



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Instrucciones

DOCUMENTO ANALIZADO

Instrucción nº 2/2013, de 5 de agosto, *sobre algunas cuestiones relativas a asociaciones promotoras del consumo de cannabis*.

NORMAS INTERPRETADAS POR EL DOCUMENTO

Art. 22 CE.

Art. 30 L.O. 1/2002, sobre el derecho de asociación.

RD 1497/2003, de 28 de noviembre, *Reglamento del Registro Nacional de Asociaciones*.

Arts. 368, 572 bis y ter CP.

MODIFICACIONES LEGISLATIVAS POSTERIORES QUE LE AFECTAN

NO

AFECTADO POR LA JURISPRUDENCIA SENTADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO EN LAS SIGUIENTES SENTENCIAS

NO

AFECTADO POR LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LAS SIGUIENTES SENTENCIAS

NO

AFECTADO POR LAS SIGUIENTES CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES

NO

EXPLICACIÓN DE LA AFECTACIÓN

Ficha elaborada por la Fiscalía Especial Antidroga.

TEXTO DE LA INSTRUCCIÓN

Instrucción nº 2/2013, de 5 de agosto, sobre algunas cuestiones relativas a asociaciones promotoras del consumo de cannabis.

1. Planteamiento de la cuestión con referencia al marco normativo del derecho de asociación

El derecho fundamental de asociación, reconocido en el art. 22 de la Constitución, ha sido desarrollado por la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación (en lo sucesivo LODA), estableciendo un régimen general de este derecho compatible con la normativa especial de las modalidades asociativas específicas con relevancia constitucional -partidos políticos (art. 6 CE), sindicatos (arts. 7 y 28 CE), confesiones religiosas (art. 16 CE), asociaciones de consumidores y usuarios (art. 51 CE) y organizaciones profesionales (art. 52)-.

El ámbito de la LODA está limitado a las asociaciones sin fin de lucro, quedando al margen de la misma las sociedades, corporaciones, comunidades, cooperativas o mutualidades, cuyas naturalezas no responden a esta esencia asociativa, sin perjuicio de que les sea de aplicación en aspectos tangenciales en que estas entidades contemplen derechos asociativos que no tengan carácter patrimonial.

El derecho de asociación se desarrolla en la LODA bajo los principios de libertad en la constitución de asociaciones y voluntariedad en la pertenencia a las mismas, sin perjuicio de las condiciones que para su ejercicio establece la legislación vigente. Se otorga a las asociaciones personalidad jurídica con plena capacidad de obrar, destacando en este aspecto la posibilidad de establecer su propia organización a través de sus estatutos, así como su inscripción registral.

En desarrollo de este último aspecto, mediante RD 1497/2003, de 28 de noviembre, se aprobó el Reglamento del Registro Nacional de Asociaciones y de sus relaciones con los restantes registros de asociaciones (en lo sucesivo RRNA), en el que se establece que el Registro Nacional de Asociaciones estará bajo la dependencia orgánica del Ministerio del Interior, radicará en Madrid y tendrá carácter unitario para todo el territorio del Estado (art. 29 RRNA).

En el ámbito competencial de las respectivas Comunidades Autónomas también existen registros autonómicos de asociaciones, estableciéndose en el art. 50 RRNA la obligación de éstos de comunicar al Registro Nacional de Asociaciones los asientos de inscripción y disolución de las asociaciones de su territorio.

La inscripción registral de las asociaciones tiene carácter meramente declarativo (art. 10.2 LODA), toda vez que para su constitución se requiere únicamente un acuerdo de tres o más personas físicas o jurídicas legalmente constituidas, formalizado mediante un acta fundacional, en documento público o privado. Sin embargo, se establecen ciertos efectos de la inscripción sobre el régimen de responsabilidad de las asociaciones. La falta de inscripción de las asociaciones tiene como consecuencia la atribución personal y solidaria a sus promotores de la responsabilidad por las obligaciones contraídas con terceros (art. 10 LODA).

