el cual, no solo persigue erradicar el consumo de drogas sino que, también atiende a otros intereses o necesidades, tales como, los derechos humanos, la cuestión médica o el reconocimiento de las costumbres y la cultura de los pueblos.

4. Acerca del fin y de la interpretación literal de la Convención Única de 1961

Desde prácticamente la aprobación de la Convención Única de 1961 y, muy especialmente, desde las políticas de Nixon sobre la «guerra contra las drogas» se ha criticado que los esfuerzos de la ONU en esta materia basculasen o se centrasen prácticamente de forma exclusiva en la prohibición de cualquier comportamiento relacionado con las drogas, relegándose a un papel secundario o, incluso, residual, otros intereses, necesidades o exigencias que plantea la producción de este tipo de sustancias, tales como la salud pública, los derechos humanos o las costumbres y las tradiciones de los pueblos. Ha sido constante la crítica a la Convención de 1961 (y a los otros dos Tratados ONU, la Convención de 1971 y de 1988) por abordar la problemática desde un enfoque esencialmente prohibicionista que, llevado al extremo, ha generado graves y nefastas consecuencias. *Grosso modo*, suelen citarse como críticas al enfoque prohibicionista las siguientes: a) la potenciación de un mercado ilegal que

acapara todo el proceso de las drogas, desde su cultivo hasta el consumo final, generando graves riesgos para la salud de los consumidores⁴⁴, b) la aparición de conflictos violentos, muy especialmente en regiones empobrecidas, que han afectado a las condiciones de vida de sus habitantes, concretamente de los grupos más desfavorecidos, aumentándose o reproduciéndose su discriminación y exclusión social, c) la aprobación de normas penales discutibles por resultar demasiado amplias y severas capaces de lesionar importantes principios y garantías jurídicas, d) el gran número de personas judicializadas o enviadas diariamente a las cárceles por entrar en contacto con este fenómeno, resultando ser en la mayoría de los casos los «eslabones finales de la cadena» o, incluso, personas sin ningún tipo relación con estos mercados ilegales o que no obtienen ningún tipo de retribución o ganancia económica, como los «agricultores legales» o los propios «consumidores», e) en última instancia, su ineficacia, al no conseguir el principal objetivo de reducción de la demanda de drogas sino, más bien, su desplazamiento hacia otros lugares⁴⁵.

Debido a estas críticas, extendidas internacionalmente, en las últimas décadas se produjo un importante giro o cambio de enfoque, tanto en los propios organismos de la ONU que abordan el «problema de las drogas» —muy especialmente, el ECDD—, como en los propios Estados firmantes de los Tratados ONU que están flexibilizando sus regulaciones internas. Un ejemplo de esta flexibilización es la supresión del cannabis de la Lista IV de la Convención Única de 1961 y la legalización del consumo y el cultivo de cannabis en numerosos países, como EE.UU., Uruguay y Canadá. La propia ONU admite dicha flexibilización en la UNGASS (United Nations General Assembly Special Session) de 2016, ya reconoce

⁴⁴ En palabras de AMBOS, K./NÚÑEZ, N., «Marco jurídico internacional en materia de drogas», en AMBOS, K./MALARINO, E./FUCHS, M.C., *Drogas ilícitas y narcotráfico. Nuevos desarrollos en América Latina*, Editorial Temis, 2017, «el régimen jurídico internacional sobre drogas se encuentra estructurado sobre una base especialmente prohibitiva y represiva. El foco de atención puesto en la criminalización de una gran cantidad de conductas vinculadas con el tráfico ilícito presupone la idea de que las drogas pueden ser efectivamente eliminadas y, con ello, los problemas que traen aparejados para la salud y el bienestar de las personas. Así, temas esenciales en las políticas de drogas como la salud y el desarrollo han sido subordinados a los objetivos de la represión. Sin embargo, desde el surgimiento de este régimen jurídico, tanto el narcotráfico como la delincuencia asociada a este han adquirido grandes dimensiones, y muchos problemas vinculados a la salud de las personas han aumentado considerablemente (por ejemplo, la transmisión de enfermedades venéreas o la superpoblación en las prisiones)», p. 48.

⁴⁵ Sobre cómo afecta el enfoque prohibicionista o las políticas de guerras contra las drogas a los derechos humanos, véase, entre otros, PNUD (Programa Naciones Unidas Para el Desarrollo), *Perspectives on the development dimensions of drug control policy*, 2005, https://www.unodc.org/documents/ungass2016/Contributions/UN/UNDP/UNDP_paper_for_CND_March_2015.pdf, pp. 3-10. CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales), *El impacto de las políticas de drogas en los derechos humanos La experiencia del continente americano*, 2014, <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2016/10/El-impacto-de-las-politicas-de-drogas-en-los-derechos-humanos.-La-experiencia-del-continente-americano..pdf>.

expresamente como los tres tratados de fiscalización internacional de drogas «ofrecen a los Estados partes suficiente flexibilidad para formular y aplicar políticas nacionales en materia de drogas con arreglo a sus prioridades y necesidades, de conformidad con el principio de la responsabilidad común y compartida y con el derecho internacional aplicable»⁴⁶.

5. La interpretación teleológica o enfoque equilibrado en el seno de la Unión Europea

Como se ha adelantado, el TJUE también rechaza la interpretación literal de la Convención Única de 1961, para adoptar, claramente y sin ambages, una interpretación teleológica. En este sentido, resulta especialmente relevante la STJUE, sala 4.^a, C663/18, de 19 de noviembre de 2020, que declara la legalidad del cultivo del cannabis con fines de obtención de CBD, siempre que los niveles de THC sean tan bajos que no afecten a la salud pública.

El TJUE no admite una interpretación literal de la Convención Única de la ONU de 1961, poniendo de manifiesto la evolución de la comunidad internacional en materia de drogas y la necesidad de adaptar la definición del cannabis como droga o estupefaciente a tres aspectos importantes: 1) los nuevos avances tecnológicos y científicos que permiten calcular la concentración de THC de la planta, 2) los descubrimientos científicos sobre cómo funciona y afecta la planta en el organismo, muy especialmente, el papel del CBD como componente de la misma y 3) los propios intereses de los agricultores, empresarios y consumidores.

Concretamente, la sala cuarta del TJUE aborda la cuestión prejudicial elevada por un tribunal francés que consulta sobre la posible contradicción de la prohibición que castiga la comercialización de cigarrillos electrónicos de CBD con la propia normativa de la UE. En una primera instancia, se condenó a los responsables del establecimiento en el que se vendían tales cigarrillos, porque éstos contenían CBD obtenido de la propia planta del cannabis. No obstante, el tribunal francés obvia en su pronunciamiento condenatorio que tales cigarrillos no solo se comercializaron por un país de la Unión Europea, la República Checa, sino que también se produjeron en ese mismo país, en el que igualmente se cultivó

⁴⁶ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2016), Documento final del periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el Problema Mundial de las Drogas, celebrado en Nueva York, 19-21 de abril 2016. *Nuestro compromiso conjunto de abordar y contrarrestar eficazmente el problema de las drogas*, Naciones Unidas, 2016, p. 3. Véase el estudio profundo de la misma, en MANJÓN CABEZA-OLMEDA, A., «Una evaluación de la UNGASS 2016. Especial énfasis en las políticas de cannabis», en MARTÍNEZ ORÓ, D.P. (Coord.), *Las sendas de la regulación del cannabis en España*, Ediciones Bellaterra, 2017, pp. 284-297.

el cannabis para la posterior obtención del CBD. El tribunal de apelación elevó al TJUE la correspondiente consulta sobre si la prohibición de este producto fabricado y comercializado por un país perteneciente a la UE conculcaba los artículos 34 TFUE y 36 TFUE, que se oponen a cualquier tipo de restricción injustificada del libre comercio dentro de la UE. El TJUE entendió que la prohibición de la comercialización de estos cigarrillos solo podría realizarse cuando fuese necesaria para «garantizar la salud pública y no exceda de lo necesario para alcanzarlo», como una de las pocas excepciones que se plantean a la libre comercialización de productos dentro de la UE. Pues bien, la sentencia pone de manifiesto la necesidad de rechazar una mera interpretación literal de la Convención Única de 1961 y, partiendo de que el Tratado ONU considera droga o estupefaciente cualquier componente obtenido de la planta del cannabis en su totalidad, considera que cuando el contenido del THC en la planta sea tan bajo que no sea capaz de afectar a la salud pública, la prohibición de comercializar un producto de CBD vegetal, es decir, como extracto de cannabis, producido y comercializado por un país de la UE, no se compatibiliza bien con la libertad de comercialización dispuesta en los artículos 34 y 36 TFUE: «es cierto que una interpretación literal de las disposiciones de la Convención Única podría llevar a la conclusión de que, en la medida en que el CBD se extrae de una planta del género cannabis y que esta planta se utiliza en su totalidad, incluidas sus sumidades floridas o con fruto, éste es un extracto de cannabis, en el sentido de la Lista I de dicha Convención y, por consiguiente, un *estupefaciente*, en el sentido del artículo 1, apartado 1) letra j) de la citada Convención», pero:

«el CBD controvertido en el litigio principal no parece tener efectos psicotrópicos ni nocivos para la salud humana sobre la base de los datos científicos disponibles. Además, según estos elementos de los autos, la variedad de cannabis de la que se extrajo esta sustancia, que fue cultivada legalmente en la República Checa, tiene un contenido en THC que no supera el 0,2%». «La Convención Única se basa, en particular, en una finalidad de protección de la salud física y moral de la humanidad. Por consiguiente, debe tenerse en cuenta este objetivo al interpretar las disposiciones de dicha Convención».

Incluso, el TJUE va más allá al considerar que la ONU defiende también una interpretación teleológica basada en la salud pública como objeto de protección de la norma, como se refleja en los propios «Comentarios a la Convención»: «a título ilustrativo, de estos comentarios se desprende, en particular, que la exclusión de la definición del cannabis, que figura en el artículo 1, apartado 1, letra b) de la misma Convención, de las sumidades floridas o con fruto de las cuales se ha extraído la resina estaba justificada por la circunstancia de que dichas sumidades solo contienen una cantidad totalmente insignificante del principio activo». En última instancia, el TJUE concluye:

«Dado que el CBD no contiene un principio psicoactivo en el estado actual de los conocimientos científicos recordados en el apartado 34 de la

presente sentencia, sería contrario a la finalidad y al espíritu general de la Convención Única incluir este en la definición de estupefaciente, en el sentido de la Convención Única». «El CBD controvertido en el litigio principal no es un estupefaciente, en el sentido de la Convención Única».

Posiblemente, la STJUE de 19 de noviembre de 2020 haya determinado el sentido de la reciente Decisión núm. 444887 del Conseil d'Etat francés, de 29 de diciembre de 2022, que confirma la legalidad del uso de las flores y hojas de variedades de cannabis con un contenido de THC inferior o igual al 0,3%, por entender, que: «el CBD tiene propiedades descontracturantes y relajantes y efectos anticonvulsivos, pero no tiene efecto psicotrópico y no provoca adicción, a diferencia del THC. Existen pues variedades del cannabis, con un bajo nivel de THC que no pueden ser consideradas como estupefacientes» (...). «Los riesgos para la salud dependen de las cantidades de THC realmente ingeridas según los productos consumidos y los modos de consumo» (...). «En el estado de los datos científicos no se ha establecido la nocividad de otras moléculas presentes en las flores y hojas de cannabis, en particular de CBD (...). «El contenido de THC de las flores y las hojas podría verificarse mediante pruebas rápidas y económicas para identificar variedades con propiedades sorprendentes» (...). La eficacia de la política antinarcóticos no puede justificar la prohibición de la comercialización, en estado bruto, de flores y hojas de cannabis con un nivel de THC inferior al 0,3%».

