

S E N T È N C I A

Magistrats Srs.
Josep Maria PIJUAN CANADELL
Enric ANGLADA FORS
Anna ESTRAGUÉS ARMENGOL

Andorra la Vella, vint-i-un de setembre del dos mil setze.

VIST en judici oral i públic pel Tribunal de Corts la Causa núm. 4400045/2011, seguida pels presumptes delictes major CONTINUAT d'elaboració, distribució i venda de substàncies químiques, tòxiques o greument perilloses per a la salut i delictes menor continuat d'elaboració, distribució o subministrament de substàncies químiques, tòxiques o greument perilloses per a la salut sense complir les formalitats previstes en les lleis i els reglaments, contra els acusats E. P. P., nascuda el 10 de setembre

de 1968 a Osca (Espanya), de nacionalitat andorrana, sense antecedents penals i en llibertat provisional en la present causa, defensada pel Lletrat Sr. Josep Antoni SILVESTRE CÁNOVAS; i J. D. G., nascut el 19 de maig de 1961 a Terrassa, Barcelona (Espanya), de nacionalitat andorrana, sense antecedents penals i en llibertat provisional en la present causa, defensat per la Lletrada Sra. Judith SILVESTRE HERNÁNDEZ; sent part acusadora el Ministeri Fiscal representat per la Sra. Nadia ALIS CIRERA, essent ponent el Magistrat Sr. Enric ANGLADA FORS i havent designat el Tribunal ponent per la redacció de la sentència el Magistrat Sr. Josep Maria PIJUAN CANADELL.

RESULTANT PRIMER. SÓN FETS PROVATS I AIXÍ ES DECLARA: els acusats E. P. P., nascuda el 10 de setembre de 1968, llicenciada en Farmàcia i titular administrativa de la F. D'E. situada a Encamp, i J. D. G., nascut el 19 de maig de 1961, marit de l'anterior i que treballava a la mateixa farmàcia en qualitat d'auxiliar, ambdós acusats de nacionalitat andorrana i sense antecedents penals, entre els mesos de juny del 2.009 i març del 2.011 subministraren a clients de la Farmàcia residents a Espanya, previs contactes a través de la pàgina web XXXXXX su farmàcia online, diversos medicaments i substàncies prohibides, vendes que feien a través d'internet i lliurant els medicaments o substàncies prohibides a través d'empreses de transport radicades fóra d'Andorra, concretament a La Seu d'Urgell, com N., M. i S.,

No consta que els acusats haguessin dispensat o distribuït medicaments prohibits dins del territori Andorra, sigui de manera presencial a la mateixa F. D'E., sigui mitjançant el seu lliurament en altre lloc del territori andorrà.

Els acusats E. P. P. i J. D. G. han estat condemnats per sentència ferma de data 22 de maig del 2014 dictada pel Jutjat del Penal núm. 1 de Lleida (Espanya), com autors penalment responsables d'un delicte contra la salut pública de l'article 361 bis

del Codi penal espanyol, a la pena d'un any de presó a cadascun, pena que es substituï per pena de multa, una altra pena de multa i la pena d'inhabilitació especial per al exercici de la professió de comerciant o distribuïdor de substàncies de farmàcia o para farmàcia durant dos anys. La sentència conté el següent relat de fets provats: *Por conformidad se declara probado que los acusados, doña E. P. P. y don J. D. G., ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, gestionaban una farmacia sita en Encamp, en el Principado de Andorra, y ofrecían productos farmacéuticos dopantes mediante la página web, XXXXXXXX, utilizando empresas de paquetería de la Seu d'Urgell para el envío de las sustancias a España. En concreto entre los meses de enero de 2010 a marzo de 2011, vendieron sustancias anabolizantes; tales como testosterona, efedrina, triamcinolona y otras sustancias dopantes a deportistas consumidores de la ilícita mercancía.*

RESULTANT SEGON. El Ministeri Fiscal, en el seu escrit de qualificació provisional, qualificà els fets com a constitutius d'un delicte major continuat d'elaboració, distribució i venda de substàncies químiques, tòxiques o greument perilloses per a la salut i delicte menor continuat d'elaboració, distribució o subministrament de substàncies químiques, tòxiques o greument perilloses per a la salut sense complir les formalitats previstes en les lleis i els reglaments, tipificats a l'article 273 apartats 1 i 2 del Codi penal, dels quals estima responsables en concepte d'autors als acusats E. P. P. i J. D. G., sense la concurrència de circumstàncies modificatives de la responsabilitat penal, i demana imposar a l'acusada E. P. P. la pena de divuit mesos de presó condicional, amb un termini de suspensió de la condemna de quatre anys, multa en quantia de trenta mil euros i inhabilitació per a l'exercici de l'ofici de farmacèutica per un període de tres anys, i a l'acusat J. D. G. la pena de dotze mesos de presó condicional, amb un termini de suspensió de la condemna de quatre anys,

multa en quantia de deu mil euros i inhabilitació per a l'exercici de l'ofici d'auxiliar de farmàcia per un període de dos anys, i a ambdós acusats el pagament solidari de les despeses processals causades.

El Ministeri Fiscal no formulà reclamació en concepte de responsabilitat civil.

RESULTANT TERCER. Les defenses de l'acusada E. P. P. i de l'acusat J. D. G., en el seus respectius escrits de qualificació provisional, formularen unes mateixes qüestions prèvies i, en quant als fets i a la qualificació provisional formulada pel Ministeri Fiscal, unes mateixes al·legacions.

Formulen les defenses quatre qüestions prèvies:

1a. Nul·litat del procediment, amb els arguments de que la investigació al Principat dels fets objecte de les actuacions, es va iniciar pel Servei de Policia d'Andorra arrel d'una comunicació per conducta no oficial de la Policia catalana Mossos d'Esquadra, i arrel d'aquesta comunicació i sense prèvia autorització de la Batllia, ni comunicació a la Fiscalia, la policia andorrana va procedir a l'escorcoll dels locals de la F. D'E. per requisar proves, per la qual cosa totes les investigacions dutes a terme pel Servei de Policia entre el 18 de febrer i el 10 de març del 2001 havien estat obtingudes en el marc d'un procediment totalment inadequat ja que, a l'entendre de les defenses dels acusats, calia una comissió rogatòria i, en conseqüència, aquelles investigacions policials són nul·les i vicien totes les actuacions posteriors en virtut de la jurisprudència dels tribunals andorrans de la connexió d'antijuridicitat.

2a. Nul·litat de les proves practicades, amb caràcter subsidiari a l'anterior, en referència a les obtingudes durant l'escorcoll de la F. D'E. per vulneració dels drets a la intimitat, a la defensa i a un procés degut, per haver-se practicat dit escorcoll, en

el que es va intervenir l'ordinador personal de l'acusada E. P. P., ordinador que estava a la rebotiga, sense l'autorització expressa d'aquesta i sense cap autorització judicial, sense que la bossa precintada on es va guardar l'ordinador, ni cap altra de les bosses precintades amb els objectes segrestats durant l'escorcoll, fossin signades per l'acusada, no havent-hi cap inventari dels béns que la policia es va endur de la farmàcia, incomplint-se els articles 27.2 i 26 del Codi de procediment penal, fent notar la també irregularitat de què, malgrat que l'escorcoll es va practicar en data 18 de febrer del 2011, no fou fins a la data del 10 de març del 2011 quan la policia lliurà a la Batllia l'informe policial, l'ordinador i la documentació segrestada durant l'escorcoll, infringint el termini establert legalment, en virtut del que disposa l'article 31 en relació amb l'article 28 del Codi de procediment penal. Per tot l'exposat, les defenses dels acusats entenen que hi ha hagut una vulneració dels drets a la intimitat, a la defensa i a un procés degut, que determina la nul·litat de totes les proves consistents en l'ordinador i la documentació segrestats a la F. D'E. el dia 18 de febrer del 2011.