Al amparo del expresado marco normativo se están constituyendo numerosas asociaciones cuya finalidad u

objeto declarado en los Estatutos es promover el consumo de cannabis mediante el cultivo y la distribución de esta sustancia entre sus socios.

En virtud de lo dispuesto en los arts. 6 y 7 RRNA, estas asociaciones vienen presentando sus Estatutos y demás documentación precisa para su inscripción en el Registro Nacional de Asociaciones o en los registros creados en las Comunidades Autónomas que han aprobado leyes reguladoras del derecho de asociación en sus territorios.

Los órganos administrativos encargados de la gestión de los diferentes registros que reciben solicitudes de inscripción de asociaciones han de dar traslado al Ministerio Fiscal o al órgano jurisdiccional competente de la documentación presentada al efecto, en los supuestos en que aprecien indicios de ilicitud penal en la constitución (párrafo 1º) o en la propia actividad (párrafo 2º) de la asociación, toda vez que el apartado cuarto del art. 30 LODA, establece que Cuando se encuentren indicios racionales de ilicitud penal en la constitución de la entidad asociativa, por el órgano competente se dictará resolución motivada, dándose traslado de toda la documentación al Ministerio Fiscal o al órgano jurisdiccional competente, y comunicando esta circunstancia a la entidad interesada, quedando suspendido el procedimiento administrativo hasta tanto recaiga resolución judicial firme.

Cuando se encuentren indicios racionales de ilicitud penal en la actividad de la entidad asociativa, el órgano competente dictará resolución motivada, dando traslado de toda la documentación al Ministerio Fiscal o al órgano jurisdiccional competente, y comunicando esta circunstancia a la entidad interesada.

La presente instrucción pretende unificar el criterio de los órganos del Ministerio Fiscal ante la recepción de estos traslados o comunicaciones, establecer las actuaciones que deben realizarse para concretar la entidad jurídico-penal de la actividad de estas asociaciones promotoras del cultivo y consumo del cannabis, así como las pautas interpretativas sobre la procedencia del ejercicio de las acciones penales y demás funciones encomendadas en los apartados 4 y 5 del art. 3 EOMF y art. 105 LECrim.

2. Posición del Fiscal en el expediente administrativo de inscripción de asociaciones entre cuyas finalidades figure el cultivo de cannabis

Los Estatutos deben describir de forma precisa los fines y actividades de la asociación (art. 7.1.d LODA).

En virtud de lo dispuesto en el expresado apartado cuarto del art. 30 LODA, cuando los Estatutos declaren que la finalidad u objeto de la asociación es la promoción del consumo de cannabis mediante el cultivo y la distribución de esta sustancia entre sus socios, el Registro Nacional de Asociaciones así como, en su caso, los Registros Autonómicos de Asociaciones suelen apreciar indicios racionales de ilicitud penal y trasladar las solicitudes de inscripción de las asociaciones a la Fiscalía General del Estado o al órgano del Ministerio Fiscal correspondiente al respectivo territorio.

Esta comunicación del Registro en cumplimiento de la transcrita disposición constituye formalmente una denuncia, a la que deberá darse el curso procesal correspondiente (art. 269 LECrim).

En su virtud, los Sres. Fiscales, una vez recibida la documentación expresada en el art. 30.4 LODA, deberán, mediante la incoación de las diligencias de investigación penal que autoriza el art. 5 EOMF, constatar la entidad jurídico penal de la actividad efectivamente realizada por la asociación solicitante.

La posición del Fiscal en el expediente administrativo es muy limitada. No evacua informe previo sobre legalidad o ilegalidad, ni tampoco ha de informar sobre la procedencia o improcedencia de la inscripción por defectos formales o por otras causas. Los Sres. Fiscales se deberán ceñirse simplemente a acusar recibo del expediente con indicación de los datos de identificación de las diligencias de investigación incoadas al efecto.