Debe advertirse que Francia no es el único país de la Unión Europea en el que se puede producir y comercializar productos CBD obtenidos de la propia planta del cannabis. En Austria, Bélgica y Luxemburgo, las sumidades floridas de cáñamo se registran como productos herbales para fumar. En la República Checa, resulta legal la comercialización y venta del cáñamo y sus extracciones con un porcentaje de THC inferior al 1%⁴⁷. Recientemente, la Sección 5.^a de Tribunal Administrativo de Lazio, dicta una sentencia el 14 de febrero de 2023, que anula un decreto de los Ministerios de agricultura, transición ecológica y salud de Italia, publicado en la Gaceta Oficial núm. 115 de 18 de mayo de 2022, sobre las «Listas de especies de plantas medicinales cultivadas así como criterios de recolección y primer procesamiento de especies de plantas medicinales espontáneas», en el que solo se permite el cultivo de cannabis para la obtención de fibra y semillas, prohibiendo la posibilidad de cultivar libremente las partes restantes de la planta, es decir, hojas, flores, brotes y raíces. El Tribunal italiano hace prácticamente suyos los argumentos del TJUE y del Consejo de Estado Francés, a los que cita en varias ocasiones, al declarar que el decreto impugnado «daría lugar a una indebida restricción cuantitativa, que entraría en conflicto abierto y manifiesto con el principio de libre circulación de mercancías consagrado a nivel europeo». «En el presente caso, no existe ninguna prueba de la necesidad

⁴⁷ Véase, PNL Cáñamo industrial, *cit.* p. 7.

de proteger el derecho a la salud, ni incluso desde el punto de vista del principio de precaución, ya que, el decreto de la Administración se limitó a invocar principios pero sin aportar ningún dato concreto o elemento científico con respecto al objeto de la cuestión». «Resulta necesario que en casos como el que es objeto de la presente sentencia, la Administración se encargue de explicar adecuadamente la necesidad de protección de la salud, proporcionando los datos científicos que acrediten de manera efectiva la existencia de un riesgo derivado del cultivo de plantas de cáñamo en su totalidad (es decir, semillas, derivados de semillas, hojas e inflorescencias de las que se ha extraído resina). A la luz de las consideraciones anteriores, los Ministerios demandados deberán reexaminar la medida adoptada, teniendo en cuenta la evidencia científica que subyace a la necesidad de proteger la salud de conformidad a los principios de cautela y proporcionalidad de la UE».

Finalmente, es importante destacar que la Política Agraria Común (PAC) incluye ayudas a la renta asociadas a los agricultores activos que se dediquen al cultivo del cáñamo, por considerarlos un sector o producción importante por razones socioeconómicas o ambientales, tal y como se recoge en el art. 33 Reglamento (UE) 2021/2115 del Parlamento Europeo y del Consejo de 2 de diciembre de 2021. No obstante, «las superficies dedicadas a la producción de cáñamo serán hectáreas admisibles únicamente si las variedades utilizadas tienen un contenido de tetrahidrocannabinol no superior al 0,3 %» (art.4.4).

Sin duda, la comercialización legal de «los productos CBD» y «los cogollos de CBD» en la Unión Europea explica la paradójica situación de que éstos puedan comprarse y venderse en territorio español, donde, en cambio, no se permite su cultivo ni su elaboración (al menos, a través de extractos de la planta). Una situación claramente esquizofrénica, que genera mucha inseguridad jurídica y, en última instancia, perjudica seriamente los intereses de los agricultores y, en general, de los empresarios españoles. Como pone de manifiesto una de las ponentes de la aprobada PNL sobre cannabis no psicoactivo en la Comisión de Agricultura, Pesca y Alimentación: «todo el tejido productivo vinculado a este sector ha tenido que huir de España y ahora simplemente somos revendedores de los productos que producen otros, fuera de nuestras fronteras, con toda la pérdida económica, laboral e impositiva que supone situarnos únicamente en la parte final de la cadena de valor»⁴⁸.

⁴⁸ CORTES GENERALES, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 868, Año 2023, Sesión núm. 34, Comisión de Agricultura, Pesca y Alimentación celebrada el miércoles 22 de marzo de 2023, palabras de la diputada de Podemos, Lucía Muñoz Dada, cit., p. 24.

6. El cannabis no psicoactivo frente al ordenamiento jurídico penal español

La recepción de los Tratados sobre Drogas de la ONU en el ordenamiento español se produjo mediante 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. Concretamente, la regulación del cultivo del cannabis, aparece recogida en el Capítulo III, arts. 7 a 10, excluyéndose en el art. 9 de fiscalización el cultivo de la planta que no pueda considerarse droga: «los preceptos anteriores no serán de aplicación al cultivo de la planta de la cannabis destinada a fines industriales, siempre que carezca de principio activo estupefaciente».

Como se advierte, el tratamiento de la Ley 17/1967, de 8 de abril, de la cuestión es sensiblemente diferente al realizado por la Convención Única de 1961, pues mientras que el Tratado ONU prohíbe el cultivo del cannabis cuando no esté destinado a «fines industriales (fibra o semillas)», la norma española permite el cultivo del cannabis que carezca de «principio activo estupefaciente». Por tanto, el posicionamiento del fiscal antidroga de considerar solo lícito el cultivo para fibra y semillas, no solo va en contra de la interpretación teleológica de la Convención Única de 1961, de la recientemente aprobada PNL sobre cáñamo psicoactivo y del Ministerio de Hacienda, sino también de la propia Ley 17/1967, de 8 de abril.

Esta diferencia en el tratamiento jurídico otorgado por la Convención Única de 1961 y la Ley 17/1967, de 8 de abril, es de especial relevancia y transcendencia, pues la norma española hace descansar el núcleo de la prohibición en un elemento valorativo, el «principio activo estupefaciente», que deberá concretarse por los organismos, instituciones y/o expertos en la materia. En consecuencia, una interpretación auténtica del art. 9 de la Ley 1967, de 8 de abril, desembocaría en la atipicidad del cultivo y comercio del cáñamo con cualquier tipo de finalidad, siempre y cuando, la planta no tenga contenido estupefaciente.

No obstante, debe advertirse que, previamente, el art. 2.1 de la Ley 17/1967, de 8 de abril, define estupefacientes mediante un reenvío a las Listas I y II de la Convención Única de 1961 y sus correspondientes actualizaciones: «A los efectos de la presente Ley, se consideran estupefacientes las sustancias naturales o sintéticas incluidas en las listas I y II de las anexas al Convenio Único de 1961 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». Pero, como se viene afirmando, la interpretación teleológica de la Convención Única de 1961 excluye de fiscalización el cultivo o la comercialización de cannabis no destinado a la producción de estupefacientes.

Por su parte, si aplicamos al cannabis no psicoactivo el Real Decreto 1194/2011, de 19 de agosto, por el que se establece el procedimiento para que una sustancia sea considerada estupefaciente en el ámbito nacional, llegaríamos a la conclusión de que esta modalidad de la planta del cannabis no puede considerarse estupefaciente. Concretamente, los criterios de evaluación para considerar la sustancia como estupefaciente están descritos en el artículo 2. «La evaluación de aquellas sustancias susceptibles de ser consideradas como estupefacientes en el ámbito nacional es el proceso estructurado por el que se comprueba si una sustancia cumple con todos o algunos de los siguientes criterios: a) Semejanzas con otras sustancias estupefacientes conocidas. b) Utilidad terapéutica. c) Riesgo de abuso. d) Fiscalización en otros países y decisiones adoptadas por los órganos competentes de la Unión Europea o por los organismos internacionales de los que el Reino de España sea miembro». Como se observa, a excepción del primero (obviamente el cannabis no psicoactivo se asemeja al cannabis psicoactivo pues ambos pertenecen a la misma especie de planta), el resto de criterios, no pueden identificarse o no concurren en el cannabis con CBD predominante y bajo THC. Muy especialmente, si tomamos como referencia el último criterio —la fiscalización en otros países y decisiones adoptadas por los órganos competentes de la UE—, resulta determinante el pronunciamiento al respecto del TJUE para concluir que el cannabis no psicoactivo no puede considerarse estupefaciente.

Atendiendo a la normativa citada, entendemos que en España pueden darse dos tipos de cultivos de cáñamo o cannabis con autorización administrativa:

- a) El cultivo de cáñamo con fines medicinales o para investigación científica: Regulado mínimamente en el art. 7 y 8 de la Ley 1967, de 8 de abril, donde se establece que el «servicio de control de estupefaciente podrá autorizar cultivos de plantas destinados a la producción de sustancias estupefacientes o que se pueden emplear como tales». En la actualidad, es la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios (AEMPS), la que se encarga de conceder tales autorizaciones, siempre que se cumplan los requisitos que se aprobaron en la Orden de 7 de mayo de 1963, por la que se dictan normas para el cultivo de las plantas medicinales relacionadas con los estupefacientes y donde se establecen los requisitos que deben cumplirse para llevar a cabo tales cultivos. Tales requisitos se han ido actualizando a lo largo de los años, encontrándose a día de hoy publicados en el sitio web de la propia AEMPS, a través de la cual se realiza la autorización de este tipo de cultivo, debiéndose cumplir una serie de trámites, entre los cuales, destacan la realización de una memoria técnica del proyecto, las variedades que se pretenden cultivar, la previsión en gramos de cada uno de los productos que se pretenden obtener y la finalidad de las can-

tidades de cada uno de los productos obtenidos (especificar para cada producto que se pretenda obtener)⁴⁹.

- b) El cultivo de cáñamo con fines industriales y hortícolas. La normativa o, mejor expresado, el proceso no difiere, a priori, del que seguiría cualquier cultivo de otra planta. El principal requisito es que se utilice alguna de las 152 semillas de cáñamo autorizadas hasta el momento en el Catálogo común de variedades de especies de plantas agrícolas de la Unión Europea. Además de ello, habrá que dirigirse a la Oficina Comercial Agraria (OCA) perteneciente a la localidad donde se realiza el cultivo para inscribir la plantación en el Registro General de Producción Agrícola (REGPEA), atendiendo a lo establecido en el Real Decreto 9/2015, de 16 de enero, por el que se regulan las condiciones de aplicación de la normativa comunitaria en materia de higiene en la producción primaria agrícola.

Resumiendo, la normativa administrativa no establece en ningún caso cuando nos encontramos ante un cultivo de cannabis que pueda ser considerado estupefaciente o con fines para la obtención de estupefacientes. Expresado de otra forma, en ningún artículo, precepto, disposición o norma de carácter administrativo se recoge o regula expresamente que cultivos deben prohibirse por entenderse que van destinados al tráfico de drogas ni, mucho menos aún, se identifican o equiparan los cultivos no autorizados con cultivos de plantas estupefacientes. En definitiva, el hecho de que un cultivo de cannabis no esté autorizado o no cumpla algún tipo de requisito en la normativa administrativa no implica, ni significa, en ningún caso, que estemos de forma automática ante un cultivo de cannabis tipo droga o estupefaciente. Dicho de forma más breve aún, los cultivos no autorizados no pueden considerarse automáticamente cultivos de sustancias estupefacientes.