3a. Extinció de l'acció penal en mèrit del principi de l'autoritat de la cosa jutjada, doncs els acusats han estat condemnats, per sentència ferma de data 22 de maig del 2014 dictada pel Jutjat del Penal núm. 1 de Lleida (Espanya), com autors d'un delictes contra la salut pública de l'article 361 bis del Codi penal espanyol, i ara se'ls pretén jutjar pels mateixos fets pels quals ja han estat condemnats a Espanya, existint identitat d'objecte i de subjecte. Citen l'article 9.1 del Codi penal que estableix que *No pot sancionar-se penalment més d'una vegada el mateix fet*, i al·leguen que tot i que el delictes de dopatge no es preveu al Codi penal andorrà, del redactat de l'article 361 bis del Codi penal espanyols resulta que dit article és perfectament similar als articles 273.1 i 273.2 del Codi penal del Principat i que, en efecte, tots aquests articles pretenen sancionar les presumptes vendes de productes que els seus defensats haurien fet a esportistes, assenyalant que

tots els fets que s'imputen als seus defensats foren comesos efectivament a Espanya, atès que la comercialització dels productes es realitza a través d'una pàgina web i els mateixos eren enviats des de La Seu d'Urgell, tal i com assenyala la sentència d'Espanya, però també l'acte de processament i la mateixa qualificació del Ministeri Fiscal. Per tot això, la defensa dels acusats interessa del Tribunal de Corts que decreti l'extinció de l'acció penal i l'arxiu de les actuacions contra els seus defensats en virtut del principi de l'autoritat de cosa jutjada.

4t. Vulneració del dret a la defensa, per haver-se decretat el secret de les actuacions quan la Batllia va incoar indegudament un sumari per un delictes major en base a les disposicions d'un article que preveu un delictes menor, doncs s'incoà el sumari per un delictes major de tràfic de substàncies nocives, tipificat a l'article 273.2 del Codi penal, quan en realitat l'article 273.2 del Codi penal qualifica un delictes menor i no un delictes major. Per tant, tractant-se d'un delictes menor, no es podien aplicar les disposicions de l'article 46 del Codi de procediment penal que autoritza a decretar el secret de les actuacions per un període màxim de sis mesos. Com sigui que les actuacions varen romandre sota secret de sumari des del 10 de març al 3 de juny del 2011, durant aquests tres mesos la defensa dels acusats va ésser indegudament privada de poder tenir accés a les actuacions i de poder exercir el seu dret a la defensa.

En quan als fets objecte d'acusació, la defensa de l'acusat J. D. G. en el seu escrit de qualificació provisional manifestà el seu desacord amb la qualificació provisional efectuada pel Ministeri Fiscal, tant pel que fa als fets com a la qualificació jurídica, doncs no ha quedat acreditat que el seu defensat intervingués en cap venda dels productes farmacèutics, no figura en cap e-mail cap contacte de compra al J. D. G., ni aquest apareix en cap conversa, no havent-hi elements que provin que J. D. G. fos responsable de cap venda de medicaments, per la qual cosa no ha comés cap acte de naturalesa delictiva.

També en quan als fets objecte d'acusació, la defensa de l'acusada E. P. P., en el seu escrit de qualificació provisional, manifestà el seu desacord amb la qualificació provisional efectuada pel Ministeri Fiscal, tant pel que fa als fets com a la qualificació jurídica doncs, si bé la seva defensada va vendre alguns dels productes que relaciona el Ministeri Fiscal, ho va fer fins el moment en que es va publicar l'Avís del Ministeri de Salut, i fins llavors no existia cap prohibició de venda dels productes, no sent il·legal la seva venda i, per tant, no podent ser constitutius de cap delict.

Per tot l'exposat, les defenses del acusats J. D. G. i E. P. P. sol·licitaven, en els seus respectius escrits de qualificació provisional, amb caràcter principal que s'estimin les qüestions prèvies plantejades i es decreti la nul·litat de tot el procediment, acordant l'arxiu de les actuacions, i amb caràcter subsidiari i pel cas de no estimar-se cap de les qüestions prèvies, la lliure absolució del seus defensats.

RESULTANT QUART. A l'inici de les sessions del judici oral, les defenses dels acusats E. P. P. i J. D. G. han plantejat varis obstacles de procedibilitat, reiterant l'exposat als seus respectius escrits presentats en data 24 de maig del 2016, dia immediatament anterior a l'inici de les sessions del judici oral, demanant al Tribunal la seva resolució amb caràcter previ a la sentència, fent els pronunciaments escaients.

La defensa de l'acusada E. P. P. al·legà:

1r. La irregularitat de l'entrada i registre efectuat per la policia en data 18 de febrer del 2011, interessant l'expulsió de les proves obtingudes en dita actuació i per connexió d'antijuridicitat de tot el sumari, per vulneració del procés degut en matèria de cooperació penal internacional, per vulneració del dret a ser informat de l'acusació, per vulneració del dret a l'assistència tècnica d'un lletrat, i per vulneració dels drets a la defensa, a no confessar-se

culpable, a no declarar en contra d'ella mateixa i al procés degut. Fonament de dites vulneracions és que la seva defensada va signar l'autorització per a la perquisició sense informar-la dels fets, no havent-se respectat els articles 24 i 25 del Codi de procediment penal.

2n. La nul·litat de l'aute de data 29 de març del 2011, interessant l'expulsió de les proves obtingudes en la perquisició i, per connexió d'antijuridicitat, de totes les proves que se'n derivin, per vulneració del secret de les comunicacions i a la intimitat, per fonamentar-se l'aute en un delictes menor.

3r. La irregularitat del control de les comunicacions per vulneració del procés degut i a la defensa, interessant l'expulsió de les proves obtingudes en dita actuació i per connexió d'antijuridicitat de tot el sumari per la manca de tria contradictòria a Andorra, i per la manca d'acarament de les comunicacions intervingudes amb els originals i manca de tria contradictòria de les comunicacions intervingudes a Espanya.

La defensa de l'acusat J. D. G. al·legà:

1r. La nul·litat de totes les proves obtingudes i que foren intervingudes pels agents del Servei de Policia en l'acte d'entrada i registre a la F. D'E. de data 18 de febrer del 2011 per haver-se trencat la cadena de custòdia.

2n. La nul·litat de totes les proves que se'n derivin de les proves obtingudes com a conseqüència de la seva nul·litat i trencament de la cadena de custòdia.

3r. L'expulsió del procediment de les proves contingudes a les mateixes bosses i de totes aquelles que se'n derivin.

4t. La manca de concreció dels fets en l'escrit de qualificació provisional del Ministeri Fiscal.

La defensa de l'acusada E. P. P. es va adherir a les qüestions plantejades per la defensa de l'acusat J. D. G., afegint

que el Ministeri Fiscal no és concret en el seu escrit de qualificació i, en relació al trencament de la cadena de custòdia, que quan s'emporten i es tanquen les bosses amb els objectes intervinguts s'ha de fer en presència de l'interessat, i que en aquest cas concret no s'ha fet, que l'acta l'han de signar els processats i que el registre es va fer el dia 18 de febrer del 2011 i l'inventari de peces intervingudes és del 23 de febrer del 2011.

Al seu torn, la defensa de l'acusat J. D. G. es va adherir a les qüestions formulades per la defensa de l'acusada E. P. P..

RESULTANT CINQUÈ. Respecte de les qüestions plantejades per les defenses d'ambdós acusats, el Ministeri Fiscal al·legà, en primer lloc, la suficiència en la concreció del seu escrit de qualificació provisional, doncs es tracta d'una qualificació provisional en la que es descriuen els fets pels quals s'acusa, s'hi indiquen quins són els productes prohibits, les persones a qui s'haurien fornit i la contravenció de les normes. I, pel que fa al trencament de la cadena de custòdia, no hi ha cap indicati perquè s'hagi trencat la cadena de custòdia. Es varen desprecintar les bosses perquè la policia pogués analitzar la documentació.

Al·lega el Ministeri Fiscal que l'article 136 del Codi de procediment penal parla de normes processals, per la qual cosa no és de rebut que s'hagin de considerar com obstacles de procedibilitat les qüestions exposades pels lletrats defensors, en quan fan referència a infraccions relatives a drets fonamentals i s'haurien de poder resoldre en la sentència.

