

ARACELI MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Catedrática de Derecho Penal y directora de la Cátedra extraordinaria “Drogas Siglo XXI” de la Universidad Complutense de Madrid, recibe el encargo por parte de CANNABISHUB de realizar el asesoramiento sobre la regulación internacional del cáñamo industrial y del CBD (cannabidiol) y en la normativa de la Unión Europea y las consecuencias en la praxis española, y en cumplimiento de dicho encargo se presenta el siguiente

INFORME

NORMATIVA APLICABLE

Naciones Unidas:

- Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, enmendada por el Protocolo de 1972 de Modificación de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes (Nueva York, 8 de agosto de 1975).
- Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971 (Viena, 21 de febrero de 1971).
- Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988 (Viena, 20 de diciembre de 1988).

Unión Europea:

- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (la versión consolidada 1/3/2020, puede consultarse en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A12016E%2FTXT.>)
- Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico de drogas.
- Directiva 2017/2103 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de noviembre de 2017, por la que se modifica la Decisión Marco 2004/757/Jai del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico de drogas.

España:

- Ley 17/1967, de 8 de abril, por la que se actualizan las normas vigentes sobre estupefacientes, adaptándolas a lo establecido en el convenio de 1961 de las Naciones Unidas.
- Real Decreto 2829/1977, de 6 de octubre por el que se regulan las sustancias y preparados medicinales psicotrópicos, así como la fiscalización e inspección de su fabricación, distribución, prescripción y dispensación.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil.

OBJETO DEL INFORME

El objeto del INFORME es dar respuesta jurídica a las cuestiones que se indican en el siguiente Sumario.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. Estatus legal internacional del cannabidiol (CBD), del cáñamo y de las flores no psicoactivas.

1. El sistema de Naciones Unidas de fiscalización de estupefacientes y psicotrópicos.

1.1. Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes.

1.1.1. Delimitación del concepto de “*cannabis*”.

1.1.2. El artículo 2.9. Uso de estupefacientes en la industria para fines distintos a los científicos o médicos

1.1.3. Resina, extractos y tinturas.

1.1.4. “*toda planta del género cannabis*”.

1.1.5. Criterios de interpretación.

1.1.6. El cáñamo industrial. El artículo noveno de la Ley 17/1967, de 8 de abril, por la que se actualizan las normas vigentes sobre estupefacientes, adaptándolas a lo

establecido en el convenio de 1961 de las Naciones Unidas.

1.1.7. Los distintos niveles de fiscalización.

- 1.2. Convenio sobre Sustancias sicotrópicas de 1971.
2. El CBD no está fiscalizado internacionalmente. La OMS y el CBD.
 - 2.1. CBD natural y CBD sintético.
 - 2.2. Relación entre cannabinoides (efecto séquito). Índice de psicoactividad y porcentaje de THC.
 - 2.3. La revisión crítica de la OMS sobre el valor medicinal del cannabis.
3. Consecuencias en Derecho español de la fiscalización internacional y de la no fiscalización. La Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico de drogas, modificada por la Directiva 2017/2103 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de noviembre de 2017.
4. Antijuridicidad material, bien jurídico y objeto material del delito de tráfico de drogas del art. 368 del Código Penal. La flor no psicoactiva no integra el objeto material y su producción y comercio no lesionan y no ponen en peligro al bien jurídico salud pública.

CONCLUSIONES

INTRODUCCIÓN. ESTATUS LEGAL INTERNACIONAL DEL CANNABIDIOL (CBD), DEL CÁÑAMO Y DE LAS FLORES NO PSICOACTIVAS.

El cannabidiol (CBD) es uno de los muchos principios activos que se contienen en la planta *cannabis sativa-L*; se caracteriza por no ser psicoactivo, es decir, por no producir los efectos estupefacientes presentes en otros principios activos, señaladamente en el tetrahidrocannabinol (Δ^9 -THC).

El CBD es activo, pero no psicoactivo; tampoco es tóxico en el sentido del art. 368 del Código Penal español y, conforme a la regulación contenida en los instrumentos internacionales en materia de drogas de Naciones Unidas (en adelante, NN UU) no es ni estupefaciente, ni psicotrópico.

Las anteriores consideraciones adquieren especial relevancia a la hora de determinar si el CBD puede ser objeto material del delito de tráfico de drogas, pudiéndose adelantar en este momento que no lo es, conforme a lo que se razonará en el cuerpo del Informe. El art. 368 del Código Penal español exige como requisito de tipicidad que estemos ante estupefacientes o psicotrópicos tóxicos y el CBD no reúne esas características. A la misma conclusión, de forma más intensa si cabe, se puede llegar analizando la normativa de la Unión Europea (en adelante, UE), concretamente, la Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico de drogas, modificada por la Directiva 2017/2103 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de noviembre de 2017.

Por otro lado, debe señalarse que tanto el Δ^9 -THC como el CBD tienen importantes aplicaciones médicas y terapéuticas.

La planta *cannabis sativa-L*, algunos de sus derivados y el Δ^9 -THC están clasificados en distintas Listas de la Convención Única de

1961 de Estupefacientes y del Convenio de 1971 de Psicotrópicos, con diversos regímenes de fiscalización, que generan, según la sustancia de que se trate, o la prohibición de su uso o un uso más o menos restringido, en función de la Lista que los acoja. Lo anterior permite entender en derecho interno, como objeto material de tráfico de drogas, a la planta o a los principios fiscalizados.

La determinación del objeto material del delito de tráfico de drogas en Derecho español no se agota con las disposiciones de los Tratados de NN UU y requiere acudir también a la normativa de la UE.

En España se considera que son objeto material de tráfico de drogas las plantas y sustancias contenidas en las Listas I, II y IV de la Convención Única (recepionadas en el art. 2 de la Ley 17/1967, de 8 de abril, por la que se actualizan las normas vigentes sobre estupefacientes , adaptándolas a lo establecido en el Convenio de 1961 de las Naciones Unidas) y los principios activos de las Listas I, II, III y VI del Convenio de 1971 (referidos en el Anexo I del Real Decreto 2829/1977, de 6 de octubre por el que se regulan las sustancias y preparados medicinales psicotrópicos, así como la fiscalización e inspección de su fabricación, distribución, prescripción y dispensación).

Las sustancias recogidas en la Lista III de la Convención de 1961 no se consideran objeto del tráfico de drogas al tratarse de preparados farmacéuticos que contienen estupefaciente de la Lista II en un porcentaje, respecto del excipiente, muy bajo, tanto que no resulta fácilmente separable el estupefaciente.

Como ya se ha indicado, el contenido de las Listas de las Convenciones de 1961 y 1971 de NN UU referidas a drogas no agota las posibilidades de integrar el objeto material en el delito de tráfico de drogas; debe tenerse en cuenta también la normativa regional de la UE; concretamente, la Directiva 2017/2103 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de noviembre de 2017, por la que se modifica la Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de

octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico de drogas.

En lo que aquí importa, el CBD no está contemplado como objeto material del tráfico de drogas en la referida normativa europea. En la Decisión Marco, en su versión originaria, se consideraban “droga” las sustancias de las Listas de NN UU y las enumeradas en su propio Anexo. Tras la Directiva 2017/2103 se añaden como “droga” otras dos categorías: las nuevas sustancias psicoactivas o psicotrópicas -NPS o NSP- y los preparados que contengan una o más NSP. Esta ampliación no alcanza al CBD.

Como se acaba de indicar el CBD no está clasificado en ninguna de las Listas de las Convenciones de NN UU, ni en la normativa sobre drogas de la UE; es decir, no está fiscalizado internacionalmente y, tampoco, regionalmente. Por eso, llama la atención que en la praxis de algunos países se quiera aplicar a un principio activo no fiscalizado internacionalmente y no prohibido regionalmente en la UE, el régimen propio de los principios fiscalizados o prohibidos.

La cuestión del CBD debe analizarse en un contexto más amplio; concretamente el referido a la regulación del cáñamo industrial y de la flor de cannabis no psicoactiva, cuyo régimen se explica atendiendo a dos cuestiones:

- 1^a) no fiscalización internacional o regional,
- 2^a) permisión y necesaria regulación.

De la no fiscalización del cáñamo industrial o cualquiera de sus partes se deriva que no es posible acudir al instrumento penal para reprimir su producción, comercialización, adquisición o uso.

Una lectura inteligente y sistemática de la Convención Única de 1961 permite afirmar que en la misma se diferencia claramente entre plantas de *Cannabis Sativa-L* fiscalizadas por su capacidad

estupefaciente -lo que se debe a su contenido en THC- y otras plantas de *Cannabis Sativa-L* que carecen de dicho efecto -al presentar cantidades irrelevantes de principio psicoactivo-. En este punto debe tenerse en cuenta, principalmente, el art. 28 de la Convención que excepciona expresamente del régimen de fiscalización el cáñamo industrial y el cáñamo hortícola. También nos referiremos al art. 2.9 en apoyatura de la tesis aquí sostenida.

Además, acudiremos a los distintos tipos de interpretación que indica el Código Civil para alcanzar nuestras conclusiones.

Por otro lado, debe advertirse que cuando se redactó la Convención de 1961 no se conocían todos los principios activos de la planta; basta pensar que el THC fue aislado en 1965 por Raphael Mechoulam. Ciento es que el CBD se aisló en 1940 por Adams, Hunt y Clark y su estructura fue expuesta en 1963 por Mechoulam y Shvo; Más tarde, en 1977, Jones y otros identificaron los dos isómeros¹ ópticos del CBD, debiendo señalarse que la estructura que se encuentra naturalmente en la planta es el enantiómero (-)-CBD; el otro enantiómero se representa como (+)-CBD. Cuando se habla de CBD se suele hacer referencia al enantiómero (-)-CBD².

Por otro lado, también es posterior a la redacción de la Convención de 1961 el descubrimiento del sistema endocannabinoide y su funcionamiento, así como de los receptores CB1 y CB2.

Volviendo al CBD, hay que señalar que en momentos más recientes se ha suscitado un alto interés científico y comercial por este compuesto.

¹ Un isómero es un compuesto que tiene la misma fórmula molecular que otro, pero diferente estructura y diferentes efectos y propiedades físicas y farmacológicas, al estar sus átomos colocados de diferente manera. Los enantiómeros son dos isómeros ópticos que se presentan, uno como imagen especular del otro, no siendo superponibles. La quiralidad es la propiedad de una molécula de no ser superponible con su imagen especular. Cuando los dos enantiómeros se presentan juntos se dice que está presente el racemato o mezcla racémica de la sustancia de que se trate.

² Comité de Expertos en Farmacodependencia, OMS, *Cannabidiol (CBD). Informe previo a la revisión*, trigésima novena reunión, Ginebra, 6 a 10 de noviembre de 2017, p. 6.

También debe destacarse que en el momento de redactarse la Convención de 1961 se carecía de los conocimientos científicos actuales sobre la existencia de los distintos compuestos de la planta, sus efectos y utilidades; además, se tenía -al menos en el ámbito de NN UU- una visión distorsionada del cannabis al que se atribuían efectos muy negativos y un potencial de peligrosidad sin fundamento científico, desoyendo informes ya existentes que señalaban los verdaderos efectos de la planta.

En 1971 se acuerda el Convenio de Psicotrópicos y se fiscalizan el THC y otros cannabinoides naturales que son sus isómeros o variantes estereoquímicas, además de uno sintético, el dronabinol (DBD), en los términos que se analizarán más adelante, pero no se incluye en el ámbito de la fiscalización el CBD.

En resumen, el CBD no está fiscalizado en las Convenciones de NN UU y tampoco lo está en la normativa europea referida al delito de tráfico de drogas.

Ajena a las consideraciones hechas, la praxis española muestra una tendencia que pretende criminalizar la flor de cáñamo no psicoactiva y el CBD que procede de la planta entera, al menos, en fases de investigación policial, en contra del tratamiento que se hace en el ámbito de la UE, especialmente tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de noviembre de 2020 (asunto C-663/18). Esta Sentencia se refería a un producto a base de CBD extraído de la planta entera, lo que incluye el cogollo o flor. Sus conclusiones fundamentales son las siguientes:

1ª) El CBD cuestionado no tiene efectos psicotrópicos y no es nocivo para la salud humana, por lo que no debe considerarse un “*extracto de cannabis*” ni un estupefaciente conforme a la Convención Única.