3. El régimen de fiscalización sobre el cultivo de cannabis y la relevancia penal o administrativa de esta actividad

Con los términos de cannabis o marihuana, entre otros muchos, se conoce a la planta que contiene diversas sustancias psicoactivas denominadas cannabinoides (principalmente THC o tetrahidrocannabinol).

El cannabis es una sustancia estupefaciente sometida a fiscalización internacional, estando incluidas tanto la planta, como su resina, extractos y tinturas en la lista I de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes de las Naciones Unidas, en cuyo artículo primero se establece que se entiende por “cannabis” las sumidades, floridas o con fruto, de la planta de la cannabis (a excepción de las semillas y las hojas no unidas a las sumidades) de las cuales no se ha extraído la resina, cualquiera que sea el nombre con que se las designe.

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 Único de 1961 sobre Estupefacientes de las Naciones Unidas, atribuye al Estado el almacenamiento y distribución de los productos estupefacientes para los laboratorios, oficinas de farmacia, hospitales y centros distribuidores autorizados para la fabricación de medicamentos o fórmulas magistrales.

La fiscalización de estas sustancias supone que ninguna persona natural o jurídica podrá dedicarse al cultivo y producción (...), ni aún con fines de experimentación, sin disponer de la pertinente autorización (art. 8.1 Ley 17/1967).

El art. 22 de la expresada Ley 17/1967, dispone que no se permitirán otros usos de los estupefacientes que los industriales, terapéuticos, científicos y docentes autorizados. Dicha Ley establece un régimen de sanciones administrativas respecto del incumplimiento de sus normas, sin perjuicio de que la infracción pueda ser constitutiva de delito.

En definitiva, en todo caso se requiere autorización administrativa para el cultivo de cannabis, cuya competencia el art. 5 de la Ley 17/1967 la atribuía al Servicio de Control de Estupefacientes, así como para la intervención, vigilancia y control de cosechas, almacenamiento, depósito, producción y fabricación de productos o sustancias estupefacientes y sus primeras materias. En la actualidad, el apartado 27 del art. 7 del Estatuto de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, aprobado por Real Decreto 1275/2011, de 16 de septiembre, establece entre las competencias de este organismo la de desarrollar las funciones y responsabilidades

estatales de inspección y control en materia de tráfico y uso lícitos de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

Por tanto, en ningún caso es lícito el cultivo de cannabis sin autorización administrativa, aunque sea para uso privado. Por el contrario, dicha actividad será constitutiva de delito contra la salud pública o, en su defecto, de infracción administrativa (arts. 32 y 33 Ley 17/1967).

Tampoco es lícita la tenencia de cannabis aunque no esté preordenada a la transmisión a terceros, toda vez el art 25 de la LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, sanciona tal conducta como infracción grave, estableciéndose en el art. 29 la procedencia de su incautación inmediata.

En su virtud, cuando los Sres. Fiscales no aprecien entidad penal en el ámbito de sus propias diligencias o en el de las realizadas por los órganos jurisdiccionales respecto de actividades de cultivo de dicha planta, deberán acordar o, en su caso, instar la deducción de testimonio para su remisión a la correspondiente Subdelegación del Gobierno, a los efectos procedentes en el ámbito administrativo.

Dichas actividades de cultivo de la sustancia estupefaciente podrán tener relevancia penal cuando estén preordenadas a su distribución entre terceras personas, incluyendo en este concepto la difusión entre los integrantes de la asociación investigada.

Sin embargo, la cuestión sobre la relevancia penal de la posesión de drogas presenta un amplio ámbito de interpretación, toda vez que los términos en los que aparece redactado el tipo básico del delito de tráfico de drogas en el art. 368 de Código Penal, como delito de peligro abstracto, castigando a los que de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, determina que los límites de la ilicitud penal en estos casos sean muy sutiles.