Respecte a la irregularitat del registre, el Servei de Policia va ser informat, segons el resultat de l'operació *Cursa* que es seguia a Espanya, que hi havia una farmàcia andorrana implicada, i la farmacèutica va donar la seva autorització al registre. En quan al fet de l'assistència d'un lletrat, el Ministeri Fiscal fa notar que al moment dels fets la llei processal vigent no ho contemplava, per al

qual cosa no es pot dir que en aquell moment hi hagué infracció de les normes processals.

Respecte a l'aute de 29 de març del 2011 dictat per la Batlle, el Ministeri Fiscal entén que és cert que està fonamentat en l'article 273.2 del Codi penal, tractant-se d'un error de transcripció, doncs a l'aute declarant el secret s'hi refereix l'article 273.1 del Codi penal, que és delictes major. En tot cas, el Ministeri Fiscal assenyala que es tracta d'un error sanable.

El Ministeri Fiscal s'oposà a les qüestions plantejades per les defenses d'ambdós acusats i demanà la continuació del judici oral.

RESULTANT SISÈ. En el tràmit d'informes, el Ministeri Fiscal ratificà el seu escrit de qualificació provisional.

La defensa de l'acusada E. P. P., en la qualificació definitiva formulà, amb caràcter previ, obstacles de procedibilitat en relació: 1r) a la causa administrativa, que entén contaminada per l'expulsió del procediment de la perquisició a la F. D'E., per la qual cosa la informació que conté l'expedient administratiu en cap cas es pot utilitzar en el present procediment; 2n) a la connexió d'antijuridicitat relativa al sumari instruït a Andorra, atenent a què la incoació de les Diligències prèvies de data 10 de març de 2011 es realitza precisament pels informes i el registre expulsat de la causa; 3r) a la connexió d'antijuridicitat relativa a la CRI enviada des de Espanya, ja que la Comissió rogatòria internacional formalitzada pel Jutjat d'Instrucció núm. 1 d'Olot s'adreça a una jutge que no tenia cap causa oberta, per la qual cosa s'havia d'haver procedit a passar-la pel torn, d'acord amb l'article 43 del Codi de procediment penal; 4t) a la manca de tria contradictòria de les comunicacions intervingudes a Espanya, ja que s'ha obtingut còpia de les comunicacions intervingudes a Espanya, no una còpia autèntica de les comunicacions, el que impedeix realitzar la tria contradictòria i

l'examen de les mateixes en la seva totalitat, sense cap mena d'acarament amb el contingut de les gravacions originals.

En quan als fets, la seva defensada no ha realitzat cap dels fets que se l'imputen pel Ministeri Fiscal, doncs cap medicament s'ha dispensat des d'Andorra i els que s'han dispensat han estat sempre d'acord amb la legislació, amb recepta mèdica, conservant aquesta quan així es requereix legalment.

Els fets no poden constituir el delictes de l'article 273.1 del Codi penal perquè la seva defensada està autoritzada doncs és farmacèutica i perquè cap dels medicaments quina dispensació s'imputa a l'acusada té, ni pot tenir, la consideració de tòxic ni greument perillós per a la salut. I, en relació a l'article 273.2 del Codi penal, que entén que seria l'únic aplicable doncs la seva defensada, en tant que farmacèutica, està autoritzada per la venda de les substàncies descrites a l'apartat primer de l'article 273, tampoc seria d'aplicació tota vegada que per a que el mateix sigui d'aplicació no hauria de complir les formalitats previstes a les lleis i reglaments respectius, i l'acusada ha complert amb les lleis i els reglaments, assenyalant que ni els comunicats ni les alertes tenen rang legal ni reglamentari i, a més a més, que en tot cas els comunicats i les alertes s'han de notificar d'acord amb el que prescriu l'article 47 del Codi de l'Administració, el que no s'ha fet, doncs l'únic que hi ha a la causa són comprovants d'enviament de faxos i correus electrònics, sense acusament de recepció, i la publicació de la restricció de la dispensació de medicaments a l'àmbit hospitalari és del 9 de març de 2011, data posterior als fets que porten causa.

Finalment reitera que, en virtut de la prohibició de la doble sanció que estableix l'article 9.1 del Codi penal i del principi del *ne bis in idem*, la seva defensada ja ha estat condemnada pels fets d'autes per sentència ferma de data 22 de maig del 2014 dictada pel Jutjat del Penal núm. 1 de Lleida (Espanya).

Per tot això, sol·licita l'absolució de l'acusada E. P. P..

La defensa de l'acusat J. D. G., s'adherí a les conclusions definitives formulades per la defensa de l'acusada E. P. P., assenyalant que mai s'ha venut EPREX a la F. D'E., que sí es van vendre els altres dos medicaments SOLCOSERYL i ACTOVEGYN, però fins que es va publicar la restricció, la publicació de l'avís al BOPA. Entén que no hi ha prova que el seu defensat hagi comès els fets pels que se l'acusa, doncs ha queda acreditat que no s'encarregava de la pàgina web de la farmàcia, per la qual cosa demana l'absolució de l'acusat J. D. G..

CONSIDERANT PRIMER. Les defenses dels acusats han formulat diverses qüestions prèvies i obstacles de procediment en els seus respectius escrits de qualificació provisional, en posteriors escrits presentats en data 24 de maig del 2016 (data immediatament anterior a l'inici de les sessions del judici oral), i a l'inici del judici oral en què, reiterant els seus respectius anteriors escrits, sol·licitaren al Tribunal la resolució de dites qüestions amb caràcter previ a dictar sentència, fent els pronunciaments escaients. Tanmateix, en el tràmit d'informe, les defenses dels acusats reiteraren algunes de dites qüestions prèvies, unes de tipus processal que entenien com obstacles de procediment, afectant a la validesa de la prova practicada, i altres de tipus substantiu en quan afectant a la qualificació dels fets.

El Tribunal en el mateix acte del judici avançà la resolució d'algunes de les qüestions formulades, sense perjudici de la seva deguda motivació a la sentència, considerant nul·la la diligència de perquisició practicada a les dependències de la F. D'E., i també nul l'aute dictat en data 29 de març del 2011, i de totes les proves que portessin causa directa i exclusiva d'aquella perquisició.

En quan a la qüestió plantejada sobre la manca de concreció de fets per part del Ministeri Fiscal en el seu escrit de qualificació provisional, el Tribunal decidí que el relat de fets que conté dit escrit era suficientment expressiu de l'activitat delictiva que el

Ministeri Fiscal imputa als acusats, identificant els productes dopant o prohibits, i el període i procediment de la seva venda i, tot i ser cert que en dit relat no s'identifica els compradors, el Tribunal considerarà que aquesta omissió no afectava al dret de defensa atès que a les actuacions hi constava la identitat dels compradors i, per tant, els lletrats defensors podien articular durant el judici oral les preguntes que tinguessin per convenient sobre les vendes fetes per la F. D'E. a cadascun dels concrets compradors.

Seguidament el Tribunal donarà resposta raonada a les qüestions prèvies i obstacles de procediment formulats per les defenses dels acusats.

CONSIDERANT SEGON. En primer lloc cal donar resposta a la qüestió relativa a l'excepció de la cosa jutjada que les defenses fonamenten en la condemna dels dos acusats pels mateixos fets per sentència ferma de data 22 de maig del 2014 dictada pel Jutjat del Penal núm. 1 de Lleida (Espanya), com autors d'un delictes contra la salut pública de l'article 361 bis del Codi penal espanyol. La condemna es dictà en base als següents fets provats: *Por conformidad se declara probado que los acusados, dona E. P. P. y don J. D. G., ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, gestionaban una farmacia sita en Encamp, en el Principado de Andorra, y ofrecían productos farmacéuticos dopantes mediante la página web, XXXXXXXX, utilizando empresas de paquetería de la Seu d'Urgell para el envío de las sustancias a España. En concreto entre los meses de enero de 2010 a marzo de 2011, vendieron sustancias anabolizantes; tales como testosterona, efedrina, triamcinolona y otras sustancias dopantes a deportistas consumidores de la ilícita mercancía.*

Les defenses dels acusats denuncien que es pretén jutjar als seus defensats pels mateixos fets pels quals han estat condemnats a Espanya, existint identitat d'objecte i de subjecte. Citen l'article 9.1 del Codi penal que estableix que *No pot sancionar-se*

penalment més d'una vegada el mateix fet, i al·leguen que tot i que el delicte de dopatge no es preveu al Codi penal andorrà, del redactat de l'article 361 bis del Codi penal espanyol resulta que dit article és perfectament similar als articles 273.1 i 273.2 del Codi penal del Principat i que, en efecte, tots aquests articles pretenen sancionar les presumptes vendes de productes que els seus defensats haurien fet a esportistes, assenyalant que tots els fets que s'imputen als seus defensats *foren comesos efectivament a Espanya, atès que la comercialització dels productes es realitza a través d'una pàgina web i els mateixos eren enviats des de La Seu d'Urgell, tal i com assenyala la sentència d'Espanya, però també l'aute de processament i la mateixa qualificació del Ministeri Fiscal*. Per tot això, la defensa dels acusats interessa del Tribunal de Corts que decreti l'extinció de l'acció penal i l'arxiu de les actuacions contra els seus defensats en virtut del principi de l'autoritat de cosa jutjada.