Centrándonos ya en el ámbito concreto del derecho penal, el tipo básico de los delitos de tráfico de drogas se ubica en el art. 368 Cp, el cual, castiga con diversas penas —según el daño, grave o no, que cause la sustancia objeto material del delito— «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 que posean con aquellos fines». Precisamente, la redacción de esta segunda parte de la conducta típica donde se utilizan los verbos típicos «promover», «favorecer» o «facilitar» ha llevado a la doctrina y jurisprudencia a defender la necesidad de una interpretación restrictiva de la norma. Porque, si realizamos un análisis semántico de los términos

⁴⁹ Véase la web de Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS), Medicamentos para Uso Humano, Estupefacientes y Psicotrópicos, https://www.aemps.gob.es/medicamentosUsoHumano/estupefacientesPsicotropos/docs/solicitud_cannabis_fines_medicos.pdf.

utilizados, por «promover» debe entenderse «iniciar o impulsar una cosa o un proceso procurando su logro», mientras que, «favorecer» implica «ayudar o amparar a alguien» y, por último, «facilitar» significa «hacer fácil o posible la ejecución de algo o la consecuencia de un fin»⁵⁰. Son términos tan generales, abstractos e imprecisos que convierten la conducta típica en cualquier actuación o comportamiento que pueda relacionarse con el consumo ilegal de drogas.

A la amplia redacción típica, habría que añadirle que nos encontramos ante un delito de peligro abstracto con un bien jurídico de carácter colectivo, la salud pública. Por ello, jurisprudencia y doctrina, vienen alertando, prácticamente desde la incorporación de tales delitos al acervo punitivo, de la necesidad de adoptar una interpretación que se centre o descansa, más que en los propios términos o vocablos que describe la norma, en el objeto o finalidad que pretende salvaguardar, esto es, la salud pública.

6.1. El objeto de protección de la norma y el objeto material de la conducta como elementos centrales de la irrelevancia penal del cultivo y/o comercialización del cannabis no psicoactivo

Existe prácticamente total unanimidad en la doctrina y en la jurisprudencia a la hora de afirmar que el bien jurídico protegido en los delitos relacionados con el tráfico de drogas viene conformado por la salud pública. No en vano, el propio código penal encuadra los delitos de tráfico de drogas —arts. 368 y ss— en el Capítulo III. *De los Delitos contra la Salud Pública*, del Título XVII. De los delitos contra la seguridad colectiva⁵¹.

La doctrina científica viene configurando la salud pública como un valor instrumental al servicio de la salud individual⁵², en el sentido de que no existe afectación —ya pueda ser por una puesta en peligro o directamente por una lesión— al bien jurídico salud pública sino se afecta también a la salud individual⁵³. Expresado de otra forma, no cabe una

⁵⁰ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española, Vigésima Tercera Edición, 2014.

⁵¹ Véase, por todos, con abundante bibliografía al respecto, NÚÑEZ PAZ, M.A./GUILLÉN LÓPEZ, G., «Moderna revisión del delito de tráfico de drogas: estudio actual del art. 368 del Código Penal», en *Revista Penal*, 22, 2008, p. 81.

⁵² MAQUEDA ABREU, M.L., «Jurisprudencia penal en materia e interpretación teleológica en materia de drogas», *La Ley*, 4624, 1998, p. 86.

⁵³ PÉREZ ÁLVAREZ, F., *Protección penal del consumidor: salud pública y alimentación: análisis del tipo objetivo del delito alimentario nocivo*, Praxis, 1991, p. 40. De forma parecida, MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., «Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces», en *Anuario de*

tutela de la salud pública que descarte la salud individual, pues llevaría a pensar que la comunidad social posee una salud distinta de aquella que poseen los ciudadanos que la componen⁵⁴.

Ciertamente, entre los motivos que explican la tipificación de estos delitos, existen algunos que poco o nada tienen que ver con la necesidad de salvaguardar la salud individual. Así, el espíritu y la orientación de los Tratados ONU estaría también presente en la legislación española: «el peligro social y económico» (Convención Única de Estupefacientes de 1961), «los problemas sanitarios y sociales que origina el uso indebido de ciertas sustancias» (Convenio sobre uso de Sustancias Psicotrópicas de 1971), la amenaza para «la salud y el bienestar de los seres humanos» y el menoscabo de «las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad» (Convenio contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes de 1988) son intereses que vendrían a explicar la política criminal sobre drogas en el seno de la ONU hasta la década de los '80⁵⁵. No obstante, éstos son intereses metajurídicos o político criminales que pueden estar detrás de una determinada tipificación, pero no dan contenido al bien jurídico protegido en la norma. El bien jurídico salud pública no es otra cosa que la salud de la colectividad, entendida como interés común que sirve como medio o instrumento para la protección de la salud individual⁵⁶.

derecho penal y ciencias penales, 56, 2003, cuando afirma «salud pública y salud individual son dos bienes jurídicos distintos que encuentran protección diferenciada en el CP, pero esto no autoriza a ignorar la salud individual cuando tratamos de la pública, pues de lo contrario estaríamos hablando de la salud pública como algo totalmente desvinculado de la realidad que la justifica y a la que sirve de complemento», p. 101.

⁵⁴ REY HUIDOBRO, L.F., *El delito de tráfico de estupefacientes. Su inserción en el ordenamiento penal español*, Bosch, 1987, quien concluye afirmando que «lo diferencia la salud individual de la pública, es el indeterminado número de sujetos a que hace referencia ésta última, integrando una colectividad cuya defensa requiere un máximo rigor punitivo frente a las conductas que la pueden perjudicar», p. 131. De forma similar, JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP*, Bosch Editor, 1999, p. 42. Parecen adherirse a ésta última: FRIEYRO ELICEGUL, S., *El delito de tráfico de drogas*, Tirant lo Blanch, 2017, p. 36, MORANT VIDAL, J., *El delito de tráfico de drogas. Un estudio interdisciplinar*, Editorial Práctica de Derecho, 2005, p. 74, y CASANUEVA SANZ, I., «El delito de tráfico de drogas en el ordenamiento jurídico español. Un repaso a algunas de las cuestiones más relevantes de la regulación penal actual», *Revista Derecho y Sociedad*, 56, 2021.

⁵⁵ En este sentido, PEDREIRA GONZÁLEZ, I.I., «Capítulo Primero. El tipo básico», en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), *El delito de tráfico de drogas*, Tirant lo Blanch, 2009, p. 25.

⁵⁶ Así, MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., «Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 56, cit., cuando afirma «Una cosa son las razones que condujeron al prohibicionismo, como opción política, y otra cosa es la selección que el Legislador ha hecho del bien jurídico salud pública como criterio para construir la antijuridicidad de estos delitos», p. 99. De forma parecida, PADILLA ALBA, H.R., *La problemática de legalizar el cannabis en España*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2011, cuando afirma: «con el art. 368 CP no se trata, por consiguiente, de proteger de *forma inmediata* la integridad física y moral de la persona individual —para eso están los tipos correspondientes de lesiones y torturas— sino la

Cuando el legislador criminaliza el cultivo de plantas de las que se pueda obtener estupefacientes lo hace debido a su toxicidad para la salud de las personas y, por extensión, para la salud pública»⁵⁷. Obviamente, ambos intereses o bienes están claramente interconectados y tienen una relación de complementariedad, siendo la salud pública la que complementa a la salud individual⁵⁸. Concretamente, la salud pública cumple un papel o función delimitadora de las conductas punibles, pues no basta que el comportamiento sea capaz de afectar a la salud individual de un consumidor concreto, sino que, además, deber resultar idóneo para afectar a un colectivo indeterminado. Es, por ello, que se excluyen de la órbita de aplicación del tipo penal una serie de comportamientos que, pudiendo afectar a la salud individual, en cambio, no alcanzan a lesionar o poner en peligro a la salud pública, tales como, el cultivo para el autoconsumo, el consumo compartido o las entregas compasivas, entre otras⁵⁹.

En definitiva, para que el cultivo de una determinada planta pueda inculparse dentro de la órbita de aplicación del art. 368 CP deben darse, al menos, dos requisitos: que el objeto material, es decir, la planta que se cultiva sea tóxica o perjudicial para la salud del consumidor de la sustancia y que sea capaz de lesionar a la salud pública como bien jurídico protegido, por tener la capacidad o idoneidad de afectar a un colectivo indeterminado de personas.

En efecto, cuando el legislador comienza la redacción del artículo art. 368 CP castigando los «actos de cultivo» se está refiriendo a la producción de plantas de las que se pueda obtener los principios activos naturales de ciertas drogas. Expresado de otra forma, deben ser plantas que posean sustancia tóxica con capacidad objetiva para atentar contra la salud del consumidor. De lo contrario, se estaría castigando el mero hecho de cultivar plantas, y la propia norma contenida en el art. 368 CP habla de actos de cultivo... de «drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas»⁶⁰.

salud como valor social y comunitario. Mediatamente, sin embargo, sí creo que la tutela de la salud pública, que es algo distinto de la salud individual, conlleva la defensa de la salud de cada persona en particular», p. 33.

⁵⁷ LÓPEZ ORTEGA, J.J., «Delitos contra la salud pública. El delito de tráfico de drogas», en BOIX ROIG, J. (Dir.), *Derecho Penal. Parte Especial, VIII*, Iustel, 2012, p. 305.

⁵⁸ ANDRÉS DOMÍNGUEZ, C.A., *Comentarios al Código penal*, Lex Nova, 2010, p. 1367.

⁵⁹ Al respecto, véase, LÓPEZ ORTEGA, J.J., «Delitos contra la salud pública. El delito de tráfico de drogas», en BOIX ROIG, J. (Dir.), *Derecho Penal. Parte Especial, VIII*, cit., p. 306. MOLINA MANSILLA, M.C., «El delito de tráfico de drogas: el tipo básico y los subtipos agravados», en *ADPCP, LIX*, 2006, p. 285. PEDREIRA GONZÁLEZ, I.I., «Capítulo Primero. El tipo básico», en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), *El delito de tráfico de drogas*, cit., p. 30.

⁶⁰ Aunque como indica ACALE SÁNCHEZ, M., *Salud pública y drogas tóxicas*, Tirant lo Blanch, 2002, esta redacción del tipo penal supone, en rigor, una incorrección, ya que, no pueden darse nunca actos de cultivo de drogas, sino únicamente de plantas o especies botánicas que contengan drogas o de las puedan obtenerse las mismas, p. 32.

Como consecuencia de lo anteriormente apuntado, debemos partir de la siguiente máxima: «no cualquier cultivo de la planta perteneciente al género cannabis, con independencia de sus fines o la parte de la planta, afecta a la salud pública, esto es, a la salud individual de un conjunto indeterminado de destinatarios». Por ende, cuando el art. 1 de la Convención Única de 1961 somete a fiscalización como sustancia estupefaciente «toda planta del género cannabis» y entiende por «cannabis»: «las sumidades floridas o con fruto, de la planta de la cannabis (a excepción de las semillas y las hojas no unidas a las sumidades) de las cuales no se ha extraído la resina, cualquier que sea el nombre con que se las designe», se está refiriendo a aquellos supuestos en los la planta de cannabis tenga contenido estupefaciente que resulte tóxico para la salud pública.

Tal interpretación teleológica no es «nueva» o «desconocida» en la práctica judicial española, sino que nuestros tribunales vienen utilizándola desde hace años para evitar que la aplicación de los Tratados ONU suponga la lesión de importantes principios y garantías penales. No en vano, España es uno de los referentes internacionales en la atipicidad de determinadas conductas relacionadas con el consumo compartido. Al mismo tiempo, no puede obviarse que el Tribunal Supremo cuenta con una sólida jurisprudencia que, basada en una interpretación restrictiva de carácter teleológico, excluye del ámbito de la tipicidad del delito del tráfico de drogas un importante número de conductas⁶¹. Con claridad lo ha expuesto el Tribunal Supremo en el siguiente texto (reproducido entre otras por las sentencias núm. 1441/2000, de 22 de septiembre y 1439/2001, de 18 de julio y el ATS 390/2005, de 3 de marzo):

«El Derecho penal actual ya no admite la existencia de delitos meramente formales o de simple desobediencia a la norma. Ha de existir necesariamente una lesión o un peligro respecto del bien jurídico protegido. Esta infracción del art. 368 CP es un caso más de delito de peligro y de consumación anticipada en que el legislador, a fin de dar mayor protección al referido bien, la salud pública, ante la gravedad y gran repercusión social que estas infracciones tienen, ha colocado la barrera de la punición penal en un momento anterior al de la producción del daño, decidiéndose a sancionar como delitos consumados conductas que, en otros supuestos, sólo podrían conceptuarse como tentativa o incluso como actos preparatorios. Pero esta configuración legal del delito no excusa la necesidad de tener en cuenta el mencionado bien jurídico como límite de la actuación del Derecho penal: aunque parezca una obviedad, hay que decir que los delitos de peligro no existen cuando la conducta perseguida no es peligrosa para ese bien jurídico protegido o cuando sólo lo es en grado ínfimo.