2ª) La libre circulación de mercancías es un principio básico en el Tratado de Funcionamiento de la Unión

Europea que prohíbe las restricciones cuantitativas a la importación y cualquier otra medida de efecto equivalente.

3ª) "...la prohibición de comercializar CBD legalmente producido en otro Estado miembro, cuando se extrae de la planta Cannabis sativa en su totalidad, y no solo de sus fibras y semillas, constituye una medida de efecto equivalente a restricciones cuantitativas", de donde se deriva su incompatibilidad con el Tratado de Funcionamiento.

Es interesante subrayar que la prohibición de comercialización de productos con CBD, cuando se plantea como la opción elegida, se restringe al CBD extraído de la planta entera y no al que procede de las hojas no unidas a la flor, de las semillas y de los tallos; tampoco alcanza la prohibición al CBD sintético (H2CBD). Lo anterior no se puede justificar desde un punto de vista material, dado que no hay diferencia reseñable, en lo que se refiere a la composición y a los efectos del CBD, en los tres supuestos referidos: en ninguno de ellos hay efectos psicoactivos propios de un estupefaciente, por lo que no puede considerarse que el CBD natural de la planta entera sea un estupefaciente sometido a control por la Convención Única, mientras que el CBD procedente de parte de la planta o el CBD sintético sean sustancias no fiscalizadas. La anterior confusión procede de una interpretación errónea de la Convención de 1961.

En las siguientes páginas se analizarán por separado las cuestiones hasta aquí enunciadas.

1. El sistema de Naciones Unidas de fiscalización de estupefacientes y psicotrópicos.

El régimen internacional de clasificación y fiscalización del cannabis -planta y derivados y principios activos naturales o sintéticos- se contiene en la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, enmendada por el Protocolo de 1972 de Modificación de la Convención Única de 1961 y en el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971. El tercer texto de NN UU referido a drogas es de 1988; se trata de la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, en la que no se contienen normas de clasificación de sustancias estupefacientes o psicotrópicas o de plantas, pero se refuerzan e intensifican las disposiciones penales contempladas en los dos instrumentos anteriores, además de contemplarse nuevas medidas tendentes a impedir el desvío de sustancias. Lo que sí se fiscaliza en la Convención de 1988 son los precursores que aparecen en dos Cuadros; además se establece la obligación de los Estados de tipificar como delitos el tráfico de precursores, equipos y materiales y el blanqueo de capitales vinculado al tráfico de drogas y al de precursores.

La Convención de 1961 se refiere a tres plantas: la adormidera, el arbusto de coca y la planta del cannabis; también se fiscalizan algunos de sus derivados naturales y productos sintéticos (entre otros muchos, la metadona, la heroína, la codeína, la morfina, el opio, la cocaína, la resina, los extractos y las tinturas de cannabis), así como algún precursor. Quedan fuera de la Convención otras plantas que tienen propiedades estupefacientes o narcóticas similares a las de las tres plantas fiscalizadas.

Los fines buscados por la Convención de 1961 eran tres: controlar las drogas, garantizar su uso médico y científico y evitar las desviaciones desde el circuito lícito al tráfico ilícito.

El segundo Convenio, referido a psicotrópicos es de 1971 y en él se incluyen, entre otras muchas sustancias, las anfetaminas, el LSD, el MDMA, el MMDA, la psilocina, la psilocibina, el THC -con sus isómeros y sus variantes estereoquímicas-, el dronabinol (DBD), el pentobarbital, así como, numerosas benzodiacepinas, que son el principio activo contenido en algunos medicamentos.

Los fines perseguidos por el Convenio de 1971 eran prevenir y combatir el uso indebido y los usos ilícitos de los psicotrópicos y garantizar su disponibilidad para fines médicos y científicos.

La clasificación y ubicación en uno u otro texto, ha sido cuestionada. Así, en lo que aquí importa, se afirma que el THC - principio activo del cannabis responsable de sus efectos psicoactivos- debería incluirse en la Convención Única y no, en el texto de 1971. Más adelante, veremos que la OMS avala esta consideración, pero que no es aceptada por la Comisión de Estupefacientes.

La clasificación de las sustancias es uno de los puntos clave del funcionamiento del sistema de fiscalización internacional de drogas. La clasificación en Listas consiste en la catalogación de una planta o una sustancia en un sistema graduado de controles y restricciones en función de las características que se atribuyen -con acierto o con error- a esa sustancia o planta. Teniendo en cuenta que las Listas no son estáticas y que pueden ser modificadas, los criterios que, combinados, llevan a optar por una Lista u otra a la hora de introducir nuevas sustancias o reclasificar las existentes son los que se describen a continuación.

Tratándose de la Convención de 1961, y conforme a su art. 3, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

- que la sustancia se preste o no a uso indebido,
- que la sustancia pueda tener o no efectos nocivos,

- que la sustancia pueda ser transformada o no en otra sustancia con efectos similares a los que tienen las sustancias de las Listas I y II,
- que existan o no ventajas terapéuticas apreciables en el uso de la sustancia de que se trate.

Consecuencia de lo anterior es que no se clasifican como estupefacientes en las Listas las sustancias que no se prestan a uso indebido, que no son nocivas -en los términos de las contenidas en las Listas I y II-, que no puede transformarse en otras equiparables a los estupefacientes de las Listas I y II o que tengan ventajas terapéuticas, sin presentar los inconvenientes referidos.

Tratándose de la Convención de 1971, y conforme a su art. 2, deben considerarse los siguientes extremos:

- que la sustancia pueda producir dependencia o no,
- que la sustancia pueda producir o no estimulación o depresión del sistema nervioso central,
- que la sustancia se preste o no a uso indebido que pueda dar lugar o no a un problema sanitario o social,
- que la sustancia tenga o no efectos nocivos parecidos a los de las sustancias ya clasificadas en cualquiera de las cuatro Listas,
- el grado de utilidad de la sustancia en terapéutica médica.

Consecuencia de los referidos criterios es que no deben clasificarse y fiscalizarse como psicotrópicos las sustancias que no producen dependencia, estimulación o depresión del sistema nervioso central, sin uso indebido que provoque un problema social o sanitario, sin efectos nocivos y con ventajas terapéuticas no acompañadas de las consecuencias negativas definidas.

A la vista de los criterios relevantes para clasificar una sustancia en las Listas de una u otra Convención, es claro que el CBD

no requiere ser clasificado y, de hecho, no lo está, pues presentando importantes ventajas terapéuticas, no tiene ninguno de los efectos negativos vistos: no se presta a uso indebido, no genera dependencia, ni estimulación o depresión del sistema nervioso central, ni problemas sociales o sanitarios. Al tratamiento del CBD en el ámbito de NN UU y de la UE nos referiremos con detalle.

Con similar razonamiento material -ausencia de efectos nocivos-, se excluye expresamente de la Convención de 1961 el cáñamo industrial, tal como se analizará más adelante.

Debe entenderse que otras plantas o sustancias no clasificadas originaria o sobrevenidamente, con independencia de sus efectos, no caen bajo las prescripciones de la Convención y que, por esta vía no pueden considerarse objeto material del delito de tráfico de drogas.

La clasificación es un requisito básico para que una sustancia se incluya en el marco de fiscalización internacional, y determina el tipo y la intensidad de los controles que deben aplicarse; además, esa clasificación nos permite considerar que una sustancia o planta se presente como objeto material del delito de tráfico de drogas.

Sin fiscalización internacional o regional en la UE no hay delito del art. 368 del Código Penal español.

1.1. Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes

Vemos ahora en qué consiste el tratamiento que la Convención Única da a la planta *Cannabis Sativa-L* y a sus derivados.

1.1.1. Delimitación del concepto de *cannabis*

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que 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*" (art. 1.1. b).

Lo anterior quiere decir que las hojas no unidas a las sumidades, el tallo, las raíces y las semillas no son objeto de fiscalización.

Tampoco son objeto de fiscalización las sumidades floridas, o sea, las flores cuando de ellas se ha extraído la resina.

Esta exclusión de las flores a las que se extrae la resina, o sea, carentes del principio psicoactivo THC, es de capital importancia para la cuestión que aquí se analiza: una flor sin principio psicoactivo no es estupefaciente para la Convención y a esa situación se puede llegar por dos vías:

- porque, originariamente, hay principio psicoactivo en la flor, pero se extrae posteriormente (tal como indica el art. 1.1.1), o
- porque no hay compuesto psicoactivo desde el principio, lo que ocurre con las flores no psicoactivas que hoy circulan en el comercio, pero en las que la Convención no pensó

específicamente, más allá de lo previsto en el art. 28, en los términos que se analizarán en adelante.

1.1.2. El artículo 2.9. Uso de estupefacientes en la industria para fines distintos a los científicos o médicos.

La anterior conclusión referida a las flores no psicoactivas se ve reforzada por lo dispuesto en el art. 2.9 de la Convención, sin que queramos decir que el referido artículo regule o contemple dichas flores no psicoactivas, sino que nos sirve de argumento -de mayor a menor- para deducir su régimen jurídico no establecido expresamente en la Convención. A tenor del art. 2.9

"Las Partes no estarán obligadas a aplicar las disposiciones de la presente Convención a los estupefacientes que se usan comúnmente en la industria para fines que no sean médicos o científicos, siempre que:

- a) *Por los procedimientos de desnaturalización apropiados o por otros medios, logren impedir que los estupefacientes utilizados puedan prestarse a uso indebido o producir efectos nocivos (artículo 3, inciso 3) y que sea posible en la práctica recuperar las sustancias nocivas.*
- b) *Incluyan en los datos estadísticos (artículo 20) que suministren las cifras correspondientes a la cantidad de cada estupefaciente utilizado de esta forma."*

Lo anterior quiere decir que una flor, originariamente psicoactiva y, por tanto, estupefaciente en los términos de la Convención, puede ser desnaturalizada para neutralizar el uso indebido o sus efectos nocivos o para impedir la recuperación práctica

del estupefaciente, lo que supone que sea muy difícil esa recuperación o que resulte económicamente inviable. La desnaturalización no es la única posibilidad que admite el precepto, ya que se habla, en régimen alternativo, de “*otros medios*”, sin darse indicación alguna de cuáles puedan ser esos otros medios. Con todo, lo importante en este precepto es el resultado: impedir el uso indebido o los efectos nocivos, siendo imposible en la práctica recuperar las sustancias nocivas. Si esto ocurre, pueden no aplicarse las disposiciones de la Convención previstas para los estupefacientes, si así lo decide un Estado parte.

La concreción, en lo que al cannabis se refiere, del procedimiento general para cualquier estupefaciente del art. 2.9 se encuentra en parte -en la referida a desnaturalización- en la propia definición del art. 1.1.b), cuando expresa que procede la fiscalización cuando se trate de “...*las sumidades... de las cuales no se ha extraído la resina*” (el subrayado es mío). Lo anterior, *a sensu contrario*, supone que no se extiende la fiscalización a las sumidades de las que sí se ha extraído la resina; esta conclusión es inevitable porque las referidas sumidades, originariamente estupefacientes e integrantes del concepto “cannabis”, pierden la naturaleza estupefaciente y salen del concepto “cannabis” si se someten a un proceso de extracción de la resina. Sin embargo, el art. 1.1.b) no contempla “*otros medios*”-

Este proceso de desnaturalización de la sustancia estupefaciente se contempla en la Convención, no solo para el cannabis, sino también tratándose de hojas de coca, tal como se recoge en el art. 27³, que permite la producción de hojas de coca

³ Art. 27 “1. Las Partes podrán autorizar el uso de hojas de coca para la preparación de un agente saporífero que no contenga ningún alcaloide y, en la medida necesaria para dicho uso, autorizar la producción, importación, exportación, el comercio y la posesión de dichas hojas.