Com ja té declarat aquest Tribunal (sentència de 29 de gener del 2003, causa núm. TC-180-3/00) la cosa jutjada és una manifestació del principi *non bis in idem*. Podem dir que és una conseqüència inherent de dit principi que, com té declarat el Tribunal Constitucional, s'integra dins del principi de legalitat penal de l'article 9.4 de la Constitució (sentències de 15 de juny del 2015, causa 2015-6-RE, 4 de juny del 2012, causa 2011-1-PI i 7 de setembre del 2007, causa 2007-3 i 6-RE). I aquest principi es troba expressament recollit a l'article 14.7 del Pacte internacional relatiu als drets civils i polítics, fet a Nova York el 16 de desembre de 1966, signat per Andorra el 5 d'agost del 2002.

El significat de l'efecte material de la cosa jutjada és que un mateix fet criminal no pot ésser sancionat dues vegades, exigint els requisits de l'existència d'una resolució definitiva i ferma condemnatòria o exculpatòria dictada per Tribunal competent en altra causa criminal, i la perfecta identitat subjectiva o objectiva entre els fets ja jutjats i els que són objecte d'enjudiciament en la

causa en que es vol fer valer l'excepció. Són dos, doncs, els requisits: una resolució definitiva i ferma, d'una banda, i la perfecta identitat subjectiva i objectiva, de l'altra.

En quan al primer requisit, referit a les resolucions que poden donar lloc a l'excepció de cosa jutjada, aquest Tribunal té declarat que tan sols les sentències i els autes de sobreseïment definitiu tenen el valor de la cosa jutjada, amb els atributs de la invariabilitat, irrevocabilitat i irrepetibilitat inherents a la cosa jutjada material, i així ho disposen l'article 88 de la Constitució, respecte de les sentències, i l'article 129 del Codi de Procediment Penal, respecte del sobreseïment definitiu doncs, com es diu en aquest darrer article, el sobreseïment definitiu és irrevocable i deixa fermament tancat el judici, contràriament amb el que succeeix en el cas del sobreseïment provisional que deixa el sumari obert fins a l'aparició de noves dades o comprovants, llevat del cas de prescripció (Tribunal de Corts, sentència de 9 de gener del 2001, causa núm. 185-1/97).

En quan a la perfecta identitat subjectiva i objectiva, el que s'exigeix és la identitat de persona inculpada o acusada i identitat de fets objecte d'imputació o d'acusació.

En el cas d'autes, no és qüestió discutida que la sentència dictada pel Jutjat del Penal núm. 1 de Lleida (Espanya) és una resolució ferma i executòria, i que en ella els acusats E. P. P. i J. D. G. han estat condemnat per fets que són objecte de la present causa. Ara bé, l'excepció de cosa jutjada sols resulta aplicable als fets comesos pels acusats fora del territori andorrà, és a dir, la distribució a Espanya de medicaments prohibits, prèvia comanda via internet i remetent els medicaments per missatgeria des de La Seu d'Urgell. En cap cas, l'excepció de cosa jutjada podria operar respecte dels fets punibles comesos en territori andorrà, és a dir, la dispensació i/o distribució dels medicaments prohibits dins del territori Andorra, sigui de manera presencial a la mateixa farmàcia, sigui mitjançant lliurament en altre lloc del territori andorrà.

La sentència d'aquest Tribunal de Corts de 27 d'abril del 2016 (causa núm. 6000012/2014) ja es pronuncià sobre l'eficàcia transnacional de l'excepció de cosa jutjada entenent que, en tot cas, la competència dels Tribunals penals andorrans és exclusiva i excloent per jutjar els fets punibles comesos al Principat d'Andorra, en virtut del principi de territorialitat establert a l'article 8.1, primer paràgraf, del vigent Codi penal: La llei penal andorrana s'aplica a les infraccions intentades o consumades en el territori del Principat.

Reproduïm els arguments que conté l'esmentada sentència:

“El primer Codi penal andorrà (Decret de 11 de juliol del 1990) establí a l'article 2 el principi de territorialitat d'una manera taxativa: *Les normes d'aquest Codi s'aplicaran a tots els delictes i contravencions penals comesos dins el territori del Principat.* Al següent article 3 establia uns supòsits d'extraterritorialitat del Codi penal per raó de connexitat (apartats 1 i 2), per raó de protecció de l'interès nacional (apartat 3) i per raó de la nacionalitat de l'autor (apartat 4). I a l'article 4 reiterava el principi de territorialitat: *Els delictes comesos a l'estranger, que se segueixin realitzant a Andorra, seran penats conforme a aquest Codi. Els Tribunals andorrans també seran competents per jutjar els delictes complexos quan algun dels seus elements constitutius hagi tingut lloc en el territori del Principat.*

El Codi penal de 1990 sols establia una limitació a la competència de la jurisdicció penal andorrana en el cas dels delictes comesos per andorrans en un país estranger, doncs per ser perseguits a Andorra exigia: *a) que l'acusat es trobi a Andorra; b) que no hagi estat jutjat al país on ha delinquit; c) que la infracció de què se l'acusa tingui també caràcter de delicte al país on ha estat comesa.*

És a dir, d'acord amb el Codi penal de 1990, l'excepció de la cosa jutjada fonamentada en una sentència dictada per un tribunal estranger sols podia oposar-se en el cas dels delictes comesos per andorrans en un país estranger, no en els altres casos en què el

Codi penal proclamava la competència exclusiva de la jurisdicció penal andorrana.

El vigent Codi penal de 2005 estableix el règim competencial a l'article 8, *Aplicació de la llei penal en l'espai*, que en el seu apartat 1 manté el principi de territorialitat: *La llei penal andorrana s'aplica a les infraccions intentades o consumades en el territori del Principat*. Afegint en un segon paràgraf: *La llei penal andorrana s'aplica a les infraccions intentades o consumades a bord de les naus, les plataformes fixes i les aeronaus andorranes i a l'espai aeri andorrà. També s'aplica quan una aeronau aterra en territori andorrà*.

L'article 8 del Codi penal també estableix supòsits d'extraterritorialitat del Codi penal per raó de la nacionalitat de l'autor o de la víctima (apartats 2 i 3), per raó de protecció de l'interès nacional (apartat 5), per raó de compromisos adquirits internacionalment (apartat 6) i per raó del principi de la justícia penal internacional (apartat 8).