⁶¹ Sobre ello, véase, más profundamente, con abundante jurisprudencia, DOPICO ALLER, J., «Apartado 1.9. Supuestos de atipicidad», en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *El delito de tráfico de drogas*, cit., p. 68.

FERNÁNDEZ BAUTISTA, S., *Los clubes sociales de cannabis. Antijuridicidad e imputación personal*, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 16 y ss.

Tal ocurre en estos delitos relativos al tráfico de drogas cuando el comportamiento concreto no pone en riesgo la salud pública (o sólo lo hace de modo irrelevante)».

En definitiva, no existe ninguna duda, pero tampoco impedimento alguno para defender que solo pueda incardinarse en la órbita de aplicación del art. 368 Cp aquel cultivo de cannabis que resulte lo suficientemente tóxico para afectar a la salud pública: además de ser la mejor forma de interpretar los delitos contenidos en el Capítulo III. *De los Delitos contra la Salud Pública*, del Título XVII del Libro II del Código penal y la interpretación que mejor se ajusta a lo dispuesto por el TJUE es, en última instancia, la más garantista ante los derechos del agricultor que cultiva cáñamo, ya que, evita cualquier presunción contra reo. En cambio, castigar como tráfico de drogas el cultivo de «cualquier especie de cáñamo o cannabis» por el simple hecho no estar destinado exclusivamente a la obtención de fibra o semillas, supone desconocer que existen múltiples variedades de plantas de cáñamo donde el principio activo estupefaciente es tan bajo o inexistente que no resulta tóxico para la salud pública. De esta forma, la interpretación literal desemboca en una clara presunción «iure et de iure» inadmisibles, al concluir, sin admitir prueba en contrario, que cualquier cultivo de cannabis no destinado a la obtención de fibra o semillas, está preordenado a tráfico de drogas o al consumo ilegal de drogas⁶².

Autoras como MAQUEDA⁶³, FERNÁNDEZ BAUTISTA⁶⁴ o CASANUEVA⁶⁵, entre otras, citan expresamente la interpretación teleológica como la única fórmula de aplicar estos delitos de forma respetuosa con los principios

⁶² Advierte también sobre la necesidad de determinar el grado de pureza de cualquier droga incautada, ya que, en caso contrario se estaría ante una presunción contra reo, MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, J.A., *El tráfico de drogas y la atipicidad de su tenencia*, cit., 20.

⁶³ MAQUEDA ABREU, M.L., «Jurisprudencia penal en materia e interpretación teleológica en materia de drogas», *La Ley*, 4624, cit., p. 86.

⁶⁴ FERNÁNDEZ BAUTISTA, S., *Los clubes sociales de cannabis*, cit., quien advierte que «la excesiva amplitud de la redacción del delito contenido en el art. 368 CP —con todas las consecuencias, también señaladas, que de ello derivan— y las penas tan elevadas —desproporcionadas podría decirse incluso— que el legislador asocia a su comisión, han sido el detonante para que la jurisprudencia, especialmente la del Tribunal Supremo, haya optado, en ocasiones, por una lectura restrictiva del ámbito típica. Consecuencia de tal interpretación —a la que la autora denomina en el propio apartado en el que se incluye este párrafo como teleológica— es la identificación de diversos supuestos, perfectamente tasados, que deben entenderse atípicos, a pesar de poder considerarse formalmente recogidos por los tipos que recogen los delitos de tráfico de drogas», p. 31.

⁶⁵ CASANUEVA SANZ, I., «El delito de tráfico de drogas en el ordenamiento jurídico español. Un repaso a algunas de las cuestiones más relevantes de la regulación penal actual», *Revista Derecho y Sociedad*, 56, cit., cuando refiere que «para una adecuada aplicación de este precepto, va a ser necesario llevar a cabo una interpretación teleológica tomando como criterios básicos los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, de intervención mínima y de proporcionalidad para, de esta manera, reducir el ámbito de aplicación que resultaría de una interpretación literal», p. 4.

de intervención mínima del Derecho penal, lesividad penal y protección exclusiva de bienes jurídicos penales.

Con carácter general, los especialistas que postulan o promueven una interpretación teleológica de estos tipos penales apuntan fundamentalmente a la necesidad de restringir o acotar la amplísima, excesiva y abierta redacción del artículo 368 cp, cuya aplicación literal o meramente formalista, llevaría a castigar comportamientos que quedarían muy alejados de la órbita de protección de la norma. Al mismo tiempo, se trata también de proteger o salvaguardar principios y garantías básicas del derecho penal que se ven lesionados con una interpretación literal de la norma.

Una de las primeras autoras que puso de manifiesto la necesidad de apoyar una interpretación teleológica en los delitos de tráfico drogas fue MAQUEDA quién, además, identificó en la propia jurisprudencia esta función limitadora, que embrida a un legislador penal español que, influenciado y determinado por los Tratados ONU, acabó por exasperar la respuesta punitiva en este ámbito, renunciando a las cautelas y garantías básicas del derecho penal, adoptando: «un modelo de regulación que punge, del modo más evidente, con valores constitucionales tan fundamentales como el de seguridad jurídica o los de fragmentariedad o proporcionalidad... permaneciendo por debajo del marco de exigencias de n derecho penal liberal». «Probablemente ha sido la toma de conciencia de esa realidad, fruto de una política legislativa de desaciertos tan continuada, la que permite explicar el surgimiento de una interesante jurisprudencia que, poco a poco, va afianzándose en la elaboración de una respuesta racionalizadora a los diversos problemas que plantea la regulación existente en materia de drogas tóxicas y estupefacientes»⁶⁶.

Más recientemente, DOPICO plantea la problemática en términos similares: ante una redacción tan amplia como la descrita en el art. 368 CP: «un Tribunal debe optar entre una lectura literal y formalista, que conduzca a la punición de conductas inocuas o hasta benéficas; o una lectura restrictiva de su ámbito típico. El TS ha seguido esta segunda vía, y ha ensayado una pequeña tipología de «supuestos de atipicidad», una casuística de los supuestos que, pese a que podrían ser formalmente incardinables en las lecturas más extensivas del tipo del art. 368 (o incluso, en ocasiones, en las modalidades agravadas del art. 369), sin embargo, deben entenderse atípicas»⁶⁷.

⁶⁶ MAQUEDA ABREU, M.L., «Jurisprudencia penal en materia e interpretación teleológica en materia de drogas», *La Ley*, 4624, 1998, p. 86.

⁶⁷ DOPICO ALLER, J., «Transmisiones atípicas de drogas», cit., p. 12. Al respecto véase también, MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, J.A., *El tráfico de drogas y la atipicidad de su tenencia*, Bosch, 2012, p.11.

Y, más recientemente, aún, Maraver corrobora la existencia de una interpretación teleológica consolidada por parte del TS que permite la atipicidad de una serie de comportamientos que no presentan la suficiente lesividad penal, al no afectar al bien jurídico penal salud pública⁶⁸. Concretamente, el autor citado se refiere a la STS, sala 2.^a, de 16 de octubre de 1973, como el primer pronunciamiento que advierte por primera vez sobre la necesidad de adoptar «una interpretación teleológica del art. 344 cp que permita distinguir como se hace por gran parte de la doctrina y en muchas legislaciones extranjeras entre tenencia o posesión impune para consumir y tenencia delictiva para traficar».

A grandes rasgos, puede afirmarse que tomando como referencia esta interpretación teleológica, el Tribunal Supremo ha excluido de la órbita de aplicación del art. 368 CP dos tipos de comportamientos: de una parte, aquellos que no tienen «capacidad difusora» por ser conductas destinadas al autoconsumo o supuestos análogos y, de otra parte, aquellos que no son resultan típicos por no presentar la suficiente toxicidad para la salud del consumidor.

Por lo que se refiere al primer grupo de supuestos, aquellos que no afectan a una colectividad de personas sino a un grupo muy reducido y concreto de ellas, por citar algunas, destacan: la STS, sala 2.^a, núm. 1472/1994, de 16 de julio, la cual, después de afirmar que la finalidad del delito del antiguo art. 344 CP es «evitar el peligro general o común de facilitar el consumo de drogas a personas indeterminadas», reconoce que «ese peligro no existe en los casos de consumo compartido entre personas concretas»; la STS, sala 2.^a, núm. 323/1995, de 3 de marzo, cuando se refiere a la atipicidad de determinados supuestos en los siguientes términos: «el fundamento de tal doctrina se encuentra en la no acomodación al tipo de las concretas conductas enjuiciadas, en base a no darse en ellas, por la pequeña cantidad de droga adquirida, su naturaleza de droga blanda en la mayoría de los casos y su destino al auto-consumo inmediato, el peligro abstracto para el bien jurídico de la salud de indeterminados consumidores».

Pueden encuadrarse en esta categoría de supuestos en los que no existe capacidad difusora los supuestos de consumo y compra compar-

⁶⁸ MARAVER GÓMEZ, M., «La doctrina del consumo compartido en el delito de tráfico de drogas», en *InDret*, 2/2019, el autor advierte que «con carácter general, más allá de la doctrina del consumo compartido, se va consolidando en la jurisprudencia de la época una tendencia a limitar el alcance del delito de tráfico de drogas a partir de una interpretación teleológica del mismo basada en la finalidad de proteger el bien jurídico de la salud pública. Se destaca, en este sentido, la necesidad de comprobar que la conducta típica constituye realmente un riesgo para dicho bien jurídico, apelando a principios generales del Derecho penal como el principio de lesividad o el de exclusiva protección de bienes jurídicos. Desde esa perspectiva, se propone dejar fuera del tipo las conductas que no generan un riesgo relevante o significativo para la salud pública, que se identifica normalmente con el riesgo de un consumo general e indiscriminado», p. 3.

tidos, las invitaciones socialmente aceptadas, y las denominadas donaciones compasivas o altruistas⁶⁹. En todos estos casos, se insiste, la falta de «capacidad difusora» o la imposibilidad de afectar un grupo indeterminado de personas, determina que no acaben sancionándose por el derecho penal.

El segundo grupo de supuestos apunta también a la ausencia de lesión o puesta en peligro del bien jurídico, aunque no ya por la falta o incapacidad de afectar a un grupo indeterminado de personas sino directamente por no estar ante una sustancia tóxica capaz de afectar a la salud pública. En puridad, estamos ante supuestos de falta de tipicidad penal, por no existir objeto material del comportamiento: la droga o la sustancia estupefaciente.

A este segundo grupo de supuestos le vamos a dedicar un mayor espacio en el siguiente apartado, al ser en el que vendría a encuadrarse o encajar los supuestos de cáñamo industrial no psicoactivo.

6.2. *La toxicidad de la planta como requisito de la tipicidad penal del comportamiento*

Siguiendo con lo expuesto hasta ahora, puede concluirse que para considerar una sustancia como droga, ésta debe superar un doble análisis: *uno*, estar recogida o prevista como droga en las Listas de Fiscalización de la ONU, *dos*, resultar ser tóxica, es decir, afectar a la salud individual del consumidor⁷⁰.