2. Las Partes suministrarán por separado previsiones (artículo 19) e información estadística (artículo 20) respecto de las hojas de coca para la preparación del agente saporífero, excepto en la medida en que las mismas hojas de coca se utilicen para la extracción de alcaloides y del agente saporífero y así se explique en la información estadística y en las previsiones.”.

para obtener un agente saporífero sin alcaloide; la finalidad buscada por este precepto es que la marca Coca-Cola pudiese usar hojas de coca para dar el característico sabor a su producto, escapando de la fiscalización al tratarse de un producto sin alcaloide, es decir, sin el principio activo cocaína, (benzoilmetilecgonina, C₁₇H₂₁NO₄).

Volviendo al art. 2.9, si se produce la neutralización del carácter estupefaciente (por desnaturalización o por otros medios), resultando irrecuperable dicho estupefaciente, lo que ocurre es que la sustancia originariamente estupefaciente, aun fuera del ámbito médico o de investigación, puede quedar exenta de fiscalización si así lo decide un Estado. Ya en relación con el cannabis, si el art. 2.9 puede operar para impedir la fiscalización en flores originariamente psicoactivas, es evidente que igual será -y con más motivo- para flores que originariamente no son psicoactivas, es decir, que nunca fueron psicoactivas ni estupefacientes.

Estas flores originariamente no psicoactivas son la consecuencia de utilizar unas semillas que dan lugar a plantas con cantidad mínima o despreciable de THC, lo que puede ser entendido como una desnaturalización muy temprana -antes de que haya planta-. No es esta la realidad descrita en el art. 2.9 que se refiere a estupefacientes, porque la flor no psicoactiva no es un estupefaciente, pero si la situación descrita en el art. 2.9 o en el art. 1.1 b) impide la fiscalización, con mayor motivo podemos afirmar que la flor que nunca fue psicoactiva y que no es estupefaciente en el sentido de la Convención, está exenta de dicha fiscalización y, con ello, queda fuera del ámbito del art. 368 del Código Penal.

El art. 2.9 abre un escenario para no aplicar las medidas de fiscalización a estupefacientes manejados en la industria fuera del contexto médico o de investigación, indicando cuál es el procedimiento administrativo para comunicar las cantidades de estupefaciente usado industrialmente sin finalidad de investigación o médica. La previsión de este procedimiento administrativo,

obviamente, nos saca del ámbito de la prohibición y la represión penal y nos sitúa en un contexto de permisión controlada.

Queda claro en la Convención que es la ausencia de estupefaciente o la irrecuperabilidad del mismo lo que deja fuera del control internacional las semillas, las hojas no unidas a las sumidades y las flores desnaturalizadas, lo que -se insiste- impide entender que la flor originariamente no psicoactiva o el principio activo que la misma contiene, o sea, el CBD, puedan caer bajo las medidas de fiscalización, más allá del dato evidente de que la flor no psicoactiva y el CBD nunca han sido objeto de tratamiento y consideración en las Convenciones de 1961 y 1971. En relación con el CBD, más adelante, nos referimos a este hecho de que nunca estuvo fiscalizado en el Convenio de 1971 y cómo recientemente se ha insistido en su carácter no estupefaciente y no psicotrópico.

En definitiva, en lo hasta aquí visto, resulta que ni el continente -flor no psicoactiva- ni el contenido -CBD- son objeto de fiscalización internacional.

Por otro lado, ya se ha indicado que, en el ámbito de la UE, tampoco existe una fiscalización que permita construir un delito de tráfico de drogas; muy al contrario, se trata de productos permitidos y cubiertos por la libertad de circulación de mercancías y, bajo ciertas condiciones, de producción subvencionada en la Política Agraria Común.

1.1.3. Resina, extractos y tinturas.

Volviendo a la Convención de 1961, lo que queda expresamente fiscalizado es la parte de la planta que contiene el principio psicoactivo en cantidad relevante y la "resina separada, en bruto o purificada" (art. 1.1. d). Esta resina tiene la consideración de "*cannabis*", tal como se deriva del art. 28.1 de la Convención donde se equiparán "*cannabis*" y "*resina de cannabis*". Lo anterior es

congruente con la exclusión de las flores desnaturalizadas en los términos analizados, de manera que si una flor originariamente psicoactiva es desnaturalizada al extraerse la resina, deja de considerarse “*cannabis*”, pero la resina extraída o separada se considera “*cannabis*”.

Respecto de los extractos y las tinturas sin finalidad médica, también entran dentro del concepto de “*cannabis*” y son considerados estupefacientes (así se deriva de su equiparación en el art. 49. 1 y 2). Con todo, la cuestión de los extractos requiere un análisis más detallado.

Los extractos y las tinturas de cannabis están en la Lista I, pero nunca estuvieron en la IV, lo que permitía entender que se reconocía desde 1961 que podían tener alguna utilidad médica y que, en consecuencia, no debían prohibirse necesariamente de manera absoluta, sino que podían regularse.

Por otro lado, estos extractos y tinturas de cannabis no están incluidos en los “*preparados*” de la Lista III, lo que supone que no hay un porcentaje de principio activo establecido para admitir su producción y distribución; es decir, que no están en el régimen suave de las sustancias de la Lista III que la Convención no considera estupefacientes.

La duda que puede plantearse a raíz de la anterior afirmación es si los extractos y tinturas son otros preparados distintos a los de la Lista III o no lo son. Si se les niega la condición de otros preparados, escaparían a lo previsto en el artículo 2.3 de la Convención. En este artículo se dice que “*Los preparados distintos de aquellos de la Lista III estarán sujetos a las mismas medidas de fiscalización que los estupefacientes que contengan, pero con respecto a dichos preparados, no se exigirán las previsiones (artículo 19) ni las estadísticas (artículo 20) que no correspondan a los referidos estupefacientes, ni será necesario aplicar lo dispuesto por los artículos 29, inciso 2 c, y 30, inciso 1 b u*”.

Con todo, parece que los extractos y las tinturas deben considerarse preparados distintos de lo de la Lista III y someterse al régimen de los estupefacientes rebajado en alguna de sus previsiones conforme al art. 2.3. A esta conclusión nos lleva la literalidad del texto, pero la OMS recientemente ha considerado que los extractos y las tinturas debían quedar fuera del ámbito de la fiscalización -tal como se analizará más adelante-, rechazándose esta recomendación por la Comisión de Estupefacientes.

Conviene recordar que para la Convención solo son estupefacientes las sustancias naturales y sintéticas incluidas en las Listas I y II. En la Lista IV, como ya se ha indicado se replican algunos de los estupefacientes de la Lista I, que se consideran carentes de utilidad médica. En la Lista III se contienen preparados con baja cantidad de estupefaciente, que resulta difícilmente separable del resto de los componentes, siendo difícil el uso indebido, por lo que el nivel de fiscalización es mínimo. Estos preparados no se conceptúan como "estupefacientes", pero su uso se restringe. Ninguno de los preparados de la Lista III contiene cannabis, por lo que el régimen de los preparados de cannabis es el propio del cannabis y de su naturaleza de estupefaciente, pero sin el rigor que, hasta 2020, imponía la Lista IV a la resina y a la planta.

Con todo, en lo que aquí importa, la anterior consideración de los extractos y tinturas lo es para los que pueden considerarse estupefacientes obtenidos de una planta fiscalizada, lo que no ocurre cuando se trata de CBD.

Un preparado de CBD no es un extracto fiscalizado; afirmar lo contrario supone desconocer que el CBD no está fiscalizado, por lo que sus derivados tampoco pueden someterse al control convencional. En la praxis española se hacen afirmaciones erróneas en este punto; así, cuando se dice que "el CBD obtenido como extracto o tintura de cannabis, según la definición de la CU, independientemente de su contenido en THC, se encuentra incluido

en la lista I de la CU de 1961 sobre estupefacientes, y regulado en nuestro ordenamiento interno por la Ley 17/1967, y por tanto su consumo con fines no médicos contraviene los tratados de fiscalización internacional de droga, así como la normativa nacional aplicable en la materia” (Nota informativa sobre el cultivo de cáñamo de la Dirección General de Producciones y Mercados Agrarios del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación⁴). Cuando hablamos de sustancias en el ámbito de las Convenciones de NN UU, es absurdo decir respecto de una concreta que su naturaleza o catalogación será una determinada “independientemente de su contenido en THC”. Esta afirmación solo puede ser fruto del desconocimiento o no comprensión del sistema de fiscalización internacional. Sobre esta cuestión se volverá.

1.1.4. “toda planta del género cannabis”.

Analizamos ahora la disposición de la Convención en la que parece querer fundarse la tesis, que entendemos errónea, de que el CBD extraído de la planta entera está fiscalizado, aun no siendo la planta psicoactiva y siendo indiferente el porcentaje de THC.

Se especifica en la Convención que por planta de cannabis se entiende “*toda planta del género cannabis*” (art.1.1. c), lo que debe referirse a cualquier planta de *Cannabis sativa-L*, sea cual sea el nombre por el que se la conozca en determinados lugares y la especie o variedad de que se trate. Este es el sentido de la expresión “*toda planta*” y debe ser entendido sistemáticamente -no aisladamente- dentro de la Convención, teniendo en cuenta lo reglado en los arts. 2.9 y 28.2, preceptos en los que se alude a sustancias sobrevenidamente desnaturalizadas o a plantas originariamente no

⁴ Puede consultarse en https://www.mapa.gob.es/es/agricultura/temas/producciones-agricolas/notainformativasobreelcultivodecanamo_tcm30-560351.pdf.

psicoactivas, y, sin perder de vista que el sistema de fiscalización se proyecta sobre estupefacientes y no sobre cualquier otro objeto.

Esta interpretación de la expresión “*toda planta del género cannabis*” tiene dos consecuencias relevantes:

1^a) se fiscaliza cualquier planta del género cannabis, pero no todas las partes de la planta, ya que algunas están expresamente excluidas de la fiscalización (hojas no unidas a las sumidades y semillas) y otras, deben entenderse excluidas al no formar parte de la definición de cannabis (tallos y raíces).

2^a) la mención a “*toda planta*” tampoco autoriza a extender la consideración de estupefaciente a las plantas no psicoactivas ni a sus flores, en la línea de lo ya argumentado –no contienen estupefaciente o lo contienen en cantidad tan pequeña que resulta irrecuperable-.

Es claro que la Convención no aspira a la fiscalización de todo un género de plantas, sino solo a aquellas que pueden considerarse “estupefaciente”, limitándose el control a las partes de la planta que tienen consideración de “estupefacientes”. Por eso queda fuera del ámbito de la fiscalización el cáñamo industrial (art. 28.2) -es decir las plantas que contienen un bajo porcentaje de THC, cuyo cultivo busca finalidades industriales u hortícolas- y la flor no psicoactiva en los términos vistos.

La pretensión de criminalizar las extracciones de CBD de planta entera puede rechazarse con tres grupos de argumentos:

1. La correcta interpretación de la Convención de 1961 (arts. 1, 2.9 y 28).
2. La regulación existente en el ámbito de la UE en materia de ciertos productos regulados y en materia de delito de

tráfico de drogas y la doctrina sentada en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 19 de noviembre de 2020 (asunto C-663/18).

3. El objeto material y el bien jurídico protegido en el art. 368 del Código Penal y sus exigencias en cuanto a la antijuridicidad material.

Abordamos en este epígrafe el primero de los argumentos, posponiendo lo referido a los dos restantes.

Acabamos de aludir al significado que tiene la expresión "*toda planta del género cannabis*" (art. 1.1 c) y cómo la misma debe ser interpretada sistemáticamente a la luz de otras disposiciones de la Convención, concretamente, a la luz del art. 28 y del art. 2.9, sin olvidar que la propia definición de "*cannabis*" del art. 1.1 b) excluye de su ámbito de aplicación las sumidades desnaturalizadas, es decir, las que originariamente eran estupefaciente por su contenido, pero que dejaron de serlo por la extracción de ese contenido estupefaciente, o sea, cuando se extrae la resina. Es decir, que, en la propia definición, ya se contiene una contextualización o excepción: no están fiscalizadas las flores tras su desnaturalización, o sea, cuando se extrae de las mismas el principio psicoactivo; estas flores psicoactivas originariamente, dejan de serlo por la extracción de la resina, perdiendo la condición de "*estupefaciente*".