Però aquest mateix article 8 sols estableix limitacions a la competència de la jurisdicció penal andorrana en dos supòsits: primer) en el cas dels delictes comesos a l'estranger per andorrans o contra víctima andorranes (apartats 2 i 3), doncs l'apartat 4 del mateix article disposa que: *En els supòsits dels punts 2 i 3 anteriors, la infracció penal només pot ser perseguida si es donen els següents requisits: a) Que la infracció tingui caràcter de delicte a l'Estat on ha estat comesa i no hagi prescrit. b) Que el responsable no hagi estat absolt, indultat o condemnat per la infracció o, en aquest últim cas, no hagi complert la totalitat de la condemna. En aquest darrer supòsit el compliment de la pena no pot excedir del màxim previst pel mateix delicte en aquest Codi, deduït el temps que s'hagi complert a l'estranger. c) Que hi hagi hagut denúncia o querella del Ministeri Fiscal.*; i, segon) en el cas de la competència de la jurisdicció penal andorrana per raó del principi de la justícia penal internacional (apartat 8), doncs d'acord

amb aquest apartat 8, la llei penal andorrana s'aplica *sempre que el responsable no hagi estat absolt, indultat o condemnat per la infracció o, en aquest últim cas, no hagi complert condemna. Si hagués complert la condemna en part, s'ha de tenir en compte per rebaixar proporcionalment la que li correspongui.*

Així, d'acord amb el vigent Codi penal i com succeïa amb el Codi penal de 1990, l'excepció de la cosa jutjada fonamentada en una sentència dictada per un tribunal estranger sols pot oposar-se en el cas dels delictes comesos per andorrans o contra andorrans en un país estranger i en els casos que s'atribueix competència a la jurisdicció penal andorrana per raó del principi de la justícia penal internacional (apartats 2, 3 i 8 de l'article 8), però en cap altre cas, i molt menys en el cas de les infraccions criminals comeses en territori d'Andorra, respecte dels quals entenem que la competència de la jurisdicció penal andorrana és exclusiva i excloent de qualsevol altra jurisdicció. (CONSIDERANT TERCER)

Un estudi del dret aplicable al Principat fa obligada la referència al Conveni per a la salvaguarda dels drets humans i de les llibertats fonamentals de 4 de novembre de 1950, al Protocol núm. 7 de la Convenció de 22 de novembre de 1984, i al Pacte internacional relatiu als drets civils i polítics, fet a Nova York el 16 de desembre de 1966, tots tres convenis signats, ratificats i publicats i, en conseqüència, integrants de l'ordenament jurídic andorrà, en virtut de l'article 3.4 de la Constitució.

El Conveni per a la salvaguarda dels drets humans i de les llibertats fonamentals no estableix cap disposició sobre la proscripció del principi *non bis in idem*, però sí ho fa el Protocol addicional núm. 7, fet a Estrasburg el 22 de novembre de 1984, que al seu article 4.1 disposa que *Ningú podrà ésser inculpat o sancionat penalment per un òrgan jurisdiccional del mateix Estat, per una infracció de la que ja hagi estat anteriorment absolt o condemnat en virtut de sentència definitiva conforme a la llei i al procediment penal d'aquest Estat.*

Cal significar que el precepte parla de ser *sancionat penalment per un òrgan jurisdiccional del mateix Estat*.

El Pacte internacional relatiu als drets civils i polítics, fets a Nova York el 16 de desembre de 1966, al seu article 14.7 disposa que *Ningú no pot ésser jutjat ni castigat per una infracció per la qual ja ha estat absolt o condemnat per sentència definitiva dictada de conformitat amb la llei i el procediment penal de cada país*.

També aquí cal significar que es parla de sentència definitiva *dictada de conformitat amb la llei i el procediment penal de cada país*.

Tant un com altre precepte semblen restringir la proscripció del principi *non bis in idem* a l'àmbit nacional, doncs parlen de *mateix Estat* i de *cada país*, amb la qual cosa entenem que neguen tot efecte transnacional al principi *non bis in idem*, i a la seva conseqüència processal de l'excepció de la cosa jutjada, interpretació que és correcta a la llum de la jurisprudència del Tribunal Europeu de Drets Humans, així com de la doctrina del Comitè de Drets Humans de les Nacions Unides (CDHNU).

El Comitè de Drets Humans de les Nacions Unides (CDHNU), quina funció és supervisar i vetllar pel compliment pels Estats signataris del Pacte internacional relatiu als drets civils i polítics, a la seva Comunicació núm. 204 emesa en data 16 de juliol de 1986 (cas A. P. c/ Itàlia) recorda que el paràgraf 7 de l'article 14 del Pacte no garanteix el *non bis in idem* respecte de les jurisdiccions nacionals de dos o més Estats, i que aquesta disposició únicament prohibeix que es processi a algú dos cops pel mateix delictes sols respecte de delictes enjudiciats en un mateix Estat.

El Tribunal Europeu de Drets Humans a la sentència de 2 de juliol del 2002 (Göktan c/ França), tractà de l'abast de la proscripció del *non bis in idem*. El cas sotmès al Tribunal era que el demandant havia estat condemnat pel Tribunal correccional d'Estrasburg a una pena de presó pels delictes d'importació,

adquisició, possessió i transport de substàncies estupefaents, i al mateix temps el mateix Tribunal l'havia condemnat per una infracció duanera, havent confirmat la Cambra d'apel·lació correccional de la Cour d'Appel de Colmar ambdues condemnes, tant la penal com la duanera. El Tribunal Europeu conclou a la seva sentència que no hi hagué violació de l'article 4 del Protocol addicional núm. 7 de la Convenció.

En aquesta sentència de 2 de juliol del 2002 el Tribunal reconeix que la jurisprudència relativa al principi *non bis in idem n'est pas très fournie*, i cita la sentència en el cas Ponsetti et Chesnel c/ France (núm. 36855/97 i núm. 41731/98) en la que considerà que la condemna a una multa per l'administració fiscal i a una pena per la jurisdicció penal no suposava violació del principi *non bis in idem* recollit a l'article 4 del Protocol núm. 7.

S'ha de tenir en compte que l'Estat francès, quan va ratificar el Protocol núm. 7, va formular una reserva a l'article 4, que acceptava sols en relació als assumptes competència dels tribunals en matèria penal, reservant-se la facultat de exercir la doble sanció penal i duanera.

En aquesta sentència de 2 de juliol del 2002 el Tribunal Europeu remarca que els treballs preparatoris del Protocol núm. 7 no aporten gaire llum en la matèria, a excepció de reflectir una concepció encara més estreta del principi *non bis in idem*, i subratlla que l'article 4 del Protocol núm. 7 prohibeix perseguir o castigar penalment a algú per les jurisdiccions del mateix Estat, per raó d'una infracció per la qual ja ha estat jutjat definitivament.

Coneixem la sentència de 15 de juny del 2015 del Tribunal Constitucional, dictada en el recurs d'empara 2015-6-RE, on es diu *Aquest Tribunal ha tingut l'ocasió d'afirmar reiteradament que la jurisprudència europea era un referent interpretatiu dels drets consagrats a escala constitucional a Andorra, concretament en la causa esmentada 2011-1-PI, sobre la interpretació de l'article 9 de la Constitució a la llum de l'article 4 del Protocol núm. 7.*

El Tribunal Constitucional en aquesta sentència de 15 de juny del 2015 cita una sentència de la Gran Sala del Tribunal Europeu de Drets Humans, la sentència de 10 de febrer del 2009 dictada en el cas Sergueï Zolotoukhine c/ Rússia (núm. 14939/03), *En una decisió important del 2009 de la Gran Sala (TEDH, Gde Ch., del 10 de febrer del 2009, Zolotoukhine c/ Rússia), el Tribunal d'Estrasburg va considerar de manera molt clara que calia entendre el principi non bis in idem com un principi que impedia – pels mateixos fets– no només l'acumulació de condemnes penals definitives, sinó també l'acumulació de procediments, cosa que l'Audiència Nacional Espanyola va considerar encertadament en el marc de la causa que ara ens ocupa (veg. més amunt la referència al FJ núm. 2 de l'aute del 17 d'octubre del 2005).*

Però la sentència de 10 de febrer del 2009 de la Gran Sala del Tribunal Europeu de Drets Humans (Zolotoukhine c/ Rússia) que el Tribunal Constitucional cita a la seva sentència del 15 de juny del 2015 (causa 2015-6-RE), tracta d'un supòsit que no té res a veure amb els fets dels presents autes. La sentència de 10 de febrer del 2009 tracta d'uns fets que fan referència a una condemna administrativa i a un procediment penal seguits a Rússia contra el senyor Zolotoukhine per uns mateixos fets, havent estat declarat culpable i sancionat administrativament per una infracció del Codi d'infraccions administratives, i altrament declarat culpable i condemnat en un procés penal per un delictes previst al Codi penal. La Gran Sala va concloure que hi havia hagut violació de l'article 4 del Protocol núm. 7, doncs es tractava de dues resolucions dictades per òrgans d'un mateix Estat.