La propia jurisprudencia del Tribunal Supremo resulta clara y contundente a este respecto desde hace años. Recientemente, la STS, sala de lo penal, núm. 205/2020, de 21 de mayo, reconoce que: «En la jurisprudencia de esta sala en la materia, está suficientemente consolidado un criterio conforme al cual sólo deberá considerarse droga tóxica o estupefaciente, en el sentido del art. 368 Código penal, aquella sustancia que sea apta para producir los efectos que le son propios. Y esto, en función de la cantidad de principio activo registrada en concreto y de la capacidad del producto para incidir negativamente en la salud de un eventual afectado (SSTS 154/2004, de 13 de febrero, 1671/2003, de 5 de marzo, 1621/2003, de 10 de febrero, 357/2003, de 31 de enero)».

En puridad, la ausencia de objeto material o, mejor expresado, la irrelevancia del mismo, constituye la base o fundamento central de tres

⁶⁹ DOPICO ALLER, J., *Transmisiones atípicas de drogas*, Tirant lo Blanch, 2013, p. 12 y ss.

⁷⁰ Véase en este sentido, JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas, I*, cit., p. 96. Se adhiere CASANUEVA SANZ, I., «El delito de tráfico de drogas en el ordenamiento jurídico español. Un repaso a algunas de las cuestiones más relevantes de la regulación penal actual», *Revista Derecho y Sociedad*, *Revista Derecho y Sociedad*, 56, 2021, p. 9.

conceptos o principios básicos de la jurisprudencia del TS en materia de drogas en los últimos 40 años: el principio de insignificancia, la dosis mínima psicoactiva y el principio de toxicidad.

a) El principio de insignificancia

Fundamentalmente, estamos ante supuestos de posesión o tráfico de drogas, normalmente de cocaína o de heroína, en los que en virtud de la escasa cantidad de la droga y/o su pureza no puede verificarse una lesión de la salud individual del sujeto que las consume. Por tanto, el fundamento del principio de insignificancia no reside tanto en la afectación de la salud de la colectividad, sino en la ausencia de droga o sustancia tóxica que afecta a la salud individual.

Los pronunciamientos del Tribunal Supremo que declaran la atipicidad del comportamiento por no afectar al bien jurídico salud pública atendiendo a la cantidad insignificante de droga son inabarcables. Por citar algunos⁷¹: sentencia 1889/2000, de 11 de diciembre, en la que la Audiencia Provincial de Las Palmas condenó por delito del artículo 368 del CP, pero el TS casa y anula la resolución recurrida por entender que «la cantidad de droga vendida es tan pequeña que en caso de ingesta carece de incidencia alguna para la salud de quien la toma», sentencia 358/2003, de 16 de junio de 2003, al considerar que la acción de tráfico no está comprendida en el artículo 344 del CP de 1973, ni en el artículo 368 vigente, «cuando por la mínima cantidad de la droga transmitida, atendido el peso de la misma y su pureza, no quepa apreciar que entrañe un riesgo efectivo de futura lesión para la salud de los que consumen»; sentencia 1640/2003, de 28 de noviembre, al afirmar que si bien es cierto que el delito contra la salud pública no protege exclusivamente la salud del destinatario o adquirente (consumidor o drogodependiente), «no podemos dejar de tener en cuenta que la salud pública de la colectividad está formada por la salud de cada uno de sus componentes de modo que la afectación de su propia salud, conforma la de la colectividad. Y aunque ese ataque no tiene que ser real o efectivo, sino que basta con que sea potencial, sin embargo, en todo caso tiene que incidir materialmente en

⁷¹ En efecto, el número de sentencias del Tribunal Supremo que declara la atipicidad del comportamiento atendiendo a la cantidad insignificante de la droga. Pueden citarse entre otras, la SSTS núm.: 1580/1994, de 12 de septiembre, 772/1996, de 28 de octubre, 1889/2000, de 11 de diciembre, 1370/2001, de 9 de junio, 1716/2002, de 27 de octubre, 557/2002, de 15 de marzo, 358/2003, de 16 de junio, 1281/2003, de 5 de noviembre, 1640/2003, de 28 de noviembre. Sobre esta cuestión, véanse los magníficos análisis jurisprudenciales de MANJÓN CABEZA-OLMEDA, A., «Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 56, cit., pp. 45-112; LA MISMA, «Apartado 1.11. La venta de una pequeña cantidad de droga. La dosis mínima psicoactiva», en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), *El delito de tráfico de drogas*, cit., pp. 116 y ss.

tal salud, al punto que la sustancia con la que se agrede tiene que tener condiciones de afectarla».

Sin duda, como se habrá advertido, el «principio de insignificancia» opta por una interpretación teleológica de los Tratados ONU, para poder dejar sin sanción actos que de seguir una interpretación literal tales tratados podrían considerarse prohibido por el derecho penal por entenderse sometidos a fiscalización.

b) La dosis mínima psicoactiva (DMP)

Precisamente, la necesidad de aplicar el principio de insignificancia con la suficiente seguridad jurídica que exige cualquier decisión judicial, motivó que la sala segunda del Tribunal Supremo celebrase un Pleno no Jurisdiccional de Unificación de Doctrina con vistas a resolver la cuestión de la tipicidad o atipicidad de la venta de cantidades mínimas de droga, en el que acordó dirigirse al Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (INT) para que fuese este organismo, dependiente del Ministerio de Justicia, quien propusiese unos mínimos, científicamente considerados, exentos de cualquier afectación a la salud de las personas, es decir, que estableciesen el umbral toxicológico en el que las drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas afectan a las funciones físicas o psíquicas de una persona.

El 22 de diciembre de 2003, el INT remite un cuadro con las dosis mínimas psicoactivas de las principales sustancias tóxicas que son objeto del tráfico de drogas, que recibe el TS el 13 de enero de 2004 y que viene incorporando desde entonces, en algunos casos, en la fundamentación de las distintas sentencias absolutorias y condenatorias.

Debe advertirse que la dosis mínima psicoactiva es la cantidad de sustancia que tiene algún efecto en el organismo, lo que no quiere decir necesariamente que el individuo que toma dicha dosis ya se encuentre drogado o intoxicado. De ahí que exista una clara diferencia entre la cantidad de dosis mínima psicoactiva y las consideradas dosis de consumo diario estimado o dosis de consumo habitual que se calculan para entender que la posesión de una determinada cantidad de droga está ordenada el tráfico y no al consumo⁷².

De igual modo, no son pocos los especialistas que vienen criticando la dosis mínima psicoactiva (DMP) como criterio rígido a la hora de determinar cuándo una sustancia es tóxica o no. En este sentido, resulta especialmente esclarecedora la crítica de CASANUEVA cuando advierte

⁷² MANJÓN CABEZA-OLMEDA, A., «Apartado 1.11. La venta de una pequeña cantidad de droga. La dosis mínima psicoactiva», en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), *El delito de tráfico de drogas*, cit., p. 128.

que el Tribunal Supremo no maneja correctamente los datos ofrecidos por el INT, ya que, el Alto Tribunal utiliza un cuadro-resumen realizado por su gabinete técnico, pero no el informe original, no resultando, en algunos casos, fiel el cuadro resumen con tal informe original, al ofrecer éste último cifras de dosis mínimas que van de un mínimo a un máximo pero, en cambio, el cuadro resumen solo recoge las cifras mínimas. La autora citada también critica que se proceda mediante una identificación automática entre DMP y puesta en peligro de la salud pública, por no considerarla especialmente escrupulosa, pues el riesgo para la salud individual no puede constatarse en todo caso, pues lo que recoge el INT son las dosis que pueden producir algún efecto en el organismo, sin que necesariamente tenga que ser un efecto negativo para la salud individual (física o psíquica)⁷³.

c) Principio de toxicidad

Posiblemente, la necesidad de diferenciar entre dosis que afectan al organismo y dosis que resultan tóxicas para el organismo, haya motivado que el TS prefiera hablar en muchos de sus pronunciamientos de toxicidad para justificar o fundamentar la atipicidad de estos comportamientos que no afectan a la salud pública. Así, la primera sentencia que menciona la toxicidad se emite, precisamente, en una fecha muy próxima a la recepción por el TS del cuadro de DMP del INT. Nos referimos a la STS núm. 272/2004, de 5 de marzo, que absuelve al acusado que vende de 0,277 grs de heroína con pureza del 7,4%, lo que supone 16 miligramos de sustancia activa, es decir, una cantidad muy por encima de los 0,66 miligramos dispuestos en el cuadro DMP, en base al siguiente razonamiento: «psicoactividad no es equiparable a toxicidad y el tipo penal básico del artículo 368 del Código penal no penaliza la composición psicoactiva, sino que se refiere a drogas tóxicas, es decir, que tengan un efecto de toxicidad añadido e independiente de su composición analítica», «nos movemos en cotas muy bajas, casi inocuas de toxicidad, por lo que no puede hablar de un riesgo, ni siquiera abstracto, contra el bien jurídico protegido. En consecuencia, la efectividad y las previsiones del derecho penal, no pueden entrar en juego, cuando el bien social que el ordenamiento decide incorporar y poner bajo la protección penal, no resulta afectado».

En fechas más recientes, por citar algunas, pueden mencionarse, las siguientes: STS, sala de lo penal, núm. 3043/2017, de 20 de julio, cuando advierte que «la jurisprudencia admite la atipicidad de las conductas de tráfico cuando, debido a su absoluta nimiedad, la sustancia ya no

⁷³ CASANUEVA SANZ, I., «El delito de tráfico de drogas en el ordenamiento jurídico español. Un repaso a algunas de las cuestiones más relevantes de la regulación penal actual», *Revista Derecho y Sociedad*, 56, cit., p. 17.

constituya, por sus efectos, una droga tóxica o sustancia estupefaciente, sino un producto inocuo por su precaria toxicidad»; STS, sala 2.^a, núm. 1312/2020, de 20 de mayo, al advertir que «caería fuera del tipo penal las transmisiones de sustancias que por su falta de lesividad no entrañaran el riesgo (abstracto) de su transmisión a personas (riesgo concreto). Este criterio de lesividad lo proporcionará, evidentemente, la prueba pericial que determine la dosis activa de la correspondiente sustancia tóxica, sin que los tribunales de justicia, que carecen de los oportunos conocimientos en la materia, puedan proporcionar criterios propios de lesividad, salvo por referencia a estudios periciales»; el Auto 111/2021, de 14 de enero, cuando afirma que «en los casos en los que la droga objeto del ilícito tráfico, por su desnaturalización cualitativa o la extrema nimiedad cuantitativa, carece absolutamente de los efectos potencialmente dañinos para la salud de las personas, la acción debe considerarse atípica».

En la denominada jurisprudencia menor, destaca el Auto AP Valencia, sección 2.^a, núm. 1090/2021, de 16 de diciembre de 2021, que, precisamente, recae sobre un caso de cultivo de cáñamo no psicoactivo: «la cuestión de la toxicidad de las plantaciones de cannabis ya fue estudiada en una sentencia de esta sección de fecha 22 de junio de 2021, en la que vio la insuficiencia del análisis del porcentaje de THC para valorar la antijuridicidad del cultivo, dado que es preciso examinar un conjunto de circunstancias para inferir la finalidad de las personas implicadas y el riesgo que la plantación representa para la salud pública. Salvo, claro está, que se acredite pericialmente que la especie de cannabis decomizada carece de efectos psicoactivos, pues, ciertamente, para castigar el cultivo o posesión de la sustancia, la jurisprudencia viene exigiendo que sea apta para producir los efectos que le son propios».