- 1.1.5. El cáñamo industrial. El artículo noveno de la Ley 17/1967, de 8 de abril, por la que se actualizan las normas vigentes sobre estupefacientes, adaptándolas a lo establecido en el convenio de 1961 de las Naciones Unidas

El art. 28.2 de la Convención de 1961 exime de fiscalización la planta de cannabis industrial (fibras y semillas) u hortícola, cuando dice que

"La presente Convención no se aplicará al cultivo de la planta de la cannabis destinado exclusivamente a fines industriales (fibra y semillas) u hortícolas".

La sola existencia de este precepto ya nos indica que la expresión "*toda planta del género cannabis*" tiene otra excepción: el cáñamo industrial u hortícola; la razón es evidente, la planta de cannabis producida con fines industriales u hortícolas no es estupefaciente; no contiene el principio activo estupefaciente en un porcentaje suficiente para poner en riesgo la salud, no siendo el estupefaciente que pueda contenerse separable de forma rentable.

En los *Comentarios a la Convención Única de 1961 de Estupefacientes*, publicación oficial de NN UU que se tiene por "interpretación auténtica" del texto, se indica, a propósito del art. 28.2 que la fiscalización solo alcanza a los cultivos que pretenden obtener "estupefacientes (cannabis y su resina)", pero no cuando las finalidades son otras, así, obtener semillas o fibra, añadiendo que "el cultivo de la planta con cualquier otro fin, y no solo con los mencionados en el párrafo 2, está por consiguiente exento del régimen de fiscalización" (el subrayado es mío)⁵. Lo anterior quiere decir que

1. La mención a finalidades industriales u hortícolas es ejemplificativa y no expresa un *numerus clausus*.

⁵ NN UU, *Comentarios a la Convención Única de 1961 de Estupefacientes*, E/CN.7/589, Nueva York, 1989, p. 342.

2. El cultivo de la planta con cualquier finalidad industrial distinta de la extracción de semilla o fibra queda fuera de la fiscalización internacional y es lícito.
3. El único cultivo sometido a fiscalización internacional es el que persigue obtener cannabis y su resina, es decir, el encaminado a obtener estupefacientes. No siendo el CBD un estupefaciente, el cultivo de plantas para extraer CBD, aun partiéndose de la planta entera, no puede considerarse sometido a fiscalización internacional.

Por otro lado, la necesidad de interpretar sistemáticamente -en el sentido visto- el art. 1.1. c) y su mención a "*toda planta del género cannabis*", se ve reforzada por el art. 1.1, parte introductoria, - dedicado a las definiciones con carácter general- cuando dice que

"Salvo indicación expresa en contrario o que el contexto exija otra interpretación, se aplicarán al texto de la presente Convención las siguientes definiciones: ...".

Es evidente que la definición de "*toda planta del género cannabis*" se limita expresamente en la propia Convención, admitiéndose excepciones de futuro al amparo del art. 2.9, teniendo en común las excepciones que estemos ante plantas o sustancias sin capacidad de ser nocivas, ya sea por su bajo porcentaje de estupefaciente -art. 28.2-, ya sea por la extracción o neutralización del estupefaciente -arts. 1.1 b) y 2.9-.

Estas excepciones responden al criterio interpretativo mencionado: "*Salvo indicación expresa en contrario*".

Todo lo anterior indica que la interpretación correcta es la que afirma que la flor no psicoactiva en origen no está sometida a la fiscalización de los estupefacientes y ello, porque originariamente

esta desnaturalizada y porque su uso para extraer estupefaciente - THC, sus isómeros o variantes estereoquímicas- no es viable económicamente.

Es cierto que la Convención no se planteó el régimen del CBD o de los cogollos no psicoactivos, pero si contempló que, además de la "*indicación expresa en contrario*" para hacer ceder la definición general en los casos de los arts. 1.1 b), 28.2 y 2.9, cabía hacer otra interpretación de futuro cuando "*el contexto exija otra interpretación*", contexto que no quedó determinado en 1961 y que debe ser el actual en el que el CBD y la flor no psicoactiva están alcanzando gran difusión.

En definitiva, la flor no psicoactiva no es "cannabis" a los efectos del art. 1.1 b) y no es un estupefaciente fiscalizado. Tampoco lo es cualquiera de sus extractos o derivados que contienen CBD, sustancia no fiscalizada.

Ni el contenido, ni el continente están fiscalizados internacionalmente y su producción, comercio o movimiento resultan atípicos para el art. 368 del Código Penal español.

Vemos ahora la regulación de la Ley 17/1967, ya referida. En su artículo noveno se dice lo siguiente:

"Los preceptos anteriores no serán de aplicación al cultivo de la planta de la «cannabis» destinada a fines industriales, siempre que carezca del principio activo estupefaciente"

Destacamos de este precepto algunas conclusiones:

1^a) Hay un cultivo prohibido al que se refieren los dos artículos anteriores, que contemplan un régimen de autorización por el Servicio de Control de Estupefactantes. Se trata de cultivos destinados a la obtención de estupefactantes.

2^a) Hay un cultivo al que no se aplican las disposiciones de prohibición y control: es el cultivo con fines industriales de plantas que no contienen principio activo estupefaciente.

3^a) Los fines industriales legítimos no se limitan a la obtención de fibra y semillas, sino que se admite cualquiera de ellos, dada la generalidad de la dicción legal y la ausencia de restricción a obtenciones concretas. En este punto, la literalidad del artículo noveno de la Ley de 1967 coincide con la interpretación auténtica que se hace desde NN UU, a pesar de la dicción aparentemente restrictiva del art. 28. 2 de la Convención de 1961, en los términos ya analizados.

4^a) La ausencia de principio activo estupefaciente no puede entenderse en sentido absoluto, dado que estamos ante una planta y no ante un producto sintético que puede crearse en laboratorio libre de ciertos componentes. Para saber si las trazas de estupefaciente que aparecen en una planta nos sitúan ante un producto estupefaciente fiscalizable o ante cáñamo industrial lícito puede acudirse a la fórmula que permite calcular el índice de psicoactividad, a la que nos referimos más adelante en detalle. Si como resultado de aplicación de la fórmula a una flor o a un derivado de la planta entera se está por debajo de 1, no podrá afirmarse la existencia de estupefaciente.

También veremos que superar el resultado de 1 no nos coloca automáticamente en el ámbito del art. 368 del Código Penal, pues, aun por encima de esa cifra, deberán tenerse en cuenta criterios de antijuridicidad material.

1.1.6. Criterios de interpretación

Sobre la interpretación que debe hacerse de la Convención en este punto se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 19 de noviembre de 2020 (C-663/18), a propósito de productos con CBD extraído de plantas enteras y no solo de fibras o semillas y su contrariedad o no con el Derecho de la UE. Se establece en la resolución que los Tratados internacionales deben interpretarse conforme a sus términos -interpretación literal-, en su contexto -interpretación sistemática- y conforme a la finalidad que persigue -interpretación teleológica-. Fácilmente se observa que los tres criterios de interpretación considerados por el Tribunal de Justicia (literal, sistemático y teleológico) coinciden con tres de los establecidos por el art. 3 del Código Civil español. Como es sabido, este precepto, al formar parte del Título Preliminar del Código Civil, se aplica a todo el ordenamiento jurídico, incluidas las normas de origen internacional que forman parte del ordenamiento interno. En lo que aquí importa, la expresión "*toda planta del género cannabis*" no debe interpretarse solo en su literalidad, porque tal entendimiento literal debe modularse por los restantes criterios de interpretación.

Ya hemos visto como la interpretación sistemática obliga a excluir de la definición determinadas plantas de *cannabis sativa-L*, concretamente, el cáñamo industrial u hortícola, las flores desnaturalizadas conforme al art. 2.9 y las flores de las que se ha extraído la resina conforme al art. 1.1.

Por lo que se refiere a la interpretación teleológica, resulta obligado tener en cuenta la finalidad de la norma y tratándose de las Convenciones de 1961 y 1971, una de esas finalidades es la de proteger la salud frente a sustancias estupefacientes o psicotrópicas dañinas. Como se viene indicando, ni el CBD es un estupefaciente -ni un psicotrópico-, ni la flor no psicoactiva está expresamente fiscalizada, muy al contrario, queda fuera de la dicción "*toda planta*

del género cannabis" por su inocuidad e incapacidad para generar estupefaciente. Ni el CBD, ni la flor no psicoactiva están fiscalizadas.

Además de estos tres criterios interpretativos que subraya el Tribunal de Justicia de la UE, el Código Civil nos señala otro: "*la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas*". Tratándose de cannabis esta realidad social adquiere especial relevancia, al menos por dos motivos.

El primero se refiere al entendimiento incorrecto que las Convenciones hacen de las propiedades y efectos del cannabis, paliado, solo en parte, por la salida de la Lista IV en el año 2020.

El segundo motivo, tiene en cuenta los avances científicos de los últimos años, en lo que se refiere a las propiedades del cannabis y a sus posibilidades en los ámbitos médico, alimentario, comercial e industrial que no pudieron ser consideradas en el momento de redactarse la Convención de 1961, cuando ni si quiera se conocían los principios activos THC y CBD. Pero hoy, todos esos conocimientos deben tenerse en cuenta; prueba de ello es la reciente reclasificación del cannabis y su resina y la reconfirmación por la OMS de que el CBD no está clasificado. La realidad social actual también apoya la interpretación que sostenemos en este escrito. La Sentencia del Tribunal de Justicia citada afirma en este punto que la definición de "*cannabis*" de la Convención "está intrínsecamente vinculada al conocimiento científico actual de la nocividad para la salud humana de los productos derivados del cannabis", de donde deduce que contraría la finalidad de la Convención incluir el CBD en la definición de estupefacientes por considerarlo un extracto de cannabis.

Más arriba hemos visto que las definiciones generales que ofrece el art. 1 de la Convención, deben ceder cuando "*el contexto exija otra interpretación*", indicando que esta previsión esta proyectada hacia el futuro. Esta previsión coincide, como criterio interpretativo, con el indicado en el art. 3 del Código Civil español: "*la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas*"

Mientras se redactaba la Convención de 1961 se tenía conciencia de que en el futuro se podrían dar situaciones impensables en esos momentos. Prueba de ello es que en los *Comentarios* ya citados se indica, a propósito del art. 2.9, lo siguiente:

"En la Conferencia de Plenipotenciarios se mencionó...que la disposición no tenía una importancia práctica inmediata, pero se insertó con el objeto de anticiparse a un posible empleo futuro. Ese empleo parece seguir todavía en el futuro en el momento de redactarse los presentes Comentarios".

Pues bien, si en 1989 -fecha de publicación de los Comentarios- se consideraba que el escenario descrito en art. 2.9 no había llegado, hoy, en el estado actual de la Ciencia y de la realidad regulatoria en la UE, si estamos en ese escenario de posible desnaturalización de estupefacientes que permita eludir las prescripciones de la Convención.

Si esto es así para un estupefaciente, con más razón lo será para una planta que está desnaturizada en el origen, porque nace sin reunir la característica de ser estupefaciente conforme a la Convención, por lo que no debe ser objeto de las medidas de fiscalización de los estupefacientes.

En definitiva, ni la flor no psicoactiva es "cannabis" en el sentido de la Convención, ni el CBD extraído de planta entera es "extracto" de cannabis o "estupefaciente" en el sentido de la Convención.

1.1.7. Los distintos niveles de fiscalización

Por lo que se refiere a los niveles de fiscalización, la Convención incluye en su Lista I el cannabis y su resina, así como sus extractos y tinturas. En esta Lista se agrupan sustancias que se consideran muy adictivas y de probable abuso. A la reciente exclusión del cannabis y

su resina de la Lista IV –estupefacientes de la Lista I muy adictivos, de probable abuso y especialmente peligrosos o con escasa o nula utilidad médica- nos referimos más adelante.