El cas contemplat a la sentència de la Gran Sala de 10 de febrer del 2009 no té, doncs, res a veure amb els fets dels presents autes en que es tracta de procediments seguits en dos Estats diferents, Alemanya i el Principat, no en un mateix Estat com és el cas contemplat per la Gran Sala. (considerant quart)

La sentència de 10 de febrer del 2009 de la Gran Sala del Tribunal Europeu de Drets Humans cita l'article 54 del Conveni d'Aplicació de l'Acord de Schengen de 14 de juny de 1985 («CAAS») que diu: *Una persona que hagi estat condemnada per sentència ferma per una Part contractant, no podrà ser perseguida pels mateixos fets per altra Part contractant, sempre que, en el cas de condemna, s'hagi executat la sanció o s'estigui executant o no es pugui ja executar segons la legislació de la Part contractant on hagi tingut lloc la condemna.*

El Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees (TJCE) reconeix el principi *non bis in idem* com principi fonamental del Dret comunitari (Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM) y altres contra la Comissió, C-[238/99](#) P, C-[244/99](#) P, C-[245/99](#) P, C-[247/99](#) P, C-[250/99](#) P à C-[252/99](#) P & C-[254/99](#), punto 59, 15 octubre 2002), sempre supeditat al triple requisit de la identitat dels fets, unitat d'infractor i unitat d'interès jurídic protegit. Així, el TJCE declara que aquest principi prohibeix *sancionar a una mateixa persona més d'un cop per un mateix comportament il·lícit amb la finalitat de protegir el mateix bé jurídic.*

Assenyala el TJCE que el principi *non bis in idem* consagrat a l'article 54 del Conveni d'Aplicació de l'Acord de Schengen *implica necessàriament que existeixi una confiança mútua dels Estats contractants en els seus respectius sistemes de justícia penal i que cadascun dels Estats accepti l'aplicació del Dret penal vigent als demás Estats contractants, tot i que l'aplicació del propi Dret nacional porti a una solució diferent.*

No cal recordar que el Conveni d'Aplicació de l'Acord de Schengen sols regeix als Estats de l'espai Schengen, per tant no és vigent al Principat d'Andorra, com tampoc ho són el Conveni Europeu nº 73, Sobre la transmissió de procediment en matèria penal, fet a Estrasburg el 15 de maig de 1972, i el Conveni Europeu nº. 70, Sobre el valor internacional de les sentències

penals, fet a La Haia el 28 de maig de 1970, doncs no han estat signats per l'Estat andorrà.

Els dos esmentats Convenis europeus sí contemplen l'efecte transnacional del principi *non bis in idem*, i la seva conseqüència processal de l'excepció de la cosa jutjada (article 35.1 del Conveni Europeu nº 73 i article 53.1 del Conveni Europeu nº 70), però ambdós Convenis també estableixen una excepció, fonamentada en el principi de sobirania dels Estats, ja que disposen que qualsevol Estat Contractant en el que s'hagi comés el fet delictiu o que consideri haver-se comés segons la seva llei nacional, no estarà obligat a reconèixer l'efecte del *non bis in idem* excepte en el cas de que aquest mateix Estat hagués sol·licitat la instrucció del procediment, és a dir, quan hagi renunciat a perseguir els fets sol·licitant que siguin perseguits en l'altre Estat.

L'ordenament jurídic andorrà contempla aquesta possibilitat de renunciar a la persecució del delictes i *cedir el procediment* a un altre Estat. L'article 30 de la Llei de cooperació penal internacional i de lluita contra el blanqueig de diners o valors producte de la delinqüència internacional i contra el finançament del terrorisme, del 29 de desembre del 2000, disposa que *Quan hi hagi indicis de criminalitat contra una persona per un delictes comès a Andorra i que no pugui ser localitzada al Principat, especialment quan la seva extradició no sigui possible per raons de dret intern del país estranger, el Ministeri Fiscal, amb l'acord previ del batlle instructor o, si escau, del Tribunal competent, pot trametre les actuacions a l'estat demandant perquè la persona hi sigui jutjada.*

Aquest article 30 de la Llei de cooperació penal internacional estableix una excepció, entenem que la única, al principi de la competència exclusiva i exclouent de la jurisdicció penal andorrana per raó territorial de l'article 8.1 del Codi penal, *La llei penal andorrana s'aplica a les infraccions intentades o consumades en el territori del Principat i també a les infraccions connexes o indivisibles que han estat intentades o comeses fora del territori*

d'Andorra, de manera que l'excepció de cosa jutjada en base a una sentència ferma d'un tribunal estranger no és aplicable en els casos dels delictes comesos en el territori d'Andorra, amb la única excepció de que, en aplicació de l'article 30 de la Llei de cooperació penal internacional, s'haguessin tramés les actuacions a l'altre Estat perquè la persona hi sigui jutjada.

Reiterem, a la vista de tot el que s'ha exposat, que la competència de la jurisdicció penal andorrana és exclusiva i excloent de qualsevol altra jurisdicció en el cas de les infraccions criminals comeses en territori d'Andorra (article 8.1 del Codi penal), de manera que l'excepció de la cosa jutjada fonamentada en una sentència dictada per un tribunal estranger sols pot oposar-se en el cas dels delictes comesos per andorrans o contra andorrans en un país estranger i en els casos que s'atribueix competència a la jurisdicció penal andorrana per raó del principi de la justícia penal internacional (article 8 apartats 2, 3 i 8, únics apartats en els que de manera expressa s'estableix l'excepció). A això no obsta la prohibició de doble sanció que estableix l'article 9.1 del Codi penal, per venir referida al supòsit d'un fet que constitueix més d'una infracció criminal, el concurs de lleis.

Aquesta interpretació no és gens agosarada a la vista del dret comparat, doncs el Codi penal francès conté en aquesta matèria un regulació gairebé idèntica a la del Codi penal andorrà, establint el principi de la competència de la Llei penal francesa per raó de territorialitat, amb supòsits d'extraterritorialitat per raó de la nacionalitat de l'autor o de la víctima. Però el Codi penal francès sols contempla l'excepció de la cosa jutjada fonamentada en una sentència dictada per un tribunal estranger en el cas dels delictes comesos fóra del territori de la República per nacionals francesos o contra víctimes de nacionalitat francesa, no en el cas de delictes comesos al territori de la República.

La llei processal penal francesa contempla l'excepció de la cosa jutjada com a causa d'extinció de l'acció penal (article 6) si bé

els seus efectes queden limitats a les infraccions comeses fóra del territori de la República (article 692). I, al respecte, la jurisprudència és clara: *Cour de cassation, 98-80413 : Lorsqu'un étranger a commis en France un crime et a été condamné définitivement dans son pays pour cette infraction à la suite d'une dénonciation officielle des faits par les autorités judiciaires françaises, l'action publique en France n'est pas éteinte par la chose jugée. Cour de cassation, 07-83829 : l'exception de chose jugée prévue aux articles 113-9 de code pénal et 692 du code de procédure pénale ne saurait faire obstacle à l'exercice des poursuites exercées sur le fondement de la compétence territoriale française.* (CONSIDERANT CINQUÈ)

I, afegim, que la regulació al respecte de la llei espanyola (article 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) és idèntica a la del Codi penal andorrà i a la legislació francesa.”

En base a tots els arguments exposats, el Tribunal entén que l'excepció de cosa jutjada, en base a la condemna dels acusats per la sentència ferma dictada pel Jutjat del Penal núm. 1 de Lleida (Espanya) ha de limitar els seus efectes als fets comesos pels acusats fora del territori andorrà, és a dir, la distribució a Espanya de medicaments prohibits, prèvia comanda via internet i remetent els medicaments per missatgeria des de La Seu d'Urgell, però no als fets que haguessin estat comesos en territori andorrà, és a dir, la dispensació i/o distribució dels medicaments prohibits dins del territori Andorra, sigui de manera presencial a la mateixa farmàcia, sigui mitjançant lliurament en altre lloc del territori andorrà, en el cas de què així resulti de prova de càrrec vàlida que hagi estat practicada en la present causa.

