

La comercialización y consumo de flores de cáñamo en España: Marco legal.

CASA
PARAULA
LEGAL
HOUSE

La comercialización y consumo de flores de cáñamo en España: Marco legal.

**CASA
PARAULA**
LEGAL
HOUSE

La comercialización y consumo de flores de cáñamo en España: Marco legal.

- 1. Estupefacientes y drogadicción: Objeto y fines de los tratados internacionales de fiscalización de estupefacientes.**
- 2. Fiscalización de las flores de cannabis en la Convención Única de 1961 y la Ley 17/1967 de estupefacientes: La psicoactividad de la resina determina el carácter estupefaciente.**
- 3. Las flores de cáñamo industrial fuera del ámbito de la Fiscalización del cannabis.**
- 4. Concentración máxima de THC en las flores de cáñamo industrial.**
- 5. Cáñamo y Legislación de Hierbas para fumar.**

1. Estupefacientes y drogadicción: Objeto y fines de los tratados internacionales de fiscalización de estupefacientes.

No existe una regulación nacional que en la actualidad limite o prohíba las partes o los derivados de la planta del cáñamo que no están expresamente contemplados, definidos y fiscalizados en la Convención Única de Estupefacientes de 1961, la posterior ley 17/1967 de estupefacientes, y los Convenios de Viena de 1971 y 1988 de la ONU.

Para determinar el alcance de la fiscalización de los Tratados es preciso atender a los fines y objetivos expresados en el Preámbulo¹ de la Convención Única de estupefacientes: *La protección de la salud física y moral de la humanidad mediante la prevención del grave daño que constituye la toxicomanía*. No constituye objeto de represión internacional la planta del cáñamo como tal, sus partes sin capacidad psicoactiva y todo aquel uso que no sea su consumo como droga susceptible de producir el grave daño a la salud asociado a la toxicomanía.

La prevención de peligros o daños leves queda fuera del ámbito de los Convenios de fiscalización de drogas tóxicas. También quedan fuera de la acción del código penal que tiene un carácter extraordinariamente represivo estrictamente reservado a sustancias y actividades que comporten un importante riesgo para el bien jurídico protegido, en este caso, la salud. Conductas que meramente afectan a la esfera de ordenación administrativa, licencias o relativas a sustancias que carecen del grave potencial lesivo asociado a la toxicomanía no pueden ser objeto de una reacción punitiva de igual intensidad a la que el código penal y los tratados internacionales reservan al tráfico ilícito de drogas tóxicas. La entidad de las sanciones de privación de libertad por largos periodos de tiempo previstas para los denominados delitos “contra la salud pública” resultan equiparables a las de delitos como homicidio o la agresión sexual, por lo que únicamente resultan admisibles para la prevención de conductas verdaderamente dañinas.

¹ PREÁMBULO

Las partes, Preocupadas por la salud física y moral de la humanidad, Reconociendo que el uso médico de los estupefacientes continuará siendo indispensable para mitigar el dolor y que deben adoptarse las medidas necesarias para garantizar la disponibilidad de estupefacientes con tal fin, Reconociendo que la toxicomanía constituye un mal grave para el individuo y entraña un peligro social y económico para la humanidad, Conscientes de su obligación de prevenir y combatir ese mal, Considerando que para ser eficaces las medidas contra el uso indebido de estupefacientes se hace necesaria una acción concertada y universal, Estimando que esa acción universal exige una cooperación internacional orientada por principios idénticos y objetivos comunes, Reconociendo que las Naciones Unidas tienen competencia en materia de fiscalización de estupefacientes y deseando que los órganos internacionales competentes pertenezcan a esa Organización (...)