En la Lista I de la Convención de 1961 se fiscaliza, en lo que al cannabis se refiere, concretamente, lo siguiente

***"CANNABIS Y SU RESINA Y LOS EXTRACTOS Y TINTURAS
DE CANNABIS"***

A lo que se añade, con carácter general, para cualquiera de los estupefacientes de la Lista, lo siguiente

"Los isómeros, a menos que estén expresamente exceptuados, de los estupefacientes de esta Lista, siempre que la existencia de dichos isómeros sea posible dentro de la nomenclatura química específica;

Los ésteres y éteres, a menos que figuren en otra Lista, de los estupefacientes de esta Lista, siempre que sea posible formar dichos ésteres o éteres;

Las sales de los estupefacientes enumerados en esta Lista, incluso las sales de ésteres, éteres e isómeros en las condiciones antes expuestas, siempre que sea posible formar dichas sales.".

En lo que aquí interesa, el CBD no es un isómero, ni un éster, ni un éter, ni una sal de los mismos respecto del cannabis o su resina, sus extractos o sus tinturas, por lo que por esta vía no puede decirse que el CBD esté fiscalizado.

1.2. Convenio sobre Sustancias sicotrópicas de 1971

Analizamos ahora las previsiones contenidas en el Convenio de 1971 de Sicotrópicos en los que se refiere a los principios activos del cannabis y a los cannabinoides sintéticos.

Empezando por el principio psicoactivo más característico de la planta, el Δ⁹ THC –tetrahidrocannabinol- se incluye en la Lista I, junto con algunos de sus isómeros (moléculas con la misma fórmula molecular, pero distinta estructura) y sus variantes estereoquímicas.

En la Lista II se fiscaliza el dronabinol o DBD [(-)-trans-delta-9- tetrahidrocannabinol] que es un imitador de síntesis del Δ⁹ THC.

La Lista I agrupa aquellas sustancias que se consideran de elevado riesgo de uso indebido, con escaso o nulo valor terapéutico y que suponen un alto riesgo para la salud pública, entre otras, además del Δ⁹ THC, están aquí ubicados el LSD, el MDMA, el MMDA, la catinona y la mescalina.

La consideración del Δ⁹ THC, que es un principio activo natural de la planta del cannabis, en el Convenio de 1971, dedicado a las sustancias de síntesis, llama la atención, pues su lugar debería ser la Convención Única. Ciento es que el Δ⁹ THC fue aislado, determinándose su estructura en 1964, es decir, después de aprobarse la Convención Única, pero esto no tendría que haber sido impedimento para incluirlo con posterioridad en la Convención que fiscaliza las sustancias naturales, habida cuenta de que las Listas no son estáticas; hay sustancias que entran en las Listas después de su redacción originaria o que se mueven de una Lista a otra. A pesar de esta posibilidad tantas veces utilizadas, el Δ⁹ THC se incorporó al Convenio de 1971, sin fundamento que lo explique.

Tampoco puede explicarse que se considerase que el Δ⁹ THC carecía de valor terapéutico y que fuese muy elevados el riesgo de abuso y el daño a la salud pública.

En la Lista I de este Convenio puede leerse lo siguiente:

"...26. tetrahidrocannabinol, los siguientes isómeros y sus variantes estereoquímicas:

7,8,9,10-tetrahidro-6,6,9-trimetil-3-pentil-

6H-dibenzo[b,d] pirano 1-ol

(9R,10aR)-8,9,10,10a-tetrahidro-6,6,9-

trimetil-3-pentil-6H-dibenzo[b,d] pirano-

1-ol

(6aR,9R,10aR)-6a,9,10,10^a-tetrahidro-6,6,9-

trimetil-3-pentil-6H-dibenzo[b,d]pirano-

1-ol

(6aR,10aR)-6a,7,10,10a-tetrahidro-6,6,9-

trimetil-3-pentil-6H-dibenzo[b,d]pirano-

1-ol

6a,7,8,9-tetrahidro-6,6,9-trimetil-3-pentil-6H-

dibenzo[b,d] pirano 1-ol

(6aR, 10aR)-6a,7,8,9,10,10^a-hexahidro-6,6-

dimetil-9-metileno-3-pentil-6H-dibenzo

[b, d]pirano- 1-ol"⁶.

⁶Si se consulta la Lista Verde de la JIFE, el listado se expresa indicando, junto a la denominación química -que es la que aparece en la Lista I de la Convención de 1971-, la denominación común o farmacológica y aparece de la siguiente forma:

"THC tetrahidrocannabinol, los siguientes isómeros y sus variantes estereoquímicas:

delta-6a(10a)-THC 7,8,9,10-tetrahidro-6,6,9-trimetil-3-pentil-6H-dibenzo[b,d]pirano-1-ol

delta-6a(7)-THC (9R,10aR)-8,9,10,10a-tetrahidro-6,6,9-trimetil-3-pentil-6Hdibenzo[b,d]pirano-1-ol

delta-7-THC (6aR,9R,10aR)-6a,9,10,10a-tetrahidro-6,6,9-trimetil-3-pentil6H-dibenzo[b,d]pirano-1-ol

delta-8-THC (6aR,10aR)-6a,7,10,10a-tetrahidro-6,6,9-trimetil-3-pentil-6Hdibenzo[b,d]pirano-1-ol

delta-10-THC 6a,7,8,9-tetrahidro-6,6,9-trimetil-3-pentil-6H-dibenzo[b,d] pirano-1-ol

delta-9(11)-THC (6aR,10aR)-6a,7,8,9,10,10a-hexahidro-6,6-dimetil-9-metileno-3-pentil-6H-dibenzo[b,d]pirano-1-ol".

Si se analizan las referidas sustancias queda claro que son todas ellas isómeros o variantes estereoquímicas del Δ^9 THC, sin que aparezca entre ellas el CBD.

Por otro lado, es evidente que el CBD no podría ser acogido en esta Lista porque la misma exige para las sustancias que incorpora que presenten elevado riesgo de uso indebido, escaso o nulo valor terapéutico y alto riesgo para la salud pública. Ninguna de estas características es predictable del CBD y así se entiende desde la OMS, como analizaremos más adelante.

Nos fijamos ahora en la Lista II del Convenio de 1971 en lo que se refiere a derivados del cannabis, resultando que solo se fiscaliza el dronabinol -DBD- [(-)-trans-9-tetrahidro-cannabinol], que es el equivalente sintético del Δ^9 THC. Así, puede leerse en la tercera entrada de la Lista II lo siguiente:

"3. DRONABINOL (denominación común internacional)
(-)-trans--9-tetra-hidro-cannabinol (otra
denominación común o trivial)
6aR,10aR)-6a,7,8,10a-tetrahidro-6,6,9-trimetil-3-
pentil-6Hdibenzo[b,d]pirano-1-ol (denominación
química)"⁷

(JIFE, *Lista de sustancias sicotrópicas sometidas a fiscalización internacional de conformidad con el Convenio sobre sustancias sicotrópicas de 1971*, NN UU, 33 ed., 2022, pp. 5-6).

⁷ En la Lista Verde de la JIFE aparece entre las sustancias de la Lista II la siguiente:

"PD 010 (código IDS)
1972-08-3 (número CAS)
DRONABINOL a (denominación común internacional)
delta-9- tetrahidrocannabinol y sus variantes estereoquímicas (otra
denominación común o farmacológica)
(6aR,10aR)-6a,7,8,10a-tetrahidro-6,6,9-trimetil3-pentil-6H-
dibenzo[b,d]piran-1-ol (denominación química)
a Esta denominación común internacional se refiere solo a una de las
variantes estereoquímicas del delta-9-tetrahidrocannabinol: el (-)-trans-
delta-9-tetrahidrocannabinol."

(JIFE, *Lista de sustancias sicotrópicas...cit.*, p.7).

Sin entrar aquí en el tortuoso camino que ha seguido la clasificación del DBD, lo que queda claro es que el CBD nada tiene que ver con el DBD y que el CBD no aparece fiscalizado; lo anterior es lógico porque esta Lista II acoge sustancias que presentan riesgo de abuso no alto, utilidad médica entre baja y moderada, pero no nula, y peligro para la salud pública no alto; ninguna de estas características acompaña al CBD.

Recientemente, han sido objeto de fiscalización en la Lista II del Convenio de 1971 algunos cannabinoides sintéticos:

AB-CHMINACA, ADB-CHMINACA, AB-FUBINACA, ADB-FUMINACA, AMB-FUMINACA, CUMIL-4CN-BINACA, 5F-APINACA, 5F-AMB-PINACA y CUMIL-PEGACLONE.

Se trata de potentes cannabinoides sintéticos, conocidos como neocannabinoides o cannabinoides de diseño, que no pretenden imitar a los naturales, sino superar sus efectos, con la mayor peligrosidad que eso supone. Estos cannabinoides de diseño deben diferenciarse de los obtenidos sintéticamente como imitación de los naturales. Ninguno de estos cannabinoides de síntesis tiene que ver con el CBD -natural o sintético-.

En conclusión, el Δ⁹ THC, sus isómeros y variantes estereoquímicas, el DBD y los nuevos cannabinoides sintéticos son los únicos cannabinoides naturales o sintéticos fiscalizados en el Convenio de 1971 como psicotrópicos (y no otros), siendo evidente que entre los mismos no se encuentra el CBD.

2. El CBD no está fiscalizado internacionalmente. La OMS y el CBD.

2.1. CBD natural y CBD sintético.

El CBD es uno de los principales compuestos presentes en la planta; junto con el THC, es el compuesto más estudiado y utilizado. Los más de 100 restantes compuestos⁸ no han sido objeto de tanta atención. Sobre los usos del CBD se proyectan en los últimos años unas enormes expectativas de negocio, ya hablemos de CBD médico o terapéutico o de CBD no médico.

Debe señalarse que, junto con el CBD natural que se extrae de la planta, existe un CBD sintético, el 8,9-dihidrocannabidiol (H2CBD) sintetizado por el Premio Nobel de Química Alexander R. Todd.

Una de las cuestiones que deben resolverse es si el compuesto natural y el imitador de síntesis tienen o no el mismo régimen legal. Partimos de que el compuesto natural y el sintético tienen los mismos efectos relajantes, pero con más potencia en el sintético que en el natural; por otro lado, ninguno de los dos compuestos -ni el fitocannabinóide ni el cannabinóide de síntesis- es estupefaciente o

⁸ No hay acuerdo en la literatura especializada sobre cuántos compuestos fitocannabinoides contiene la planta. Con todo, debe advertirse que junto con los cannabinoides naturales, la planta encierra otros tipos de compuestos. Puede hablarse de 1400 compuestos que incluyen, junto a 140 fitocannabinoides, terpenos, flavonoides y amidas fenólicas, entre otros (FERNÁNEDEZ RUIZ, J., "Cannabis medicinal y fármacos cannabinoides para el tratamiento de diferentes enfermedades ¿dónde estamos?", en *Farmespaña Industrial*, noviembre/diciembre 2020, pág. 68; RAMOS ATANCE, J. A. y FERNÁNEDEZ RUIZ, J. "Cannabinoides: propiedades químicas y aspectos metabólicos", en *Adicciones* (Monografía cannabis), vol. 12, suplemento2, 2000, págs. 43-44; LÓPEZ, G., BRINDIS, F., NIIZAWA, S. y MARTÍNEZ, R., "Cannabis Sativa L, una planta singular", en Revista mexicana de ciencias farmacéuticas, vol. 45 núm.4, octubre/diciembre 2014 (puede consultarse en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1870-01952014000400004&script=sci_arttext).

psicotrópico en los términos de las Convenciones de NN UU de 1961 y 1971, por lo que ninguno está fiscalizado.

En el CBD sintético se pueden evitar trazas de otros cannabinoides, siendo así un compuesto puro. Por lo contrario, en el CBD, aparecen trazas de otros compuestos, concretamente de THC, si bien se considera que esa presencia por debajo de 0,2% es irrelevante y no permite negar la cualidad de puro al CBD natural.