Sea como fuere, no entendemos necesario incidir más en las diferencias existentes entre toxicidad y dosis mínima psicoactiva, ya que el fundamento último que da sustento a ambos supuestos de atipicidad es el mismo: la falta o ausencia de tipicidad penal del comportamiento por no existir droga o, mejor expresado, por no ser capaz de desplegar los efectos que le son propios.

Expresado de otra forma, defender la atipicidad del cultivo del cáñamo que no contenga droga o cannabis que no contenga un principio activo estupefaciente suficiente o bastante para afectar a la salud pública —incluso cuando tal cultivo está destinado a la comercialización de los cogollos o la obtención directa de CBD de los mismos— es, sin duda, la idea que sustenta también la atipicidad de la conducta atendiendo al «principio de insignificancia», a la ausencia de «dosis mínima psicoactiva» o al principio de «toxicidad».

La problemática reside, como se viene afirmando, en que el cultivo de cáñamo con fines de obtención de CBD de la planta o, incluso, para la venta de cogollos de CBD puede plantear dudas respecto a su criminalización por la ONU, pues, como se ha analizado supra, la Convención

Única de 1961 fiscaliza tanto el cultivo de las flores de cannabis (no así del tallo y la semilla) y la extracción directa de la planta de sus componentes, por lo que, el CBD extraído directamente de la planta también estaría fiscalizado (no así el CBD sintético que no está incluido en ninguna Lista de los Tratados ONU). En base a esta fiscalización, el fiscal antidroga viene sosteniendo la necesidad de criminalizar cualquier tipo de cultivo o comercialización de la flor de cannabis con independencia de la toxicidad de la misma. Sin embargo, esta posición no es unívoca sino más bien errónea, pues, si la flor de cannabis o la planta de cannabis no tiene suficiente contenido psicoactivo o no resulta ser tóxica, se estaría nuevamente ante comportamientos meramente atípicos siguiendo la línea jurisprudencial que viene defendiendo el TS para los supuestos en los que se aplica el principio de insignificancia, la dosis mínima psicoactiva o el principio de toxicidad.

7. La atipicidad del cultivo de cannabis no psicoactivo como consecuencia de la interpretación teleológica del art. 368 CP

La aplicación de la interpretación teleológica en los supuestos de cultivo de cannabis no psicoactivo exige preguntarse si cualquier tipo de cultivo de cannabis para la obtención de CBD o para la comercialización de cogollos de CBD puede considerarse típico por afectar a la salud pública. La respuesta parece obvia: no. Solo pondrá considerarse delito aquel supuesto de cultivo de cannabis que sea capaz o idóneo para afectar a la salud de los consumidores.

Siguiendo el planteamiento anterior, resulta interesante destacar el concepto de droga tóxica que el propio TS acoge en algunos de sus pronunciamientos: «cualquier sustancia, terapéutica o no, que introducida en el organismo por cualquier mecanismo (ingestión, inhalación, administración, intramuscular o intravenosa, etc.) sea capaz de actuar sobre el sistema nervioso central del consumidor provocando un cambio en su comportamiento de nuevas sensaciones o una modificación en su estado psíquico, con las siguientes características: 1) El deseo abrumador de continuar consumiéndola o la dependencia psíquica. 2) La tendencia a aumentar la dosis o tolerancia. 3) La dependencia física u orgánica de los efectos de la sustancia que hace verdaderamente necesario su uso prolongado, para evitar el síndrome de abstinencia»⁷⁴.

A partir de esta definición, podemos considerar como estupefaciente o droga aquella sustancia que «actúa sobre el sistema nervioso, alternando las funciones psíquicas». Siguiendo este razonamiento llega-

⁷⁴ STS 8041/2012 de 31 de octubre, STS 116/2013, 21-2, FJ 7.

mos a la conclusión de que son sustancias tóxicas aquellas que presentan una determinada psicoactividad capaz de afectar al sistema nervioso central. En este sentido, el Manual ST/NAR/40 de Naciones Unidas⁷⁵, al que hace referencia también el propio TS en múltiples pronunciamientos—véase, entre otras, la STS, sección 1.ª, núm. 378/2020, de 8 de julio—establece una fórmula para determinar la psicoactividad del cannabis que toma como referencia los tres componentes más importantes de la planta, concretamente, el THC, como componente de la planta que genera los efectos psicoactivos, el CBD, como componente que tiene efectos relajantes y que inhibe o mitiga los efectos del THC y, finalmente, el CBN que vendría ser una especie de THC degradado u oxidado. Partiendo de estos tres componentes, si la relación entre las áreas de los picos THC + CBN dividida por el CBD es inferior a 1, la planta de cannabis se considera un tipo de fibra. En cambio, si la relación es superior a 1, se considera un tipo de droga⁷⁶.

Apartado 3.15 Diferencias entre la droga de cannabis y la fibra de cannabis Manual ST/NR/40

$$x = \frac{\text{THC} + \text{CBN}}{\text{CBD}}$$

X < 1: FIBRA DE CANNABIS
X > 1: DROGA DE CANNABIS

En definitiva, puede concluirse que los cultivos autorizados, los cultivos para el propio consumo, pero también los cultivos que, a pesar de no estar autorizados, no tengan la suficiente capacidad objetiva para afectar a la salud pública quedan fuera de la órbita de aplicación de los arts. 368 y ss cp⁷⁷. El cultivo de cannabis solo puede considerarse un delito

⁷⁵ UNODC, *Métodos recomendados para la identificación y el análisis del cannabis y los productos del cannabis*, ST/NAR/40, 2010.

⁷⁶ Sobre esta cuestión, me he detenido en mayor profundidad en DAUNIS RODRÍGUEZ, A., «Hacia otra forma de acreditar la toxicidad del cannabis a efectos jurídico-penales: el índice de psicoactividad», en *Diario La Ley*, 10315, 26 de junio de 2023, donde se citan varias sentencias que utilizan el índice de psicoactividad como método para determinar si la planta en cuestión es o no droga.

⁷⁷ Véase, con mayor detenimiento, JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP*, cit., quien concluye que el art. 368 CP exige claramente que el objeto sean drogas tóxicas: «pueden ser objeto de cultivo básicamente los siguientes

de tráfico de drogas cuando se considere tóxico para la salud pública. Y ello se produce cuando se trate de una planta que, debido a las semillas utilizadas y a la forma de cultivo, presente un alto porcentaje de THC y, al mismo tiempo, una baja cantidad de CBD. Habida cuenta de los nuevos avances científicos declarados por la propia OMS, en el que se demuestra la capacidad del CBD para neutralizar al THC, la mejor y más garantista forma o modo para determinar la naturaleza psicoactiva del cáñamo es aplicando el método ST/NAR/40 del índice de psicoactividad. Por su parte, tener en cuenta únicamente el porcentaje de THC para determinar el carácter estupefaciente de la planta del cannabis, se revela en la actualidad como un método insuficiente o incompleto por no valorar todos los componentes de la planta, pudiendo llegar a condenarse a agricultores que cultivan cannabis no psicoactivo por resultar ser un tipo de cannabis con CBD predominante que elimina o neutraliza la presencia del THC.

8. A modo de excursio: la ambivalente y paradójica respuesta de la reciente STS, Sala de lo Penal, núm. 957/2002, de 14 de diciembre ante el cultivo de cáñamo industrial en sentido amplio o cannabis no psicoactivo

En la reciente sentencia núm. 957/2002, de 14 de diciembre, la sala de lo penal del TS absuelve a los propietarios de una empresa que cultiva cáñamo industrial en sentido amplio o cáñamo no psicoactivo. Por tanto, podría decirse que el TS comparte la principal tesis a la que llega este trabajo: la atipicidad del cultivo de cáñamo que no sea tóxico. No obstante, como se verá a continuación, el contenido completo del pronunciamiento genera ciertos interrogantes e incertidumbres.

El TS aborda el supuesto en el que una empresa se dedica a la siembra y cultivo de cáñamo de la especie *Cannabis sativa* en un invernadero, en el que se hallan dos tipos de plantas: de una parte, en las instalaciones del invernadero se encontraron almacenadas un grupo de plantas con bajo contenido de THC (al que denominaré como tipo 1); de otra parte, escondidas en un falso techo se descubre otro grupo de plantas con una apariencia claramente distinta a las anteriores, que desprendían un fuerte olor y que se estaban cultivando sin la autorización de los propie-

elementos: la adormidera, el arbusto de coca, la planta de cannabis y todas aquellas plantas y hongos que posean sustancia tóxica con capacidad idónea de atentar de forma relevante a la salud pública», por tanto, «la planta que quiera destinar al cultivo debe contener principio activo suficiente para afectar a la salud pública», «el cultivo contemplado en el Código penal debe ser exclusivamente aquél que tiene capacidad, es idóneo, para promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Así pues, debe estar orientado a la obtención de drogas como producto por medios agrícolas». pp. 120-121.

tarios o socios del invernadero, de forma subrepticia, por dos operarios o trabajadores del invernadero (al que denominaré tipo 2). Pues bien, la sentencia condena a los operarios por el cultivo de las plantas encontradas en el «falso techo», las del tipo 2, pero absuelve a los empresarios por el cultivo o posesión de las plantas que se encontraban almacenadas en la nave industrial, es decir, las del tipo 1.

Centrándonos en el fallo condenatorio, la sentencia no calcula o tiene en cuenta ni el índice de psicoactividad ni el grado de THC contenido en las plantas del tipo 2, sino que basa su condena en tres motivaciones que nos interesa analizar con un mayor detenimiento:

- 1) En primer lugar, en el art. 1 Convención única de 1961, por entender que considera como droga, la planta del cannabis, cualquiera que sea su género, entendiéndose por cannabis las sumidades, floridas o con fruto de la planta de la cannabis. Literalmente, la sentencia expresa: «el cannabis es cannabis independientemente del contenido de THC. Las unidades floridas de la planta del cannabis se encuentran incluidas en las Listas I y IV de la Convención Única de marzo de 1961 sobre estupefacientes independientemente de la concentración de THC, CBD o cualquier otro cannabinioide».
- 2) En segundo lugar, se alude a la propia naturaleza del cannabis —muy diferente a la heroína o cocaína, que pueden alterarse— ya que, al ser un producto vegetal su principal sustancia psicoactiva, es decir, el THC, nunca se presenta en estado puro, siendo por ello indiferente su grado de concentración una vez constatada su toxicidad. No se calculó el porcentaje de THC sino que únicamente se probó su existencia, lo que, por sí solo, implicaría la toxicidad o el contenido psicoactivo de la planta.
- 3) En tercer lugar, por la forma en que se encontraron las plantas del tipo 2, al encontrarse ocultas en un falso techo, por su olor, por tener un aspecto diferente al resto de plantas y por las propias declaraciones de los empresarios que desconocían la existencia de tales plantas cultivadas por los operarios.

Teniendo en cuenta los fundamentos utilizados por el TS para condenar a los operarios, resulta como mínimo paradójico que los empresarios fuesen absueltos por el cultivo del resto de cogollos pertenecientes al grupo 1 de plantas. Precisamente, los empresarios no fueron condenados porque las muestras tomadas a estas plantas arrojaron unos porcentajes especialmente bajos de THC —situando el más alto porcentaje entre 1,41 y 0,6%—, es decir, por resultar ser cannabis no psicoactivo. La acertada absolución de los empresarios viene a contradecir los propios argumentos de la sentencia, cuando expresa que el cannabis es cannabis con independencia del contenido de THC o que solo es necesario verificar la presencia de THC en la planta con independencia de su concentración o de la presencia de CBD. Más aún, debe resaltarse que se produce la abso-

lución, incluso, tras considerarse probado que «la empresa centraba su proceso productivo en las sumidades floridas (cogollos) de las plantas de cannabis sativa», ya que, «causalmente estaban desechando todo lo que era el propio cáñamo, esto es todas las partes leñosas de las plantas que contienen precisamente las fibras del cáñamo y que son el objeto principal de las empresas destinadas a tal fin. De hecho, los tallos y demás partes leñosas se encontraban tiradas por el suelo sin ningún orden». Es decir, el TS absuelve a dos empresarios que cultivan cannabis no psicoactivo para la comercialización de sus flores o cogollos.