Desde una perspectiva basada en la interpretación literal de la norma (art. 368) cualquier conducta (de otro modo) tendente a favorecer el consumo de drogas por terceros incurriría en el tipo penal. Sin embargo, el fenómeno de las drogas tiene numerosas implicaciones, afectando a diversos ámbitos sociales y sanitarios, entre otros.

Por ello el propio Tribunal Supremo ha adoptado formulas interpretativas en las que ha tenido en cuenta estas circunstancias, delimitando el rigor del tipo penal y estableciendo como supuestos de atipicidad: el consumo compartido entre toxicómanos (o autoconsumo plural en terminología de la STS nº 1102/2003, de 23 de julio, también STSS nº 1105/2003, de 24 de julio; 1254/2006, de 12 de diciembre; 1081/2009, de 3 de abril; 357/2009, de 3 de abril; 171/2010, de 10 de marzo), la entrega gratuita de mínimas cantidades de droga a individuos toxicómanos por personas allegadas (SSTS nº 527/1998, de 15 de abril; 905/1998, de 20 de Julio; 789/1999, de 14 de mayo; 1653/2001, de 16 Julio; 887/2003, de 13 de junio), el tráfico con pequeñas cantidades (Pleno de la Sala II del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2003 y de 3 de febrero de 2005), de manera que si la droga objeto de tráfico no supera las cantidades establecidas como dosis psicoactiva, no se rellena el contenido de la tipicidad (STS nº 1913/2009, de 18 de marzo, FJ 1º en otras muchas).

En relación con el autoconsumo compartido de drogas, las pautas sentadas por la jurisprudencia (vid. SSTS nº 888/2012, de 22 de noviembre, 669/2012 de 25 de julio, 171/2010, de 10 de marzo entre otras) exigen para la falta de relevancia penal de esta conducta los siguientes requisitos: a) Los consumidores que se agrupan han de ser adictos, interpretándose “adicto” también como consumidor de fin de semana. b) El consumo de drogas ha de realizarse en lugar cerrado. c) La cantidad de droga ha de ser insignificante como correspondiente a un normal y esporádico consumo. d) La coparticipación consumista ha de venir referida a un pequeño núcleo de drogodependientes, perfectamente identificables por su número y condiciones personales, por lo que han de ser personas ciertas y determinadas, único medio de poder calibrar su número y sus condiciones personales. e) Ha de tratarse de un consumo inmediato de las sustancias adquiridas.

Las conductas de producción o cultivo de cannabis para su ulterior distribución entre los miembros de la asociación puede no encajar dentro de estos límites tan estrechos y entrar en el ámbito de las que se tipifican en los arts. 368 y siguientes. En estos casos los Sres. Fiscales habrán de promover las correspondientes acciones penales.

4. Los límites del derecho de asociación. Análisis de la entidad jurídico-penal de la actividad declarada en los Estatutos y averiguación de la efectivamente realizada

No ofrece ninguna duda que el límite infranqueable de protección del derecho de asociación lo constituye la ilicitud penal de sus objetivos o finalidades.

En este sentido podría plantearse si la actividad de los promotores que pretenden la inscripción de una asociación entre cuyas finalidades figure el cultivo y consumo compartido entre los socios, pudiera incurrir en la conducta tipificada en el art. 515.1 CP, que define como asociaciones ilícitas las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión (...).

Interpretando este precepto, la jurisprudencia ha considerado que no se consuma cuando en el desenvolvimiento de su actividad se cometen determinadas infracciones, sino que desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva, bastando con que se acredite alguna clase de actividad de la que se pueda deducir que los integrantes de la asociación han pasado del mero pensamiento a la acción (STS nº 290/2010, de 31 de marzo). La última diferencia entre los actos preparatorios y los de ejecución se encuentra en que la actuación sea tal que en su progresión natural conduzca ya a la consumación. Es entonces cuando puede decirse que ya hay un peligro para el bien jurídico protegido en la norma penal (SSTS nº 765/2009, de 9 de julio; 1086/2001, de 8 de junio).