CONSIDERANT TERCER. Plantegen les defenses la nul·litat del procediment amb els arguments de que el Servei de Policia va iniciar la investigació en base a informacions rebudes de la Policia catalana Mossos d'Esquadra per conducte no oficial, havent

procedit, sense prèvia autorització de la Batllia ni comunicació a la Fiscalia, a l'escorcoll dels locals de la F. D'E.. Entenen les defenses dels acusats que les proves han estat obtingudes en el marc d'un procediment inadequat ja que, al seu entendre, calia una comissió rogatòria. I afegeixen que la nul·litat hauria de comprendre la comissió rogatòria internacional enviada pel Jutjat d'Instrucció núm. 1 d'Olot, Girona (Espanya), perquè es va adreçar una batlle que no tenia cap causa oberta, quan s'havia de passar pel torn, d'acord amb l'article 43 del Codi de procediment penal.

De les actuacions resulta que, arran d'una investigació duta a terme a Espanya pel Cos de Policia-Mossos d'Esquadra per dopatge a l'esport, en el curs de la qual s'identificà una farmàcia del Principat d'Andorra com a proveïdora dels productes dopant, la policia catalana n'informà al Servei de Policia i aquest inicià una investigació prop de la F. D'E., radicada a Encamp, de la que n'era titular administrativa E. P. P., llicenciada en farmàcia.

L'actuació del Servei de Policia s'emmarcà en les seves funcions, doncs l'article 9 de la Llei 8/2004, del 27 de maig, qualificada del Cos de Policia disposa que *El Cos de Policia exerceix les funcions de Policia Judicial que li corresponen d'acord amb la Constitució, la Llei qualificada de la Justícia, la Llei del Ministeri Fiscal, la Llei qualificada de modificació del Codi de procediment penal i la resta de legislació vigent.*

D'acord amb l'article 22 del Codi de procediment penal *els funcionaris de policia, quan tinguin coneixement que s'ha comès algun fet punible, han de notificar-ho al Ministeri Fiscal i procedir a la investigació immediata, practicant totes les diligències necessàries.* És a dir, el Servei de Policia no sols pot sinó que està obligat a actuar d'ofici tant aviat rep la *notitia criminis*.

L'esmentat article 22 obliga a la notificació al Ministeri Fiscal, obligació que deriva de la funció que té atribuïda el Ministeri Fiscal de direcció de l'acció de la Policia per a l'esbrinament de fets que puguin ser constitutius d'infracció penal, mentre un batlle instructor

no hagi incoat diligències prèvies o bé sumari (article 3.3 de la Llei del Ministeri Fiscal). Aquesta notificació al Ministeri Fiscal no és, en cap cas, un tràmit processal sinó que es tracta d'una de les comunicacions internes que, entre altres, es produeixen entre el Servei de Policia i la Fiscalia i que no transcendeixen a les actuacions processals. Per això, la manca de notificació en cap cas pot afectar a la validesa de l'actuació policial ni, molt menys, comprometre el bon fi de la posterior instrucció sumarial.

I l'article 26.1. a) del mateix Codi faculta al Servei de Policia, per reunir les proves necessàries, *procedir a les perquisicions necessàries amb el consentiment previ i signat de la persona que ocupi el lloc i sempre amb l'obligació de notificar-li prèviament el dret que té de negar-s'hi. En cas de negativa o d'absència de la persona interessada, la policia necessita autorització escrita del batlle.*

Fou així que, en virtut de les funcions de Policia Judicial que té atribuïdes el Servei de Policia i havent rebut notícia de la policia catalana d'una activitat presumptament delictiva duta a terme per una farmàcia radicada al Principat, agents del Servei de Policia en data 18 de febrer del 2011 es desplaçaren, junt amb l'inspector farmacèutic de M.I. Govern d'Andorra Sr. Agustí PERIS TAPIA, a la F. D'E., radicada a Encamp, de la que n'era titular administrativa l'acusada E. P. P., amb la finalitat de realitzar un registre.

A la data del 18 de febrer del 2011 no hi havia cap demanda a la Batllia, ni a la Fiscalia General, d'auxili judicial internacional formulada per les autoritats judicials espanyoles, concretament pel Jutjat d'Instrucció núm. 1 d'Olot, sinó tant sols una comunicació de la policia catalana a la policia andorrana de la comissió al Principat d'Andorra uns fets presumptament delictius, per la qual cosa la policia andorrana no tenia obligació de sotmetre a l'autoritat judicial la seva incipient investigació, mentre no practiqués cap de les diligències d'investigació que exigeixen la intervenció del Batlle.

Pel que fa a la suposada nul·litat de la comissió rogatòria internacional enviada pel Jutjat d'Instrucció núm. 1 d'Olot, Girona (Espanya), per haver-se omès el tràmit del torn, d'acord amb l'article 43 del Codi de procediment penal, ja que la Batlle que va tramitar-la no tenia cap causa oberta, cal dir que de l'examen de les actuacions resulta que les presents actuacions s'iniciaren en data 10 de març del 2011, data de la incoació de les Diligències prèvies DP-971-4/11 pel presumpte delictes d'elaboració i tràfic de substàncies nocives contra els titulars de la F. D'E. (foli 9), i que fou en data 25 de març del 2011 quan a la mateixa Batllia es registrà la comissió rogatòria internacional núm. 062-4/11 provinent del Jutjat d'Instrucció núm. 1 d'Olot, Girona (Espanya) en la que es sol·licitava que per part de la policia andorrana es procedís a clonar el disc dur intervingut a la F. D'E. el dia 18 de febrer del 2011, i es trametés a la Policia de la Generalitat-Mossos d'Esquadra per tal que procedeixin al seu anàlisi i estudi (folis 15-31).

Com sigui que ja hi havia una Batllia que instruïa Diligències prèvies pels fets imputats a la F. D'E., i que disposava dels elements probatoris que motivaren la comissió rogatòria internacional del Jutjat d'Instrucció núm. 1 d'Olot, el fet que la mateixa Batllia registrés la comissió rogatòria no sols no va suposar cap vulneració de l'article 43 del Codi de procediment penal sinó que s'ajustà plenament a l'article 44 del mateix Codi, precepte que era d'aplicació enlloc de l'article 43.

CONSIDERANT QUART. Una segona qüestió, que s'al·lega amb caràcter subsidiari a l'anterior de nul·litat del procediment i en referència a les proves obtingudes durant la perquisició de la F. D'E. es la nul·litat de la perquisició perquè, segons les defenses dels acusats, va ser feta amb vulneració dels drets a la intimitat, a la defensa i a un procés degut, per haver-se practicat dit escorcoll, en el que es va intervenir l'ordinador personal de l'acusada E. P. P.,

ordinador que estava a la rebotiga, sense l'autorització expressa d'aquesta i sense cap autorització judicial, sense que la bossa precintada on es va guardar l'ordinador, ni cap altra de les bosses precintades amb els objectes segrestats durant l'escorcoll, fossin signades per l'acusada, no havent-hi cap inventari dels béns que la policia es va endur de la farmàcia, incomplint-se els articles 27.2 i 26 del Codi de procediment penal, fent notar la també irregularitat de què, malgrat l'escorcoll es va practicar en data 18 de febrer del 2011, no fou fins a la data del 10 de març del 2011 quan la policia lliurà a la Batllia l'informe policial, l'ordinador i la documentació segrestada durant l'escorcoll, infringint el termini establert legalment, en virtut del que disposa l'article 31 en relació amb l'article 28 del Codi de procediment penal. Per tot l'exposat, les defenses dels acusats entenen que hi ha hagut una vulneració dels drets a la intimitat, a la defensa i a un procés degut, que determina la nul·litat de totes les proves consistents en l'ordinador i la documentació segrestats a la F. D'E. el dia 18 de febrer del 2011 i, per connexió d'antijuridicitat, de tot el sumari.

El principal argument és que la farmacèutica titular de la F. D'E., E. P. P., va signar l'autorització per a la perquisició sense informar-la dels fets, no havent-se tampoc respectat els articles 24 i 25 del Codi de procediment penal perquè la perquisició es va dur a terme sense intervenció d'advocat. També s'al·lega la nul·litat per haver-se trencat la cadena de custòdia.