De otra parte, es igualmente significativo que la propia sentencia reconozca que «los recurrentes (es decir, los operarios) no han sido condenados como consecuencia de la incautación de plantas distintas a los trescientos cuarenta kilos de sumidades floridas o cogollos de cannabis hallados en un falso techo de la vivienda» (es decir, han sido condenados por el cultivo de las del tipo 2 pero no por las del cultivo del tipo 1).

En definitiva, el TS, en este supuesto concreto, está claramente diferenciando entre cannabis tipo droga y cannabis no psicoactivo o cogollos no psicoactivos, no castigando por el cultivo de estos últimos, sino únicamente por el cultivo de los primeros.

Expresado de forma clara: no se condena a los empresarios, principalmente, por no haberse podido probar el contenido psicoactivo de las plantas que estaban cultivado. Y, en puridad, se condena a los operarios, no porque las plantas contuviesen THC (con independencia de su porcentaje), sino por la existencia de suficientes indicios para entender que se trataba de plantas destinadas al tráfico de drogas: plantas ocultas en un falso techo, almacenadas y empaquetadas de forma diferente al resto, que desprendían un fuerte olor, etc.

Además, cuando la anterior resolución del TS viene a expresar que la STJUE, sala 4.^a, C663/18, de 19 de noviembre de 2020, aborda únicamente cuestiones de índole comercial en el seno de la UE, se olvida de que el TJUE analiza el fondo de la cuestión, concluyendo que el CBD obtenido de una planta de cannabis con bajo THC no afecta a la salud pública y por ello resulta legal su comercialización en el territorio UE. De igual modo, cuando la citada STS afirma que el Manual ST/NAR/40 expresa que «el contenido de THC varía en función de la planta de que se trate, e indica un 10 a 12% de las flores pistiladas», también olvida de que el propio Manual no se refiere a cualquier tipo de planta de cáñamo o cannabis, sino a determinadas subespecies de la misma, más concretamente, a aquellas semillas con un alto potencial psicoactivo y cultivadas de una forma determinada. Finalmente, entiendo que la STS incurre en una argumentación falaz cuando concluye afirmando que «el dato de concentración de THC en que se mide el hachís no tiene el mismo significado que el porcentaje de pureza en que se miden otras sustancias, como la heroína o la cocaína, pues únicamente expresa densidad de la sustancia —y no su pureza—; por ello, como reiteradamente ha expuesto esta

Sala (ya desde la STS 1332/1995, de 29 de diciembre), ni siquiera resulta necesario expresar en la analítica de estas sustancias, catalogadas todas ellas como menos lesivas para la salud, el porcentaje de principio activo, sino el peso de las mismas». No puede obviarse que el hachís es un derivado del cannabis destinado a su consumo como droga, por lo que, en cierto modo, pierde relevancia demostrar la cantidad de THC, ya que, a priori, su naturaleza no puede ser otra diferente que la de una sustancia estupefaciente. En cambio, en el cultivo del cáñamo el uso de una semilla determinada con bajo THC es precisamente lo que diferencia esta planta de otras plantas de las que sí se puede obtener drogas. No calcular el THC de la planta y considerarla droga, sin otra prueba de cargo que el mero hecho de pertenecer al género cannabis, sería desconocer todas las posibilidades legales del cultivo del cáñamo e incurrir en una «presunción iuris et de iure» inadmisibles.

Una argumentación prácticamente similar a la anterior, mantiene la STS núm. 205/2020, de 21 de mayo, aunque en esta ocasión para sancionar a los responsables de un club o asociación de cannabis en el que se vendía cannabis para su consumo en el interior del local sin cumplir con los requisitos de este tipo de clubes o asociaciones (como tener un control de socios, control de la cantidad de droga vendida, etc.). Nuevamente, se hace alusión al art. 1 de la Convención Única de 1961 y a la toxicidad del cannabis por el simple hecho de probar la existencia de THC en las muestras, sin necesidad de establecer el porcentaje de concentración en las mismas: «se analizaron las inflorescencias, cogollos o sumidades floridas, a través de pruebas colorimétricas indicativas de la existencia de THC y la cromatografía de gases que lo confirmó. Justamente ello integra el concepto normativo de ‘cannabis’, incluido en los Listados de los Convenios de Naciones Unidas en la materia (en especial el Convenio Único sobre estupefacientes de 1961 enmendada por el Protocolo de 1972) y por ende con capacidad para producir los efectos que le son propios como tal estupefaciente».

No obstante, como sucedió en el pronunciamiento anterior, este argumento viene reforzado por otro mucho más relevante y contundente: «de otra parte, ningún indicio avala la aventurada hipótesis de que nos encontremos ante fibra de cáñamo, con índices de THC inferiores a 0.2%; en primer lugar porque presenta diferencias morfológicas, escasa fluorescencia y resulta de difícil cultivo en el interior; deviene además contrario a toda máxima de experiencia, que persistiera el flujo de consumidores que acudían a la sede de la asociación, si lo que se distribuía fuese cáñamo por muy alto que fuera el contenido en CBD; en el contrato de previsión de cultivo se establece el compromiso de dedicar íntegramente la cosecha de sumidades floridas de cannabis hembras (cogollos) al consumo de los socios (...) y además, los títulos de los frascos con inflorescencias de cannabis intervenidos en la vivienda disipan cualquier duda: Twister, Marmalate, Big Bud, Green Poison, variedades de cannabis feminizadas con dominancia índica, tendentes a provocar especiales

o intensos efectos psicoactivos, que en nada se compadecen con la fibra de cáñamo; otro de los frascos llevaba la etiqueta de Skunk, híbrido definido en el propio Manual ST/NAR/40, con constitución de un 75% de cannabis sativa y un 25% de cannabis indica».

En puridad, puede afirmarse que el TS condenó a los acusados de los supuestos anteriores, no porque la planta de cannabis esté fiscalizada en el art. 1 de la Convención Única de 1961, ni tampoco por el mero hecho de contener THC, sino fundamentalmente, por los otros hechos probados que ponían de manifiesto la existencia de cannabis tipo droga con finalidad de tráfico o venta ilegal a terceros (morfología de la planta, olor de la planta, etiquetado, forma de almacenamiento, forma de presentación, consumo destinado, etc.).

A mi entender, los dos primeros argumentos o motivaciones que sustentan las sentencias condenatorias del Tribunal Supremo anteriormente citadas, esto es, el cumplimiento de la Convención Única de 1961 y la toxicidad de cualquier planta de cannabis que contenga THC con independencia de su porcentaje, no solo carecen de vigencia en la actualidad, sino que pueden afectar o lesionar importantes garantías procesales.

La irrupción del CBD en el mercado de los cosméticos, en otros productos de parafarmacia y en general en productos con muy diferentes usos comerciales, ha impulsado el cultivo del cáñamo de la subespecie cannabis sativa cuyo componente psicoactivo o THC es muy bajo y puede quedar neutralizado por el alto contenido de CBD. No le asiste la razón a la fiscal antidroga cuando afirma que «la producción de cáñamo no es rentable; más bien es antieconómica, y eso lo saben todos los expertos». Esta última afirmación podría tener validez hace 15 o 20 años, pero no en la actualidad. No cabe duda que la producción del cáñamo tipo fibra resulta especialmente atractiva, aunque para fines diversos a los de épocas pasadas. Precisamente, por ello, su abordaje debe ser también distinto. Porque, si es rentable un cultivo de cáñamo que, sin ir destinado a la obtención de fibra, en cambio, no tiene como finalidad la producción de droga, sino la obtención de CBD para productos CBD o directamente la venta de cogollos de CBD. Por tanto, cualquier tipo de interpretación que considere de forma automática el cultivo de cogollos como un acto de tráfico de drogas incurre en una presunción contra reo que vulnera el principio de presunción de inocencia. En última instancia, debe insistirse, resulta especialmente incoherente y paradójico que pueda adquirirse legalmente en España un «cogollo» de cannabis con bajo THC (por proceder de un país de la UE), pero, en cambio, no puedan cultivarse en el territorio nacional.

Como hemos visto en el apartado anterior, la mayor o menor toxicidad del cannabis depende de muchos factores, empezando por la especie a la que pertenezca su semilla. Y, ello, sin duda, viene a explicar que el TJUE considere legal el cultivo de la planta de cannabis en su totalidad, también de las flores, para la obtención de CBD, cuando el THC sea tan

bajo que no afecte a la salud pública. Y, tampoco puede obviarse que la PAC de la Unión Europea promociona el cultivo de determinadas variedades de cáñamo cuyo THC no supere el 0,3%. En este sentido, no resulta descabellado o poco probable que se plantee una cuestión prejudicial al TJUE para aquellas sentencias condenatorias emitidas por tribunales españoles que tengan como único fundamento del fallo condenatorio el hecho de que el CBD sea de tipo vegetal y no sintético o que las muestras obtenidas de la planta de cannabis revelen la existencia THC sin calcular su concreto porcentaje.

Por último, exhortamos al TS a mantener una jurisprudencia coherente con la interpretación teleológica que viene defendiendo durante décadas, para juzgar los supuestos de cáñamo no psicoactivo con un «enfoque equilibrado» del problema de las drogas, que respete los derechos humanos y tenga en cuenta los avances tecnológicos y científicos, así como, la nueva realidad social, tal y como hacen la mayoría de países de nuestro entorno —Francia e Italia, a modo de ejemplo—, la propia UE e, incluso, hasta el propio legislador español.

9. Conclusiones

PRIMERA: La irrupción del CBD y los productos CBD en distintos sectores de la industria comercial (y legal) han generado un nuevo interés por el cultivo del cáñamo industrial que no estaba presente en décadas pasadas y que plantea numerosas dudas e incertidumbres de tipo legal, también en el ámbito concreto del derecho penal. La novedad y, al mismo tiempo, desconocimiento y miedo que supone este nuevo interés por el cáñamo industrial no puede resolverse mediante la mera represión penal de los agricultores españoles que pretenden incorporarse a un mercado que empieza a estar regulado y legalizado en la mayoría de países de la UE.

SEGUNDA: Los tribunales penales españoles y, muy especialmente, el Tribunal Supremo han entendido acertadamente desde hace décadas que la Convención Única de 1961 debe ser interpretada de forma teleológica, atendiendo a su finalidad última, esto es, la protección de la salud pública. El regreso a una interpretación literal, formalista y restrictiva de la Convención como respuesta a la nueva realidad del cáñamo industrial y a los celos o miedos que puedan suscitar su cultivo para la obtención de CBD no solo no se compatibilizaría bien con la propia doctrina del Tribunal Supremo de las últimas décadas sino tampoco con la propia interpretación que los organismos de la ONU (CND, ECDD e, incluso, la propia JIFE) vienen realizando de los Tratados ONU y mucho menos, aún, con lo dispuesto por el TJUE y otros tribunales de los países de nuestro entorno más cercano, como Francia o Italia.