Tal como ya se ha indicado más arriba, el CBD es un compuesto activo, pero no psicoactivo y no es tóxico, a diferencia del THC que es el responsable de los efectos más característico del uso del cannabis en el ámbito recreativo.

2.2. Relación entre cannabinoides (efecto séquito). Índice de psicoactividad y porcentaje de THC.

La utilización conjunta de THC y CBD provoca que este modere los efectos psicoactivos del primero. Esta realidad se inscribe en una más general, que afecta a todos los componentes de la planta conocida como efecto séquito (en palabras de Raphael Mechoulam que lo describió, “entourage effect”); es la acción sinérgica entre los distintos compuestos de la planta (cannabinoides, terpenos y flavonoides), modulando o aumentando sus efectos.

Esta característica del CBD como neutralizador o modulador de los efectos del THC es de capital importancia por los beneficios que ello presenta en el uso terapéutico.

Pero no es esta la única virtualidad de esa relación sinérgica. Nos referimos a otra consecuencia puesta de manifiesto en el *Manual de NN UU sobre Métodos recomendados para la identificación y el análisis del cannabis y los productos del cannabis (Manual ST/NAR/40)*⁹; para entender dicha consecuencia debemos referirnos a otro cannabinoide de la planta distinto del CBD y del THC. Se trata del cannabinol (CBN) que es producto de la degradación del THC, cuando este se calienta o se expone al oxígeno, por lo que su presencia es elevada en flores viejas u oxidadas, pero muy baja - menos del 1% en flores frescas. El CBN no tiene efectos estupefacientes o psicotrópicos, pero parece ser prometedor por sus posibilidades terapéuticas en sinergia con otros cannabinoides.

En el Manual citado se indica que la interacción del THC con el CBD y el CBN permite calcular el índice de psicoactividad, al que nos hemos referido más arriba. Este índice es un criterio relevante a la

⁹ ONUDD, *Manual de Naciones Unidas sobre Métodos recomendados para la identificación y el análisis del cannabis y los productos del cannabis. Manual para uso de los laboratorios nacionales de estupefacientes (Manual ST/NAR/40)*, NN UU., Viena, 2010, actualizado en 2014, p.21.

hora de afirmar la tipicidad del delito de tráfico de drogas en determinadas conductas, concretamente, las que resultan de interés en este Informe referidas al CBD de planta entera o a las flores no psicoactivas.

Según el Manual referido, si sumada la cantidad de THC y CBN de una muestra y dividiendo la suma por la cantidad de CBD, el resultado es mayor de 1, se considera que estamos ante estupefaciente fiscalizado; si es menor de 1, se estima que estamos ante fibra de cannabis no fiscalizada.

A efectos penales, lo anterior supone que, en muestras sometidas a análisis, cuyo resultado sea inferior a 1 no es posible afirmar la tipicidad de tráfico de drogas porque no hay droga -aun presentes trazas de THC-. Si, por lo contrario, el resultado es superior a 1, podrá afirmarse la tipicidad, pero será necesario, a continuación, considerar si, además de tipicidad y antijuridicidad formal, hay peligro para el bien jurídico y antijuridicidad material. En el último apartado de este Informe analizaremos esta cuestión.

Por otro lado, en este mismo Manual encontramos otras afirmaciones relevantes en la materia objeto de este Informe; así, se informa de la distribución de THC en la planta en el siguiente sentido:

"El contenido de THC varía en función de la parte de la planta de que se trate:

10 a 12% en las flores pistiladas
1 a 2% en las hojas
0,1 a 0,3% en los tallos
< 0,03% en las raíces"

Estos datos son relevantes a la hora de considerar cuál debería ser el porcentaje de THC permitido para considerar que una muestra es de cáñamo lícito. Los porcentajes de 0,1 e inferiores se corresponden con partes de la planta no fiscalizadas raíces y tallos-.

En cuanto a las hojas, no se distingue entre las fiscalizadas -las unidas a las sumidades- o las que caen fuera de la fiscalización, pero en todo caso, si vamos al límite mínimo de la horquilla -de 1% a 2%- , parece que este debe corresponder a las hojas no fiscalizadas (1%), quedando el máximo para las hojas fiscalizadas (2%).

De esta manera, ese 1% de THC aparece como un posible porcentaje correcto para entender que estamos fuera de la fiscalización, porque si se opta por un porcentaje inferior se estarían incluyendo en el régimen de fiscalización todas las hojas, cuando lo cierto es que el art. 1.1.b) de la Convención Única de 1961 dice, literalmente, lo siguiente, como ya se ha visto más arriba: “*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)...*” (el subrayado es mío)

Si las hojas no unidas a las sumidades contienen, como mínimo, un 1% de THC y esas hojas están expresamente excluidas de la fiscalización, entonces debe deducirse que ese 1% de THC debería ser el límite entre la fiscalización y la no fiscalización; se entiende entonces que algunos sistemas hayan optado por el 1%, y no por el 0,2% o 0,3%, a la hora de determinar el porcentaje máximo de THC que puede estar presente en una planta de cáñamo no psicoactiva.

Volviendo al CBD, puede extraerse de la planta *Cannabis Sativa-L* fiscalizada en la Convención de 1961 y que es valiosa y prohibida, a la vez, por contener THC en cantidad económicamente viable; pero también cabe obtener CBD del cáñamo que no está fiscalizado, a pesar de ser una planta de *Cannabis Sativa-L*, quedando expresamente excluido del control internacional por tener un mínimo porcentaje de THC, de manera que resulta inviable económicamente su extracción. Lo mismo ocurre cuando la extracción se hace solo de las flores no psicoactivas.

2.3. La revisión crítica de la OMS sobre el valor medicinal del cannabis.

Analizamos ahora el proceso de revisión que ha sufrido el cannabis en los últimos años en el ámbito de NN UU. Como es sabido, la fiscalización originaria del cannabis en el texto de 1961 incluida la planta y la resina en las Listas I y IV, dando lugar a la máxima fiscalización, equiparable a la de la heroína y superior a la de la morfina, por entenderse que eran sustancias muy adictivas, de probable abuso y especialmente peligrosas o con escasa o nula utilidad médica.

En 2017, la OMS, a través de su Comité de Expertos en Farmacodependencias, inició una pre-revisión sobre el valor medicinal del cannabis, lo que supone el primer estudio científico que se hace en el seno de Naciones Unidas referido al potencial terapéutico de la planta, sus derivados y de los cannabinoides sintéticos, desde que se adoptó la Convención de 1961. En 1954, la OMS se pronunció sobre el cannabis facilitando la clasificación internacional de 1961.

El resultado de esa pre-revisión de 2017 se conoció en junio de 2018, destacándose, en lo que aquí más interesa, que el CBD puro no necesitaba ser fiscalizado. En el Informe de revisión crítica titulado *Cannabidiol (CBD). Critical Review Report*, la OMS afirma, entre otras cosas que el CBD no presenta riesgo de abuso ni potencial de dependencia, que es seguro y se tolera bien, detectándose efectos negativos cuando interactúa con otras sustancias¹⁰.

Por lo que se refiere a la planta del cannabis, su resina, los extractos y las tinturas y al THC y sus isómeros se reconoció que era necesario pasar al estadio de revisión crítica, porque la clasificación

¹⁰ Expert Committee on Drug Dependence, *Cannabidiol (CBD). Critical Review Report*, 40th Meeting, OMS, Ginebra, 4-7 Junio, 2018 (puede consultarse en https://cdn.who.int/media/docs/default-source/controlled-substances/whocbdreportmay2018-2.pdf?sfvrsn=f78db177_2&download=true).

existente no era acorde con la evidencia científica alcanzada sobre sus efectos.

Son varias las razones que la OMS expuso para proceder a esta reconsideración del cannabis y sus derivados en el ámbito medicinal; resumidamente son las siguientes:

- no hay registros de muertes por sobredosis de cannabis;
- se trata de una sustancia relativamente segura;
- existe mucha literatura preclínica que acredita la efectividad del cannabis para reducir la proliferación de células cancerosas;
- hay suficiente evidencia científica sobre la efectividad de tratamientos a base de cannabis en dolor crónico, epilepsia, estimulación del apetito, dolor neuropático, estrés postraumático, trastornos del sueño y dependencia a opiáceos;
- los efectos adversos son posibles, pero leves;
- aunque la dependencia física es posible la clasificación actual es incoherente con los criterios aplicables al resto de las sustancias.

En diciembre de 2018 se deberían haber conocido los resultados de la revisión definitiva y las recomendaciones que se harían a la Comisión de Estupefacientes a celebrar en marzo de 2019. Incomprensiblemente, en la reunión de diciembre de 2018, un representante de la OMS informó de que los resultados referidos al cannabis debían quedar secretos.

Finalmente, en enero de 2019 se conocieron las conclusiones de la OMS:

- 1^a) La planta del cannabis y su resina deberían salir de la Lista IV de la Convención de 1961.

2^a) El dronabinol debía abandonar la Lista II de la Convención de 1971 e incluirse en la Lista I de la Convención de 1961.

3^a) El THC debía salir de la Lista I de la Convención de 1971 e incluirse en la Lista I de la Convención de 1961.

4^a) Los extractos y las tinturas de cannabis debían abandonar la Lista I de la Convención de 1961.

5^a) Los preparados de cannabidiol puro no debían fiscalizarse internacionalmente; tampoco debían fiscalizarse los productos que contienen predominantemente CBD y no más del 0,2% de Delta-9-THC.

Esta última conclusión es relevante, no solo, por la realidad de la que parte -el CBD no está fiscalizado- y por su resultado -el CBD no debe fiscalizarse-, sino también porque equipara el CBD puro, básicamente el sintético, con el CBD “no puro” en el que aparecen trazas de THC, básicamente el CBD natural extraído de la planta. También es relevante en esta conclusión lo que no se dice, pero que podría haberse dicho de haberse querido: el CBD con trazas de THC, hasta el 0,2%, no debe considerarse fiscalizado con independencia de si proviene de la fibra y la semilla o de la planta entera o de la flor. Es claro que la OMS no veta las preparaciones de planta entera o de flor, sino que veta un resultado en función del porcentaje de THC, indicándose, de forma muy conservadora, un 0,2%, lo que, en absoluto impide optar por un porcentaje más alto. Téngase en cuenta lo visto más arriba a propósito del Manual *ST/NAR/40*, que permite deducir como correcto el 1% de THC como límite entre lo que se considera estupefaciente y lo que no debe ser calificado como tal.

La decisión sobre la aceptación o rechazo de estas recomendaciones vistas por parte de la Comisión de Estupefacientes debería haberse producido el 19 de marzo de 2019, durante su 62^º

período de sesiones en Viena. Pero lo cierto es que la Comisión pospuso su decisión por unanimidad. Lo mismo ocurrió en marzo del 2020 en el 63º periodo de sesiones.

Finalmente, el 2 de diciembre de 2020, la Comisión de Estupefacientes acepta la primera de las recomendaciones de la OMS, eliminando la planta y la resina de la Lista IV, rebajándose con ello el régimen de fiscalización que les es aplicable y admitiéndose que es posible el uso medicinal y terapéutico de la planta y de su resina. El resto de las recomendaciones se rechaza, indicándose que la relativa a aclarar que el CBD no está fiscalizado es innecesaria porque, efectivamente, no está fiscalizado.

Esta conclusión supone que el CBD no puede ser objeto material del delito de tráfico de drogas del art. 368 del Código Penal español.

3. Consecuencias en Derecho español de la fiscalización internacional y de la no fiscalización. La Decisión Marco 2004/757/Jai del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico de drogas, modificada por la Directiva 2017/2103 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de noviembre de 2017.

Nos referimos ahora a la normativa europea que nos vincula en materia de tráfico de drogas, concretamente a la Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico de drogas, modificada por Directiva 2017/2103 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de noviembre de 2017.