El estudio científico sobre la planta del cáñamo y sus derivados ha descubierto la presencia de numerosas sustancias propias y exclusivas de la planta del cáñamo. Entre éstas se encuentra el Delta 9 Tetrahidrocannabinol, la sustancia responsable de los efectos narcóticos o psicoactivos que se presenta con especial intensidad en la resina de las flores, y está incluida en la lista II del Convenio de Viena de 1971². Con posterioridad a la implantación del marco de fiscalización internacional se han desarrollado múltiples variedades de Cannabis Sativa L. que carecen de potencial psicoactivo significativo y por su valor e interés agronómico han sido incluidas en el catálogo comercial de variedades comerciales de la Unión Europea. Se trata de las variedades conocidas como cáñamo industrial o cáñamo, para distinguirlo del cannabis psicoactivo o Marihuana.

² Convenio de Viena de 1971: Sustancias de la Lista II: DRONABINOL/ (-)-trans--9-tetra- hidro- cannabinol/ 6aR, 10aR)-6a,7,8, 10a-tetrahidro 6,6,9-trimetil-3-pentil-6H- dibenzo[b,d] pirano- 1-ol

2. Fiscalización de las flores de cannabis en la Convención Única de 1961 y la Ley 17/1967 de estupefacientes: La psicoactividad de la resina determina el carácter estupefaciente.

La fiscalización de la planta cannabis está centrada en su resina con efecto psicoactivo y no en la flor como forma o parte de la planta. La forma carece de toda relevancia en las definiciones de "cannabis" que la Convención de 1961 ofrece. El convenio restringe la producción y comercio de las partes de la planta con potencial tóxico-psicoactivo relevante, pero respetando y permitiendo expresamente el cultivo de la planta de cannabis para cualquier finalidad distinta de la producción y distribución de droga estupefaciente.

Así, el artículo 1.b de la Convención -definiciones³-, establece que debe ser considerado cannabis estupefaciente (en su terminología legal) **aquellas flores de la planta cannabis a las que no se haya extraído la resina**. Las flores a las que se ha extraído la resina no son sustancia estupefaciente sujeta a fiscalización pues carecen del potencial psicoactivo-tóxico. El elemento determinante en la fiscalización del cánnabis es el potencial psicoactivo y no su forma de inflorescencia. Esa salvedad expresa de la Convención tiene precisamente por finalidad exclusiva salvaguardar el comercio de flores de cannabis no psicoactivas. El objeto de la fiscalización del cannabis es en realidad la resina psicoactiva rica en THC y ninguna otra parte o uso de la planta.

³ Convención Única de Estupefacientes de 1961, artículo 1. b) Por "cannabis" se entiende las sumidades, floridas o con fruto, de la planta de la cannabis (a excepción de las semillas y las hojas no unidas a las sumidades) de las cuales no se ha extraído la resina, cualquiera que sea el nombre con que se las designe.

3. Las flores de cáñamo industrial fuera del ámbito de la Fiscalización del cannabis.

Una vez se ha comprobado que las flores a las que se les ha extraído el principio activo estupefaciente están expresamente excluidas del ámbito de fiscalización del cannabis, deben considerarse también excluidas todas aquellas que nunca lo han contenido. Se trata de aquellas variedades de cáñamo industrial que por selección genética presentan concentraciones ínfimas de THC –aproximadamente entre el 0,2% y el 0,3%.

En el caso de estas variedades se trataría de una extracción genética y no mecánica o química, y aumenta la seguridad del producto, puesto que el principio tóxico ni siquiera llega a producirse en la planta. Se evitan también las desviaciones de resina toxica producto de la extracción.

Las flores de cáñamo que no contienen resina psicoactiva -comúnmente llamadas flores de CBD- no son sustancias fiscalizadas y deben quedar, al menos en España fuera del alcance del derecho penal, exclusivamente destinado a la represión del tráfico de sustancias expresamente fiscalizadas en los tratados por su concreto potencial lesivo. Esos tratados internacionales deben ser interpretados conforme a su finalidad –la prevención de la drogodependencia- y al contexto científico actual. En palabras del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea: *un tratado internacional ha de interpretarse en función de los términos en que está redactado, así como a la luz de sus objetivos*⁴.