La simple actividad realizada por los promotores en las fases iniciales de constitución de la asociación, consistente en plasmar en los Estatutos presentados para inscripción registral su objetivo de cultivar cannabis, no colma el tipo de delito de asociación ilícita, que precisaría de otros actos externos relacionados con la finalidad delictiva, como la captación de nuevos miembros, la preparación o ejecución de acciones concretas.

No obstante, conviene precisar que, como se ha indicado ut supra, la publicidad constituye el principal efecto jurídico de la solicitud de inscripción de una asociación. Su constitución tiene que haberse producido

previamente, por lo que es posible que antes de dicha solicitud de inscripción ya se hayan materializado sus actividades.

Por ello, los Sres. Fiscales en el ámbito de las diligencias de investigación incoadas al efecto deberán practicar las actuaciones necesarias para constatar si la proclamación estatutaria de cultivo de cannabis se ha materializado mediante la actividad efectivamente realizada por las asociaciones que, a través del trámite indicado, pretenden su inscripción en alguno de los registros de asociaciones.

Obviamente cabe decretar directamente el archivo de dichas diligencias cuando los fines o actividades expresadas en los Estatutos se refieran a iniciativas para modificar la legislación vigente en aras de la denominada “legalización” o “despenalización” del tráfico de drogas, así como aquellas relacionadas con la divulgación científica como son los estudios sobre el cannabis o similares, las cuales suponen manifestaciones de la libertad de expresión o del derecho de asociación constitucionalmente protegidos.

Cuando del contenido de los Estatutos se deduzca un objeto o finalidad que pueda tener relevancia penal, los Sres. Fiscales deberán practicar las actuaciones que estimen necesarias, directamente o a través de la policía judicial, dirigidas a la concreción de la actividad realizada por la asociación y a su valoración jurídico penal.

Aunque se presenten diversas solicitudes a la vez, dichas diligencias de investigación penal se incoarán individualizadamente, una por cada asociación.

En los supuestos en los que la asociación efectivamente haya realizado alguna actividad relativa al cultivo de cannabis, se deberá valorar si los hechos y demás circunstancias concurrentes son irrelevantes penalmente o si constituyen alguno de los supuestos tipificados como delitos de tráfico de drogas.

Si del resultado de las diligencias de investigación no deducen elementos acreditativos de que los miembros de la asociación han pasado de la mera ideación a la ejecución realizando actividades relativa al cultivo o distribución del cannabis, se deberá estimar que por desistimiento voluntario (art. 16.2 CP) u otras circunstancias, no se han superado las barreras de protección que establece el Derecho punitivo. Por tanto, procederá el archivo de las diligencias de investigación incoadas al efecto, haciendo constar expresamente en el correspondiente decreto que tal resolución está referida exclusivamente a las actuaciones realizadas en relación con la solicitud de inscripción registral de la asociación y que cualquier actividad ulterior de cultivo o distribución de cannabis podrá dar lugar a nuevas actuaciones de carácter penal.

En los supuestos en que del resultado de la diligencias de investigación o de las realizadas por los órganos jurisdiccionales se evidencien actividades de cultivo de cannabis, pero en atención a las circunstancias concurrentes los Sres. Fiscales no aprecien entidad penal en tales conductas, deberán acordar o, en su caso, instar la deducción de testimonio para su remisión a la Subdelegación del Gobierno de la provincia, a los efectos procedentes en el ámbito administrativo.

Los decretos que concluyan las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal deberán notificarse al organismo denunciante y a la asociación investigada.

En todo caso, los Sres. Fiscales procurarán que estas diligencias se practiquen con la mayor celeridad, toda vez que hasta que no se produzca resolución judicial firme se encuentra en suspenso la solicitud de inscripción registral.

5. Asociación y organización criminal

Hay que tener en cuenta que detrás de la apariencia jurídica de algunas asociaciones se pueden ocultar auténticas organizaciones o grupos dedicados a la distribución de drogas, utilizando la cuota social como contraprestación de la sustancia que se recibe de la asociación o realizando cualquier otra conducta de similar entidad.