La Decisión Marco en su redacción original consideraba “drogas” las sustancias contenidas en las Listas de las Convenciones de NN UU de 1961 y 1971; añadiéndose después las sustancias incluidas en un Anexo. Entre 2017 y 2022 el Anexo ha sido ampliado en cinco ocasiones, mediante distintas Directivas Delegadas. Ni el Anexo originario, ni sus ampliaciones incluyen el CBD.

La Decisión Marco vio ampliado su concepto de “drogas” con la Directiva 2017/2103 que añade dos nuevas entradas en sus definiciones:

“nueva sustancia psicoactiva”: una sustancia en forma pura o de preparado que no esté contemplada en la Convención Única de las Naciones Unidas sobre Estupefacientes de 1961, modificada por el Protocolo de 1972, ni en el Convenio de las

Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971, pero que pueda entrañar riesgos para la salud o sociales similares a aquellos que entrañan las sustancias contempladas en dicha Convención y Convenio;

"preparado": mezcla que contenga una o más sustancias psicoactivas nuevas."

La inclusión de una nueva sustancia psicoactiva en el Anexo requiere, conforme al art. 1 bis, una evaluación de la que resulten *"riesgos graves para la salud pública y, en su caso, riesgos sociales graves a escala de la Unión"*.

Se especifican en el art. 1 bis los criterios para apreciar el riesgo:

"la Comisión tendrá en cuenta si el alcance o los patrones de consumo de la nueva sustancia psicoactiva y su disponibilidad y su potencial de difusión en la Unión son significativos y si los daños a la salud causados por el consumo de la nueva sustancia psicoactiva, asociados a su toxicidad aguda o crónica y la propensión al abuso o el riesgo potencial de dependencia, suponen una amenaza para la vida. Los daños para la salud se considerarán una amenaza para la vida si la nueva sustancia psicoactiva es susceptible de causar la muerte o lesiones mortales, enfermedades graves, deficiencias físicas o mentales graves o una propagación importante de enfermedades, incluida la transmisión de virus hemáticos.

Además, la Comisión deberá tener en cuenta si los daños sociales causados por la nueva sustancia psicoactiva a las personas y la sociedad son graves y, en particular, si la incidencia de la nueva sustancia psicoactiva en el funcionamiento de la sociedad y el orden público es tal que da

lugar a alteraciones del orden público o a conductas violentas y antisociales que causen perjuicios al consumidor o a terceros o daños a los bienes; o si las actividades delictivas asociadas a la nueva sustancia psicoactiva, incluida la delincuencia organizada, son sistemáticas, o conlleven beneficios ilícitos significativos o costes económicos significativos”.

A la vista de los referidos criterios, se comprende fácilmente por qué el CBD no está fiscalizado en el Anexo de la Decisión Marco, como no lo está en las Convenciones de 1961 y 1971: no es estupefaciente, ni psicotrópico, ni nueva sustancia psicoactiva.

Lo anterior es de capital importancia para determinar qué sustancias pueden integrar el objeto material en el delito de tráfico de drogas del art. 368: las incluidas en las Listas de las Convenciones de NN UU de 1961 y 1971 o en el Anexo de la Decisión Marco 2004/757/JAI.

Debe señalarse que en el texto original de la Decisión Marco no había un Anexo con sustancias fiscalizadas, dado que se consideraba droga lo que estuviese incluido en las Listas de las Convenciones de NN UU. Tampoco existía un procedimiento para incorporar otras sustancias a las fiscalizadas internacionalmente. Sin embargo, a partir de la reforma sufrida por la Directiva (UE) 2017/2103 se añade el art. 1 bis) que regula el procedimiento de inclusión de las nuevas sustancias psicoactivas y sus preparados, al que ya nos hemos referido. En base a este procedimiento se han introducido en el Anexo de la Decisión Marco los cannabinoides de diseño que también aparecen en la Lista II de la Convención de 1971 enumerados con anterioridad.

Naturalmente, el CBD no aparece en ninguna de las ampliaciones.

Acorde con todo lo anterior, el Tribunal de Justicia de la UE en Sentencia de 19 de noviembre de 2020 (asunto C-663/18), al

referirse a cigarrillos electrónicos de CBD extraído de planta entera, es decir, utilizando también la flor, ha establecido las siguientes conclusiones, algunas ya anunciadas más arriba:

1^a) El CBD natural obtenido de planta entera no tiene efectos psicotrópicos y no es nocivo para la salud humana, por lo que no debe considerarse un “extracto de cannabis” ni un estupefaciente conforme a la Convención Única de NN UU de 1961. Se parte de CBD natural de planta entera con cantidad mínima de THC que lo hace inocuo para la salud, tal como se deduce del actual conocimiento científico en la materia.

El problema surgía porque el CBD cuestionado no procedía solo de las fibras y de las semillas, sino de la planta entera, aun con una presencia de THC del 0,2% lo que apuntaba a su prohibición. Pero este razonamiento se opone a que la referida prohibición no se extiende al CBD sintético, con iguales características y efectos, recogiéndose la afirmación del Abogado General actuante en el asunto de que “es muy complicado desde el punto de vista técnico e inviable desde el punto de vista económico producir CBD a partir de las fibras y las semillas del cáñamo” (Conclusiones del Abogado General Sr. Evgeni Tanchev, Asunto C-668/18, 14 mayo 2020).

Entiende el Tribunal que el “CBD presente en la planta *Cannabis sativa* en su totalidad no puede considerarse un producto agrario”.

2^a) La libre circulación de mercancías es un principio básico en el Tratado de Funcionamiento de la UE que prohíbe las restricciones cuantitativas a la importación y a la exportación y cualquier otra medida de efecto equivalente. En el caso origen de la cuestión prejudicial se trataba de cigarrillos que contenían CBD procedente de plantas enteras cultivadas legalmente en República Checa y se cuestionaba si su prohibición en Francia y, en consecuencia, la

consideración de su comercio como delito de tráfico de drogas, resulta contraria a los arts. 34 y 36 del Tratado.

3ª) Se concluye que "...la prohibición de comercializar CBD legalmente producido en otro Estado miembro, cuando se extrae de la planta *Cannabis sativa* en su totalidad, y no solo de sus fibras y semillas, constituye una medida de efecto equivalente a restricciones cuantitativas", lo que es contrario a la libertad de circulación de mercancías entre Estados miembros, de donde se deriva la incompatibilidad de dicha prohibición con el Tratado de Funcionamiento.

4. Antijuridicidad material, bien jurídico y objeto material del delito de tráfico de drogas del art. 368 del Código Penal. La flor no psicoactiva no integra el objeto material y su producción y comercio no lesiona y no pone en peligro al bien jurídico salud pública.

En las páginas anteriores se ha afirmado repetidamente que las flores no psicoactivas de cannabis y el CBD, aun extraído de planta entera, no pueden constituir el objeto material del delito de tráfico de drogas del art. 368 del Código Penal, ni tienen capacidad para poner en peligro el bien jurídico protegido en este delito. Para llegar a esta conclusión y decidir en caso límite entre lo atípico y lo típico es útil acudir a la fórmula enunciada por el *Manual ST/NAR/40*, ya citado, para calcular el índice de psicoactividad: sumada la cantidad de THC y CBN de una muestra y dividiendo la suma por la cantidad de CBD, si el resultado es mayor de 1, se considera que estamos ante estupefaciente fiscalizado; si es menor de 1, se estima que estamos ante fibra de cannabis no fiscalizada.

Solo cuando nos situemos por encima de 1 podremos plantearnos la tipicidad, pero no afirmarla, sin más, porque a partir de esa cantidad deberemos someter la conducta a diversos criterios que nos permitan o no afirmar la tipicidad, pudiendo ocurrir que, aun por encima de esa cifra -1- pueda descartarse la antijuridicidad material.

En este sentido, no debe confundirse el índice de psicoactividad, con los criterios a los que acude la doctrina y la jurisprudencia a la hora de interpretar el delito de tráfico de drogas. Concretamente, me refiero al principio de insignificancia y a la dosis mínima psicoactiva.

Primero opera el índice de psicoactividad que nos dice si hay o no “droga” y, con ello, tipicidad y, caso de que se concluya que hay materia psicoactiva, que hay “droga”, entonces deberemos acudir al principio de insignificancia y a la dosis mínima psicoactiva, que nos dirán si esa “droga” lo es en cantidad insignificante o se sitúa por debajo de la cantidad retenida como dosis mínima psicoactiva. Si la conclusión fuese positiva -cantidad insignificante o inferior al mínimo psicoactivo-, entonces, la antijuridicidad formal no se ve acompañada de la material y no es posible afirmar peligro para el bien jurídico, por lo que se concluirá la atipicidad de la conducta.

Lo anterior se afirma sin cuestionar el manejo que hace el Tribunal Supremo del concepto de “dosis mínima psicoactiva”, pero debe señalarse que tal manejo es incorrecto, si se entiende que el límite entre la tipicidad y la atipicidad no puede situarse en la cantidad que constituye “la dosis mínima psicoactiva”, sino en una superior que permita afirmar el peligro para el bien jurídico. Esta cantidad límite podría situarse en la dosis de consumo media (dosis media activa y no dosis mínima psicoactiva), que se corresponden con la dosis de abuso habitual una vez reducida ésta a pureza¹¹.

En definitiva, un índice de psicoactividad inferior a 1, nos lleva a negar la tipicidad, la antijuridicidad formal y el objeto material -no hay droga-.

Una cantidad insignificante de droga o por debajo del mínimo psicoactivo -en la tesis del Tribunal Supremo que aquí se considera incorrecta-, nos permite negar la antijuridicidad material y el peligro al bien jurídico.

¹¹ Así lo he sostenido en diversas publicaciones, entre otras, 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 Derecho Penal y Ciencias Penales*, VOL. LVI. 2003, pp. 45-112 y “Tipicidad “mínima” en el delito del artículo 368 CP. Cantidad de droga y atenuación. Crónica de una reforma anunciada”, en *La Ley*, 27 de diciembre de 2006.

Teniendo en cuenta lo hasta aquí visto, procede analizar alguna de las afirmaciones que se contienen en la Nota informativa sobre el cultivo de cáñamo de la Dirección General de Producciones y Mercados Agrarios del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación¹², ya mencionada. El documento en cuestión acota su propio valor al afirmar lo siguiente:

"El presente documento carece por completo de naturaleza normativa y constituye únicamente un instrumento de trabajo para facilitar el mejor conocimiento de la normativa aplicable a la materia considerada. En ningún caso es hábil para constituir el fundamento jurídico de actuaciones y resoluciones administrativas que pudieren afectar, en cualquier sentido, a los derechos, intereses y posiciones jurídicas de las partes implicadas; trátese de interesados o de Administraciones Públicas".

Parece evidente que, si la Nota no puede fundamentar una actuación administrativa, lo mismo puede decirse y con mayor razón, respecto de una resolución penal.

Con todo, pasamos a examinar la tesis sostenida en la materia que importa en este Informe.

Se dice, en base a una interpretación parcial de la Convención Única y de la Ley de 1967 -que aquí se ha rechazado- que los únicos cultivos que no requieren autorización de la Agencia Española del Medicamento son los de "plantas de cannabis destinados a fines industriales (exclusivamente destinados a la obtención de fibra, grano y/o semilla)". Más arriba hemos visto que la Ley de 1967 no limita la consideración de "industrial" a la obtención de fibra, grano o semilla,

¹² Puede consultarse en

https://www.mapa.gob.es/es/agricultura/temas/producciones-agricolas/notainformativasobreelcultivodecanamo_tcm30-560351.pdf.

por lo que la restricción que se pretende en esta Nota carece de base legal. Además, como ya se ha señalado en relación con el art. 28.2 de la Convención de 1961, la interpretación oficial de NN UU admite cualquier cultivo industrial y no solo los destinados a obtener fibra o semilla. La tesis de la Nota tampoco puede ampararse en el texto convencional.