⁴ Sentencia Sala IV del TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA de 19 de noviembre de 2020 (asunto C-663/18). Fundamento Jurídico 66.- *Por lo que se refiere a la interpretación de un convenio internacional, como la Convención Única, procede recordar que, según una jurisprudencia reiterada, un tratado internacional ha de interpretarse en función de los términos en que está redactado, así como a la luz de sus objetivos.*

Los artículos 31 del Convenio de Viena, de 23 de mayo de 1969, sobre el Derecho de los Tratados (Recopilación de Tratados de las Naciones Unidas, vol. 1155, p. 443), y del Convenio de Viena, de 21 de marzo de 1986, sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, vol. II, p. 95), que expresan el Derecho internacional general consuetudinario en este sentido, establecen, a este respecto, que un tratado debe interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en su contexto y teniendo en cuenta el objeto y fin de este (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de enero de 2006, IATA y ELFAA, C-344/04, EU:C:2006:10, apartado 40).

No cabe la extrapolación, flexibilización o desviación de los términos y finalidades de la legislación de represión de drogas, o su aplicación analógica o subsidiaria a sustancias sin potencial lesivo, pues además de desvirtuar sus propios términos y finalidades se quebraría el principio de proporción entre delito y pena que inspira todo sistema de justicia y garantiza el artículo 49 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales⁵. Aplicar las normas de represión que fiscalizan el cannabis psicoactivo por su capacidad de generar toxicomanía a sustancias que no poseen esta capacidad como el cáñamo industrial comporta la inmediata quiebra del principio de proporcionalidad que garantiza también el artículo 49 de la Carta Europea de los Derechos Humanos. La represión penal que resulta proporcionada al riesgo de sustancias aptas para generar toxicomanía es totalmente exagerada para sancionar conductas relativas a sustancias que no poseen esa calidad tóxica.

Que la concentración de THC es la responsable de la psicoactividad de la droga cannabis y su potencial adictivo es actualmente un hecho notorio; también lo es que las concentraciones de este principio activo suelen superar el 10%, y en todo caso superan el 0,8%.

Por consiguiente, las flores de cannabis sin concentración de resina/principio activo estupefaciente apta para provocar drogadicción deben quedar fuera del ámbito de aplicación de la ley 17/1967, del código penal y el de la Ley de Seguridad Ciudadana.

⁵ Carta Europea de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, artículo 49: *Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o el Derecho internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. Si, con posterioridad a esta infracción, la ley dispone una pena más leve, deberá ser aplicada ésta. 2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o una omisión que, en el momento de su comisión, fuera constitutiva de delito según los principios generales reconocidos por el conjunto de las naciones. 3. La intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción.*

4. Concentración máxima de THC en flores de cáñamo industrial.

La Convención Única de estupefacientes de 1961 descarta la fiscalización de diversas partes de la planta que presentan concentraciones bajas o moderadas de resina con THC como son las hojas⁶. Únicamente son consideradas como sustancia estupefaciente aquellas hojas adheridas a la sumidad florida, y que presentan por tanto una especial riqueza en principio activo estupefaciente.

Existe una importante demanda actual de flores y derivados del cáñamo destinada a un consumo sin efecto de droga tóxica ni estupefaciente. Esta demanda ha trascendido de los límites de lo excepcional o del nicho de mercado a suscitar un interés del público general. El consumidor de flores y derivados del cáñamo no psicoactivo –comúnmente llamado de “flores de CBD”- no busca, sino que evita la ebriedad que procura el principio activo estupefaciente THC.

La responsabilidad de los poderes públicos ha llevado a diversos países a establecer niveles máximos de concentración de THC en los productos del cáñamo industrial:

En Suiza se permite la venta y consumo de cannabis con una concentración inferior al 1% de THC. La ley 42/2016⁷ de la república de Italia establecía un máximo del 0,6% en el cultivo de cáñamo industrial; en la república Checa el parlamento aprobó en junio de 2021 un aumento de porcentaje permitido en el cáñamo al 1%.