Cuando se acredite que dicho revestimiento jurídico es utilizado para disimular la efectiva realización de delitos de tráfico de drogas podrá ser de aplicación la tipicidad de organización o grupo criminal, definidas en los arts. 570 bis y ter CP, a cuyo tenor, la agrupación formada por dos o más personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se reparten diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, ha de ser considerado como organización criminal (art. 570 bis CP) o grupo criminal en el caso de que dicha agrupación no reúna alguna o alguna de las características de la organización criminal (art. 570 ter CP).

Los supuestos concursales que se produzcan deberán ser resueltos conforme al principio de alternatividad establecido en el párrafo segundo del apartado 2 del art. 570 quater y art. 8.4ª CP. Las Circulares de la Fiscalía General del Estado nº 2/2011, sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales y nº 3/2011, sobre la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en relación con los delitos de tráfico ilegal de drogas y de precursores, se refieren a diversas cuestiones jurídicas derivadas de estos supuestos.

CONCLUSIONES

PRIMERA

El traslado de la documentación al Ministerio Fiscal establecido en el apartado cuarto del art. 30 LODA, tiene el carácter legal de denuncia, a la que deberá darse el curso procesal correspondiente (art. 269 LECRIM).

SEGUNDA

Recibida la documentación a la que se refiere la conclusión anterior, los Sres. Fiscales incoarán diligencias de investigación penal (art. 5 EOMF), dirigidas a concretar la efectiva actividad de la asociación solicitante de inscripción registral. Estas diligencias se incoaran individualizadamente, una por cada asociación.

TERCERA

La actuación del Ministerio Fiscal en el expediente administrativo de inscripción registral de asociaciones se ciñe a acusar recibo de la denuncia haciendo constar los datos de identificación de las diligencias de investigación incoadas.

CUARTA

Si la asociación estuviera realizando actividades de cultivo de cannabis y distribución entre sus socios deberán realizarse las actuaciones complementarias que se estimen procedentes conducentes a la presentación de denuncia o querella ante el órgano jurisdiccional competente, siempre que se sobrepasen los límites establecidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la atipicidad del autoconsumo compartido de drogas.

QUINTA

En los supuestos en que la asociación no haya desplegado actividad alguna en relación con el cultivo o distribución del cannabis, si no concurren otros elementos de los que pueda deducirse que los integrantes de la asociación han pasado de la mera ideación a la ejecución, se deberá estimar que no se han superado las barreras de protección que establece el Derecho penal. Por tanto, los Sres. Fiscales procederán a decretar el archivo de las diligencias incoadas al efecto, haciendo constar expresamente en el correspondiente decreto que tal resolución está referida exclusivamente a las actuaciones realizadas en relación con la solicitud de inscripción registral de la asociación y que cualquier actividad ulterior de cultivo o distribución de cannabis podrá dar lugar a nuevas actuaciones de carácter penal.

Dicho decreto se notificará a la representación de la asociación investigada y al Registro correspondiente.

SEXTA

En todo caso, el cultivo de cannabis, así como la posesión de esta planta o de sus derivados, aunque sean para uso privado, constituyen actividades ilícitas, salvo que se cuente con las correspondientes autorizaciones administrativas. En su virtud, cuando los Sres. Fiscales no aprecien relevancia penal en el ámbito de sus propias diligencias o en el de las realizadas por los órganos jurisdiccionales respecto de dichas actividades, deberán acordar o, en su caso, instar la deducción de testimonio para su remisión a la correspondiente Subdelegación del Gobierno a los efectos procedentes en el ámbito administrativo.

En razón de lo expuesto, los Sres. Fiscales en el ejercicio de sus funciones se atenderán en lo sucesivo al cumplimiento de las prescripciones contenidas en la presente Instrucción.