Resulta incorrecta la afirmación -en parte anunciada al hablar de los extractos de cannabis más arriba- contenida en la nota 5 del documento analizado:

“ El Cannabidiol (CBD) obtenido por síntesis química no se encuentra actualmente sometido a fiscalización internacional ni nacional como estupefaciente ni como psicótropo. Sin embargo, el CBD obtenido como extracto o tintura de cannabis, según la definición de la CU, independientemente de su contenido en THC, se encuentra incluido en la lista I de la CU de 1961 sobre estupefacientes, y regulado en nuestro ordenamiento interno por la Ley 17/1967, y por tanto su consumo con fines no médicos contraviene los tratados de fiscalización internacional de droga, así como la normativa nacional aplicable en la materia”.

Como se ha razonado ampliamente, no es cierto que el CBD esté fiscalizado en la Lista I de la Convención y que pueda considerarse extracto o tintura, sea cual sea el porcentaje de THC. Se olvida en esta Nota el concepto de índice de psicoactividad. Y se incurre en el error de afirmar que algo es estupefaciente aunque no contenga estupefaciente, dada la indiferencia afirmada respecto del THC.

Finalmente, tampoco es posible afirmar lo siguiente

"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)".

Como se ha analizado en estas páginas, la flor no psicoactiva no está sujeta a fiscalización.

En definitiva, las afirmaciones contenidas en la Nota Informativa a propósito del CBD natural y del cogollo no psicoactivo son erróneas y no tienen en cuenta la correcta interpretación de la Convención -la avalada por el TJUE- y de la Ley española de 1967.

Lo mismo puede decirse de la Instrucción de 9 de junio de 2021 del Fiscal Jefe de la Fiscalía especial antidroga sobre tratamiento de plantaciones de cannabis para uso industrial, en la que se sostiene que, a efectos penales, es indiferente el porcentaje de THC, debiendo considerarse que en los casos de plantones sin principio activo la calificación es de tentativa. En la misma línea equivocada, la Sentencia del Tribunal Supremo 306/22, 25 de marzo, concluye que "*La riqueza de THC de cada planta, al ser un elemento natural dependiente del tipo, semilla, clima, terreno y demás circunstancias concretas, es indiferente a los efectos de su consideración como droga*". Lo anterior lleva al absurdo de considerar que es estupefaciente lo que no lo es y de que cualquier cálculo del índice de psicoactividad es inútil. Con este proceder se desconoce la necesidad de afirmar la antijuridicidad material y la puesta en peligro del bien jurídico y de identificar un objeto material que encaje en el concepto de droga tóxica estupefaciente o psicotrópica que el art. 368 del Código Penal exige expresamente como elemento del tipo.

CONCLUSIONES

1ª) La Convención Única de 1961 diferencia claramente entre plantas de *Cannabis Sativa-L* fiscalizadas por su capacidad estupefaciente -lo que se debe a su contenido en THC- y otras plantas de *Cannabis Sativa-L* que carecen de dicho efecto -al presentar cantidades irrelevantes de THC-.

2ª) Sin fiscalización internacional o regional de la UE no hay delito del art. 368 del Código Penal español.

3ª) Una flor de cannabis sin principio psicoactivo no es estupefaciente para la Convención, ya sea porque, originariamente, hay principio psicoactivo en la flor, pero se extrae posteriormente (art. 1.1.1), o porque no hay compuesto psicoactivo desde el principio (art. 28.2). Esto último es lo que ocurre con las flores no psicoactivas.

4ª) No se pueden clasificar como estupefacientes en las Listas de la Convención Única las sustancias que no se prestan a uso indebido, que no son nocivas -en los términos de las contenidas en las Listas I y II-, que no puede transformarse en otras equiparables a los estupefacientes de las Listas I y II o que tengan ventajas terapéuticas, sin presentar los inconvenientes referidos.

5ª) No se pueden clasificar como psicotrópicos en las Listas del Convenio de 1971 las sustancias que no producen dependencia, estimulación o depresión del sistema nervioso central, sin uso indebido que provoque un problema social o sanitario, sin efectos nocivos y con ventajas terapéuticas no acompañadas de las consecuencias negativas definidas.

6ª) Tratándose de la planta *cannabis sativa-L*, no son objeto de fiscalización las hojas no unidas a las sumidades, el tallo, las semillas, las sumidades floridas de las que se ha extraído la resina o aquellas que, originariamente, carecen de principio psicoactivo.

7ª) El art. 2.9 de la Convención Única no se refiere a flores de cannabis no psicoactivas y no estupefacientes, sino a estupefacientes que pueden ser desnaturalizados para usos industriales, eludiendo con ello la aplicación de las medidas fiscalizadoras. La desnaturalización o la utilización de otro procedimiento deben impedir los efectos nocivos y la recuperabilidad práctica del estupefaciente.

8ª) Ni el continente –flor no psicoactiva- ni el contenido –CBD– son objeto de fiscalización internacional.

9ª) Los extractos y tinturas de cannabis están fiscalizados como estupefacientes en la Lista I y no están incluidos en los “preparados” de la Lista III, es decir, no están en el régimen suave de las sustancias de la Lista III que la Convención no considera estupefacientes.

10ª) Un preparado de CBD no es un extracto fiscalizado; afirmar lo contrario supone desconocer que el CBD no está fiscalizado, por lo que sus derivados tampoco pueden someterse al control convencional. Incurre en error la opinión que sostiene que “el CBD obtenido como extracto o tintura de cannabis, según la definición de la CU, independientemente de su contenido en THC, se encuentra incluido en la lista I de la CU de 1961 sobre estupefacientes...”.

11^{a)} La expresión “*toda planta del género cannabis*” del art. 1.1.c) de la Convención Única significa que:

- 1º) se fiscaliza cualquier planta del género cannabis, pero no todas las partes de la planta, ya que algunas están expresamente excluidas de la fiscalización (hojas no unidas a las sumidades y semillas) y otras, deben entenderse excluidas al no formar parte de la definición de cannabis (tallos y raíces).
- 2º) la mención a “*toda planta*” debe restringirse a las que contienen estupefaciente en cantidad relevante, quedando excluidas las plantas no psicoactivas, incluidas sus flores.

12^{a)} La expresión “*toda planta del género cannabis*” (art. 1.1 c) debe ser interpretada sistemáticamente a la luz de otras disposiciones de la Convención, concretamente, a la luz del art. 28 y del art. 2.9, sin olvidar que la propia definición de “*cannabis*” del art. 1.1 b). La interpretación sistemática, se ve acompañada por una que atiende al contexto conforme al art. 1.1 parte introductoria.

13^{a)} La correcta interpretación del art. 28.2 de la Convención de 1961 indica que el único cultivo fiscalizado es que busca obtener estupefaciente y que cualquier finalidad industrial, además de las que se encaminan a la fibra y a la semilla, queda exenta de fiscalización. A esta conclusión se llega también haciendo interpretación literal del artículo noveno de la Ley de 1967.

14^{a)} Los preceptos de las Convenciones deben interpretarse conforme a todos los métodos de interpretación que señala el Código Civil: literal, sistemático, teleológico, y a la vista del contexto social en el que deben aplicarse.

15^a) La flor no psicoactiva no es “cannabis” en el sentido de la Convención. El CBD extraído de planta entera no es un “extracto” de cannabis o un “estupefaciente” en el sentido de la Convención.

16^a) En la Lista I de la Convención de 1961, y en lo que al cannabis se refiere, se fiscaliza, exactamente, lo siguiente: “*Cannabis y su resina y los extractos y tinturas de cannabis*”, añadiéndose, bajo ciertas condiciones y con carácter general, los isómeros, los ésteres, los éteres y las sales de los estupefacientes, de los ésteres, éteres e isómeros. El CBD no es un isómero, ni un éster, ni un éter, ni una sal del cannabis o de su resina, ni de sus extractos o tinturas.

17^a) La Lista I del Convenio sobre sustancia sicotrópicas de 1971 incluye el Δ⁹ THC –tetrahidrocannabinol- junto con algunos de sus isómeros (moléculas con la misma fórmula molecular, pero distinta estructura) y sus variantes estereoquímicas. En la Lista II se fiscaliza el dronabinol o DBD [(-)-trans-delta-9-tetrahidrocannabinol]. También aparecen en esta Lista, por recientes incorporación, algunos cannabinoides sintéticos.

El CBD no está incluido en ninguna de las Listas de 1971, ni en sus ampliaciones, por lo que no es un psicotrópico.

18^a) El CBD es un compuesto activo, pero no psicoactivo. Tampoco es tóxico y no “estupefaciente” o “psicotrópico” conforme a las Convenciones.

19^a) El CBD natural, proveniente de la planta, tiene un imitador de síntesis, el 8,9-dihidrocannabidiol (H2CBD) que tampoco está fiscalizado.

20^a) El efecto séquito entre distintos componentes de la planta -acción sinérgica que modula o aumenta los efectos de algún

compuesto- es muy relevante en el uso terapéutico, pero también a la hora de considerar la calificación jurídica de la planta o sus partes. La interacción del THC con el CBD y el CBN -cannabinol- permite calcular el índice de psicoactividad, en base al que se establece la frontera entre un estupefaciente fiscalizado y la fibra no fiscalizada, todo ello conforme a un Manual de NN UU. El mismo texto ofrece un argumento valioso para apoyar que un contenido de THC del 1% podría ser acertado para distinguir entre lo fiscalizado y lo exento de fiscalización.

21^a) La OMS ha reconocido el valor medicinal del cannabis tras una revisión crítica al respecto y la emisión de varias recomendaciones que adecuan la comprensión del cannabis a los conocimientos científicos y a la realidad empírica. Se reconfirma que el CBD no está fiscalizado y que no debería estarlo en el futuro.

22^a) La Comisión de Estupefácientes solo acepta una de las recomendaciones: eliminar la planta y su resina de la Lista IV de la Convención de 1961. El resto de las recomendaciones se rechazan de forma incomprensible.

23^a) En el ámbito de la UE, debe considerarse la Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, modificada por Directiva 2017/2103 del Parlamento y del Consejo de 15 de noviembre de 2017, a los efectos de determinar si la flor no psicoactiva o el CBD extraído de planta entera son "*droga*", "*nueva sustancia psicoactiva*" o "*preparado*", a los efectos de integrar el objeto material del delito de tráfico de drogas. La respuesta es negativa.

24^a) La Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 19 de noviembre de 2020 -asunto C-663/18-, afirma que el CBD

proveniente de planta entera no es “cannabis”, ni “extracto de cannabis”, ni “estupefaciente” y que la restricción a su comercio en la UE es contraria a la libertad de circulación de mercancías. Consecuencia de lo anterior es que el CBD de planta entera no puede dar lugar a un delito de tráfico de drogas.

25^{a)} La flor no psicoactiva no integra el objeto material del delito de tráfico de drogas, su comercio o manejo no pone en peligro el bien jurídico salud pública y, en consecuencia, no puede afirmarse la antijuridicidad material de la conducta.

26^{a)} El índice de psicoactividad proporcionado por *Manual ST/NAR/40* de NN UU es un instrumento útil para determinar el límite entre la conducta típica y la atípica. Decidida la tipicidad de la conducta, no por ello puede afirmarse el peligro para el bien jurídico y la antijuridicidad material.

27^{a)} No debe confundirse el índice de psicoactividad, con al principio de insignificancia y con la dosis mínima psicoactiva.

28^{o)} Un índice de psicoactividad inferior a 1, nos lleva a negar la tipicidad, la antijuridicidad formal y el objeto material -no hay droga-. Una cantidad insignificante de droga o por debajo del mínimo psicoactivo -en la tesis del Tribunal Supremo que aquí se considera incorrecta-, nos permite negar la antijuridicidad material y el peligro al bien jurídico.

29^{a)} En la praxis española se observan ejemplos de incorrecta interpretación de la Convención Única que llegan a afirmar que lo que no es estupefaciente debe tratarse como estupefaciente o que el contenido de THC de una muestra es indiferente. Cualquier

pretensión de construir un delito de tráfico de drogas en base a estos postulados debe ser rechazada.

Este es mi Informe que someto a cualquier otro mejor fundado en Derecho

Madrid, a fecha de firma digital