Sin embargo, en España el poder legislativo no ha elaborado aún ninguna norma que establezca niveles máximos o mínimos admisibles para los flores y derivados del cáñamo. Consumidores, productores, comerciantes y autoridades carecen de los criterios objetivos necesarios que ofrezcan seguridad jurídica, sanitaria y eficaz.

⁶ Comentarios a la Convención Única de la Secretaria General de Naciones Unidas (1988) *Las hojas de la planta cannabis, cuando no estén unidas a las sumidades de la planta, no son cannabis, y al no estar enumeradas en la lista I y la lista II no son estupefaciente en el sentido de la Convención Única.*

⁷ *Qualora all'esito del controllo il contenuto complessivo di THC della coltivazione risulti superiore allo 0,2 per cento ed entro il limite dello 0,6 per cento, nessuna responsabilita' e' posta a carico dell'agricoltore che ha rispettato le prescrizioni di cui alla presente legge.*

Esta falta de previsión legal ha venido siendo suplida en muchas ocasiones por una aplicación analógica de los límites máximos de concentración de THC admisibles para la obtención de subvenciones de la Unión Europea. Esta técnica resulta lógica y jurídicamente incorrecta. De la inaptitud de un producto para ser subvencionado no puede lógicamente inferirse su ilegalidad o carácter estupefaciente; la extensión analógica de los límites de la subvención administrativa al ámbito del derecho penal sancionador vulnera el artículo 25 de la Constitución Española⁸.

Puede por tanto considerarse que una concentración inferior al 0,3 % -límite actualmente establecido para el acceso del cáñamo industrial a las subvenciones de la UE-⁹ descartaría su carácter de droga/estupefaciente. Pero que, sin embargo, una presencia superior tampoco convertiría automáticamente la sustancia en droga.

Por el contrario, una concentración superior al 0,3% no supondría un automático carácter estupefaciente de la sustancia, pues ninguna norma positiva establece ese umbral “es lege”; y porque además la historia científica y jurídica lo desmienten. Esta falta de previsión legal obliga al poder administrativo y judicial a análisis del caso concreto sin perder de vista antecedentes y derecho comparado, pues estudio de la cuestión no resulta tan novedoso como pudiera parecer, y merece la pena atender a fuentes valiosas tales como la Circular 1/1984 de la Fiscalía General del Estado para la interpretación del antiguo artículo 344 del código penal que ya indicaba que la concentración de THC de la griffa –el producto menos tóxico del cannabis- oscilaba entre el 1 y el 4%.¹⁰

⁸ El artículo 25.1 de la Constitución declara que «*nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento*»

⁹ Reglamento (UE) 2021/2115 del Parlamento Europeo y del Consejo, artículo 4.

¹⁰ El principio alucinógeno (THC) es muy variable en las sustancias indicadas; mayor en el hachís y en el aceite de hachís que en la griffa: como esta última tiene una menor proporción de THC, en cantidades semejantes será mucho menos tóxica, por lo que se precisará una dosis muy superior para obtener efectos análogos al hachís y al aceite de hachís. Reducidos a números, aproximadamente la concentración de THC es la siguiente: la griffa tiene un contenido de tetrahidrocannabinol que oscila entre el 1 y el 4%; el hachís, entre el 5 y el 12 por 100 de THC: el aceite de hachís (verde oscuro) se sitúa en cifra superior al 25 por 100, alcanzando en ocasiones (aceite rojo) la proporción del 65 por 100.

La Sentencia 3902 del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2011, señalaba como concentración propia de a griffa del 0,8% al 4 % de THC.¹¹ Es de imaginar que tanto la Circular de la Fiscalía General del estado como la Sentencia del Tribunal Supremo tuvieron informes científicos que avalasen el umbral del 0,8% y 1 %, que parecen acertados por cuanto coinciden con el 1% señalado en la reciente legislación Suiza y de Checa, y resultan cercanos al actual 0,6% de Italia.