TERCERA: En el momento de aprobación de la Convención Única, año de 1961, existía un claro un «enfoque prohibicionista» para responder al

«problema de las drogas» que ha sido completamente superado, desde hace al menos tres décadas, por haber resultado ineficaz pero, al mismo tiempo, por afectar a los derechos humanos y a los usos y tradiciones de los pueblos. En la actualidad, la propia ONU prefiere o defiende un «enfoque equilibrado» al «problema de las drogas», en el que se tenga en cuenta no solo la necesidad de prohibir y erradicar el consumo de drogas sino también otros tipos de intereses y exigencias. Este enfoque equilibrado viene a explicar la legalidad del cultivo del cáñamo para uso recreativo en un número importante de países de la comunidad internacional, sin necesidad de tener que abandonar los tratados ONU.

CUARTA: Justificar o fundamentar la criminalización del cultivo de cáñamo industrial en sentido amplio o el cáñamo industrial no psicoactivo, es decir, el cultivo de cáñamo para la obtención de cogollos no psicoactivos o cogollos de CBD atendiendo a la necesidad de cumplir lo dispuesto en la Convención Única de 1961 resulta, como mínimo, falaz, pues, desde hace años, la Convención Única de 1961 viene interpretándose atendiendo a su finalidad última y no a la mera descripción de las normas que contiene.

QUINTA: El bien jurídico protegido en los delitos de tráfico de drogas es la salud pública, el cual, se configura como un valor instrumental al servicio de la salud individual, en el sentido de que no existe afectación —ya pueda ser por una puesta en peligro o directamente una lesión— a la salud pública sino se atenta también contra la salud individual. Al mismo tiempo, la salud pública cumple un papel o función delimitadora de las conductas punibles, pues no basta que el comportamiento concreto sea capaz de afectar a la salud individual de un consumidor concreto, sino que, además, deber resultar idóneo para afectar a un colectivo indeterminado.

SEXTA: Atendiendo a esta concepción de bien jurídico, el Tribunal Supremo viene dejando impunes numerosas conductas que no despliegan la necesaria antijuridicidad material de todo comportamiento delictivo, al no afectar al objeto de protección de la norma, tales como, el cultivo para el autoconsumo, el consumo compartido o las entregas compasivas.

SÉPTIMA: El principio de insignificancia, la dosis mínima psicoactiva o el principio de toxicidad son conceptos elaborados por el Tribunal Supremo que demuestran la posibilidad de una interpretación de la Convención Única de 1961 que sea compatible con los principios básicos del derecho penal español, tales como, la necesidad de verificar y concretar que el comportamiento enjuiciado pone en peligro o lesiona un bien jurídico penal. Siguiendo tal planteamiento, para que el cultivo de una determinada planta pueda incardinarse dentro de la órbita de aplicación del art. 368 Cp deben darse, al menos, dos requisitos: que sea tóxico o perjudicial para la salud del consumidor de la sustancia (objeto material) y que sea capaz de afectar a un colectivo indeterminado de personas (objeto jurídico).

OCTAVA: Precisamente, la necesidad de verificar la lesión o puesta en peligro al bien jurídico salud pública es también la motivación que sustenta la principal conclusión a la que llega este trabajo: el cultivo de cáñamo solo podrá ser perseguido a través del art. 368 Cp cuando pueda verificarse o acreditarse que la planta en cuestión tiene la capacidad objetiva para afectar a la salud pública, con independencia de los fines industriales a los que vaya destinado el cultivo: la obtención de fibra, semillas o la comercialización de los propios cogollos.

NOVENA: Resulta necesario e imprescindible verificar la toxicidad de la planta que se cultiva. El mejor método para acreditar dicha toxicidad es el índice de psicoactividad dispuesto por la ONU en su Manual ST/NAR/40, según el cual, cuando la relación entre las áreas de los picos THC + CBN dividida por el CBD es inferior a 1, la planta de cáñamo se considera un tipo de fibra. En cambio, si la relación es superior a 1, se considera un tipo de droga. Este método es más riguroso, completo y, sobre todo, científico, para valorar el contenido estupefaciente del cáñamo, que proceder únicamente a tomar como referencia únicamente el THC de la planta, pues desconoce o ignora que el CBD es un componente que mitiga o neutraliza éste último.

DÉCIMA: La atipicidad del cultivo de cáñamo industrial en sentido amplio o cáñamo industrial no psicoactivo —es decir, el cultivo del cáñamo para la obtención de cogollos no psicoactivos— es la única posibilidad compatible con la reciente decisión del TJUE que declara legal la venta en territorio UE de cigarrillos electrónicos de CBD vegetal, es decir, obtenidos directamente de la planta (y no producidos sintéticamente) al no afectar a la salud pública. Por el mismo motivo, me adhiero plenamente a la reciente decisión del Consejo de Estado francés que declara la atipicidad del cultivo de cáñamo, también el destinado a la producción de sumidades floridas o cogollos, cuando no pueda acreditarse que afecta a la salud pública. En el mismo sentido, se expresa la sección 5.^a del Tribunal Administrativo de Lazio que anula un decreto que prohibía el cultivo de la planta de cáñamo en su totalidad, al entender que solo podrá prohibirse el cultivo de cogollos cuando se acredite concretamente que afecta a la salud pública.

Las decisiones del TJUE, Consejo de Estado Francés y el Tribunal de Lazio posiblemente han resultado determinantes en la reciente aprobación de la PNL presentada en la Comisión de Agricultura en la que se pretende la legalización del cáñamo no psicoactivo. Aprobación que no hubiese sido posible sin el voto a favor del principal partido de gobierno, el PSOE. Estamos ante una clara prueba o muestra de que el legislador español empieza a apostar definitivamente por la legalización del cannabis no psicoactivo.

10. Bibliografía

- ACALE SÁNCHEZ, M., *Salud pública y drogas tóxicas*, Tirant lo Blanch, 2002.
- AMBOS, K./NÚÑEZ, N., “Marco jurídico internacional en materia de drogas”, en AMBOS, K./MALARINO, E./FUCHS, M.C., *Drogas ilícitas y narcotráfico. Nuevos desarrollos en América Latina*, Temis, 2017.
- ANDRÉS DOMÍNGUEZ, C.A., *Comentarios al Código penal*, Lex Nova, 2010.
- CASANUEVA SANZ, I., “El delito de tráfico de drogas en el ordenamiento jurídico español. Un repaso a algunas de las cuestiones más relevantes de la regulación penal actual”, *Revista Derecho y Sociedad*, 56, 2021.
- CANDELA GARCÍA, E./ESPADA SÁNCHEZ, J.P., “Una revisión histórica sobre los usos del Cannabis y su regulación”, en *Salud y drogas*, 6(1), 2006.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, A., “Hacia otra forma de acreditar la toxicidad del cannabis a efectos jurídico-penales: el índice de psicoactividad”, en *Diario La Ley*, 10315, 26 de junio de 2023.
- DEL CARPIO DELGADO, J., “¿Hacia la legalización del cánnabis? su (re) clasificación en los tratados internacionales”, en *Revista General de Derecho Penal*, 34, 2020.
- CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales), *El impacto de las políticas de drogas en los derechos humanos La experiencia del continente americano*, 2014.
<https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2016/10/El-impacto-de-las-politicas-de-drogas-en-los-derechos-humanos.-La-experiencia-del-continente-americano..pdf>.
- DOPICO ALLER, J., *Transmisiones atípicas de drogas*, Tirant lo Blanch, 2013.
- DOPICO ALLER, J., “Apartado 1.9. Supuestos de atipicidad”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *El delito de tráfico de drogas*, Tirant lo Blanch, 2009.
- EMCDDA, Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías, *Uso médico del cannabis y los cannabinoides*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2019.
- FERNÁNDEZ BAUTISTA, S., *Los clubes sociales de cannabis. Antijuridicidad e imputación personal*, Tirant lo Blanch, 2021.
- FRIEYRO ELICEGUI, S., *El delito de tráfico de drogas*, Tirant lo Blanch, 2017.
- JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 cp*, Bosch Editor, 1999.
- LÓPEZ ORTEGA, J.J., “Delitos contra la salud pública. El delito de tráfico de drogas”, en BOIX ROIG, J. (Dir.), *Derecho Penal. Parte Especial, VIII*, Iustel, 2012.

- LUENGO CELADILLA, S., *Estudio doctrinal y jurisprudencial del delito de tráfico de drogas*, Reus Editorial, 2017.
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 56, 2003.
- MANJÓN CABEZA-OLMEDA, A., “Apartado 1.11. La venta de una pequeña cantidad de droga. La dosis mínima psicoactiva”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), *El delito de tráfico de drogas*, 2009.
- MAQUEDA ABREU, M.L., “Jurisprudencia penal en materia e interpretación teleológica en materia de drogas”, *La Ley*, 4624, 1998.
- MARAVAR GÓMEZ, M., “La doctrina del consumo compartido en el delito de tráfico de drogas”, en *InDret*, 2/2019.
- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, J.A., *El tráfico de drogas y la atipicidad de su tenencia*, Bosch, 2012.
- MARTÍN PARDO, A./MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *Estatuto jurídico de la ayahuasca*, Tirant lo Blanch, 2019.
- MOLINA MANSILLA, M.C., “El delito de tráfico de drogas: el tipo básico y los subtipos agravados”, en *ADPCP*, LIX, 2006.
- MORANT VIDAL, J., *El delito de tráfico de drogas. Un estudio interdisciplinar*, Editorial Práctica de Derecho, 2005.
- NÚÑEZ PAZ, M.A./GUILLÉN LÓPEZ, G., “Moderna revisión del delito de tráfico de drogas: estudio actual del art. 368 del Código Penal”, en *Revista Penal*, 22, 2008.
- PADILLA ALBA, H.R., *La problemática de legalizar el cannabis en España*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2011.
- PEDREIRA GONZÁLEZ, I.I., “Capítulo Primero. El tipo básico”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), *El delito de tráfico de drogas*, Tirant lo Blanch, 2009.
- PÉREZ ÁLVAREZ, F., *Protección penal del consumidor: salud pública y alimentación: análisis del tipo objetivo del delito alimentario nocivo*, Praxis, 1991.
- PNUD (Programa Naciones Unidas Para el Desarrollo), *Perspectives on the development dimensions of drug control policy*, 2005,
https://www.unodc.org/documents/ungass2016/Contributions/UN/UNDP/UNDP_paper_for_CND_March_2015.pdf.
- REY HUIDOBRO, L.F., *El delito de tráfico de estupefacientes. Su inserción en el ordenamiento penal español*, Bosch, 1987.
- REXED, R. et al., *Normas para la Fiscalización de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas en el Marco de los Tratados Internacionales*, Organización Mundial para la Salud, 1984.

- RIBOULET-ZEMOULI, K., *High compliance, a lex lata legalization for the non-medical cannabis industry*, FAAAT editions, 2022.
- UNODC, Comentarios a la Convención Única de 1961, sobre estupefacientes (Preparados por el Secretario General, de conformidad con el párrafo 1 de la resolución 914 D (XXXIX) del Consejo Económico y Social, de 3 de agosto de 1962), Naciones Unidas, 1989, E/CN.7/589. Disponible en [https://www.unodc.org/documents/treaties/organized_crime/Drug%20Convention/Comentarios a la convencion unica de 1961.pdf](https://www.unodc.org/documents/treaties/organized_crime/Drug%20Convention/Comentarios_a_la_convencion_unica_de_1961.pdf).
- UNODC, Métodos recomendados para la identificación y el análisis del cannabis y los productos del cannabis, ST/NAR/40, 2010.
- UNDOC, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2016), Documento final del periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el Problema Mundial de las Drogas, celebrado en Nueva York, 19-21 de abril 2016. *Nuestro compromiso conjunto de abordar y contrarrestar eficazmente el ARproblema de las drogas*, Naciones Unidas, 2016.
- WHO (World Health Organization), ECDD (Expert Committee on Drug Dependence), *Forty-first report*, World Health Organization, <https://apps.who.int/iris/handle/10665/325073>.