Considerando también que la concentración de THC en las plantas varía en función de variables climáticas, sustratos y la propia inestabilidad genética, de concluirse que considerar como droga flores con una concentración igual o inferior al 0,8%, y su consumo o comercio ilícito iría contra los derechos fundamentales de los afectados y se desviaría de los fines y previsiones de la Convenciones de Estupefacientes y la legislación penal.

¹¹ Por ello, solo en supuestos excepcionales de cantidades superiores, al límite de los 2,5 kgs., el dato de la concentración del principio activo podría ser penalmente relevante, pues si resultase inferior a la concentración propia del hachís (4 a 8%) y similar a la griffa o marihuana (0,8 a 4%) la cantidad necesaria para la aplicación del subtipo agravado sería la establecida para esta última sustancia.

5. Cáñamo y Legislación de Hierbas para fumar

La normativa de la Unión Europea permite el consumo de tabaco y de hierbas para fumar. El Real Decreto 579/2017 incorpora la normativa comunitaria y define como «Producto a base de hierbas para fumar»¹²: producto a base de plantas, hierbas o frutas que no contiene tabaco y se puede consumir mediante un proceso de combustión. El reglamento permite la comercialización de estos productos, previa comunicación, con la obligación de advertir que el producto es nocivo para la salud¹³.

Nuestro ordenamiento no garantiza ni impone una protección a la salud absoluta, dado que permite el consumo y comercio de productos nocivos, y permite el comercio y consumo por combustión de hierbas para fumar que son nocivas para la salud. La ley no prevé ni contiene un listado de hierbas aptas, sino que admite el comercio de todas aquellas que no estén específicamente prohibidas.

El consumo de flores de cáñamo industrial mediante combustión tiene los efectos nocivos del consumo de cualquier otra hierba mediante este método, sin que conste científicamente acreditado la existencia de un plus de peligrosidad o nocividad.

En consecuencia, toda aquella flor de cáñamo a la que se le haya extraído la resina tóxica y no es cannabis psicoactivo conforme a la Convención, entra en la categoría de Producto a Base de hierbas para fumar y debería ser comercializada cumpliendo con los requisitos y garantías establecidos por el Real Decreto 597/2017.

Conforme a la recta interpretación de los Convenios y sus Objetivos, las flores de cáñamo que no presenten una concentración de THC relevante –inferior a un máximo del 0,8% y deseablemente en torno al 0,3%- deberían igualmente considerarse incluidas en la categoría de las hierbas para fumar.

¹² Artículo 3 ab) *Producto a base de hierbas para fumar*: producto a base de plantas, hierbas o frutas que no contiene tabaco y se puede consumir mediante un proceso de combustión

¹³ Artículo 39. Etiquetado y envasado. 1. Cada unidad de envasado y el embalaje exterior de los productos a base de hierbas para fumar deberá incluir la siguiente advertencia general: «Fumar este producto es nocivo para su salud».

Es preciso señalar que no es una cuestión de pacífica doctrina judicial; existen resoluciones en la línea de lo expuesto, y también alguna que ha mantenido que la presencia de una concentración superior al 0,2% es motivo suficiente para considerar las flores de cáñamo como droga sin fundamentar la base legal de la resolución.

En ningún caso las resoluciones –producto de procesos y alegaciones particulares- son fuente normativa, ni suplen o eximen de la aplicación de legalidad vigente que está Constitucionalmente garantizada el ámbito del derecho sancionador.

Oriol Casals Madrid, abogado colegiado 32.430 ICAB

En Barcelona, a 20 de septiembre de 2022

CASA PARAULA LEGAL HOUSE

Gran Via de les Corts Catalanes, 594
Ático, 1ª - 08007 Barcelona - Spain

MULTILINGUAL OFFICE

Català, Español, Italiano, Français, English

Phone

(0034) 93 742 10 56

Fax

(0034) 93 035 92 28

Whatsapp

(0034) 635 04 65 51

Mail

info@casaparaula.com

Web

www.casaparaula.com

EMERGENCIES

Arrest and assistance in police station: (0034) 607 93 76 91