En un estat de dret, modern i democràtic com el que ens ha donat la Constitució de 1993, que proclama com a valors màxims del nostre ordenament la llibertat, la justícia, la democràcia i el progrés social, la mesura d'investigació consistent en la perquisició del domicili no s'ha de contemplar sols des del punt de vista de l'eficàcia de la mesura per a la investigació d'uns fets delictius, sinó des del punt de vista de que és una intromissió en el dret fonamental a la intimitat de les persones. Aquest és el tret distintiu

d'un estat democràtic front un estat policíac, la supeditació de l'eficàcia al respecte dels drets fonamentals.

La Constitució del Principat en el seu article 15 garanteix la inviolabilitat del domicili, al qual no es pot entrar sense el consentiment del titular o sense manament judicial, excepte en el cas de delictes flagrants.

En el cas de la perquisició a la F. D'E. no ens trobàvem en un supòsit de delictes flagrants, entès com la percepció evident de la comissió del delictes que obliga a una immediata intervenció per impedir la seva consumació o la fugida del culpable, o per protegir a la víctima i evitar la desaparició dels instruments i efectes del delictes. Notes característiques del delictes flagrant és la immediatesa temporal, és a dir, el delictes s'està cometent o s'acaba de cometre fa pocs instants, i la immediatesa personal, que el culpable es trobi en el lloc de comissió del delictes o en les proximitats i en possessió dels instruments i efectes del delictes que n'acrediten la seva participació. Cap d'aquestes notes podien apreciar-se en el cas d'autes. Per tant, la legalitat de la perquisició a la F. D'E. estava condicionada al requisit primordial del consentiment de la titular de la farmàcia o, en el seu defecte, a l'autorització judicial.

Altrament, tot i que la farmàcia sigui un establiment obert al públic, no totes les dependències de la farmàcia poden tenir al consideració d'establiment públic. Ens referim a la zona coneguda col·loquialment com la rebotiga, o peça que hi ha darrera de la botiga pròpiament dita, que és una zona vetada al públic i en la que es poden dur a terme activitats privades, per la qual cosa gaudeix de la protecció que la Llei atorga al domicili, de manera més notòria en el cas de les farmàcies que, com és sabut, presten un servei de torn de guàrdia permanent, el que fa que la rebotiga serveixi de zona de descans i habitació. I en el cas d'autes consta que la perquisició es va practicar no sols a la zona oberta al públic sinó també a la *rebotica* i al magatzem, i precisament fou a la rebotiga on es trobà l'un ordinador portàtil marca Toshiba (foli 5).

La perquisició del domicili està abastament regulada als articles 26.1 i 76 a 79 del Codi de procediment penal i exigeix el requisit primordial del consentiment del titular o, en el seu defecte, a l'autorització judicial.

En el cas d'autes, la perquisició es va practicar havent obtingut autorització de la farmacèutica titular de la farmàcia, E. P. P., després d'haver-la informat en els termes següents: *D'acord amb l'establert a l'article 26 de la Llei 10/2005 del 21 de febrer, qualificada de modificació del Codi de Procediment Penal, i després d'haver-li notificat el seu dret a negar-s'hi, la persona interessada autoritza al Cos de Policia, acompanyats de l'inspector farmacèutic del M.I. Govern d'Andorra, en Agustí PERIS TAPIA a efectuar una perquisició que té per finalitat d'incautar els productes i/o els instruments dels presumpte delictes 276 del codi penal o de qualsevol altre delictes, a la F. D'E., radicada a Encamp (foli 2).*

Atesa la protecció constitucional de què gaudeix el domicili de les persones, abastament justificada per la greu afectació que el registre suposa pel dret a la intimitat del titular, no val qualsevol consentiment sinó, exclusivament, aquell consentiment informat i lliure.

Sols podem entendre com consentiment informat aquell que presta el titular del domicili un cop ha estat correctament assabentat dels fets que motiven la perquisició, entenent com aitals els fets presumptament delictius, exposició dels fets que ha de fer-se de manera prou suficient i comprensible, no havent-hi prou amb la cita dels preceptes legals que contenen el tipus penal.

L'article 24.1 del Codi de procediment penal disposa que *Tota persona sospitosa o detinguda en relació amb la qual s'hagi d'efectuar un registre domiciliari o un reconeixement d'identitat, ha de ser informada, de manera que ho entengui, i de forma immediata, dels fets que originen la investigació.* I també ha d'ésser assabentada del seu dret a negar-se a autoritzar la

perquisició (article 26.1 a) *in fine*) i de les conseqüències que poden derivar-se de dita actuació policial.

Consentiment lliure és aquell que el titular l'atorga en absència de qualsevol tipus de coerció que, directa o indirectament, pugui condicionar la seva decisió.

Així, sols el consentiment atorgat en aquestes condicions es pot considerar vàlid i eficaç per dotar de legalitat a la restricció del dret fonamental a la intimitat, del que emana la protecció constitucional del domicili de les persones.

Examinada la diligència que obra al foli 2, és obvi que en el cas d'autes el consentiment atorgat per la titular de la farmàcia E. P. P. no es pot considerar suficientment informat, doncs consta que fou informada tant sols de que s'anava a *efectuar una perquisició que té per finalitat d'incautar els productes i/o els instruments dels presumpte delicte 276 del codi penal o de qualsevol altre delicte*, del que resulta que no fou informada suficientment dels fets presumptament delictius que s'investigaven, doncs la informació es limità a la cita d'un article del Codi penal (l'article 276) que, a més a més, no era l'article en el que es podia encabir l'activitat presumptament delictiva de la titular de la farmàcia, que era l'article 273, no el 276. D'altra banda, l'expressió *o de qualsevol altre delicte*, és tan genèrica que en absolut suposa garantia d'obtenció d'un consentiment informat.

Altrament es de veure que en la pràctica de la perquisició a la F. D'E. no es compliren les prescripcions legals.

Mana l'article 26.1 c) del Codi de procediment penal que *si es procedeix a una perquisició s'han de complir les formalitats previstes als punts a) i b) anteriors*, i aquestes formalitats són, en essència i a més a més del consentiment previ del titular o, en cas de negativa, autorització del Batlle, precintar els objectes intervinguts i adjuntar-los a les diligències practicades, *juntament amb l'inventari complet*. Del que en resulta que de la perquisició

se'n ha de redactar una acta i en unitat d'acte, que hauran de signar els agents actuant i també l'interessat, si és present a la diligència o, en el seu cas, la persona que el representa. L'acta ha de reflectir el contingut de la diligència i contenir la descripció de tots els objectes que s'intervenien, inventari dels objectes intervinguts que no es pot fer posteriorment, salvat el supòsit previst en el darrer paràgraf de la lletra b) de l'article 26.1 del Codi de procediment penal, quan *la policia no hagi tingut temps material d'examinar tots els objectes retinguts, aquests objectes s'han de lliurar al batlle, llevat que, mitjançant l'autèntic raonat corresponent, el batlle autoritzi la policia a examinar-los per un termini màxim de deu dies.*

En un cas com el de autes, en el que la perquisició es practica per agents del Servei de Policia previ obtenir el consentiment de l'interessat, cal que el precinte dels objectes intervinguts es practiqui en presència de l'interessat, o de la persona que el representa, i en unitat d'acte amb la perquisició, als efectes de garantir convenientment la cadena de custòdia doncs, al respecte, a l'article 26.1 lletra b) també es disposa que *El precinte de tots els béns intervinguts pot ser aixecat únicament pel batlle o el tribunal.*

Altrament, és obvi que en el cas de que la perquisició es practiqui en presència el Secretari Judicial, serà aquest qui tindrà cura d'aixecar l'acta i inventari de tots els objectes intervinguts, si bé no caldrà el seu precinte quan el Secretari esdevingui el custodi dels objectes intervinguts doncs, essent dipositari de la fe pública judicial, la cadena de custòdia ja queda prou garantida, sense necessitat del precinte.

En el cas de la perquisició de la F. D'E. no sols no es va aixecar acta sinó que tampoc es va fer un inventari dels objectes intervinguts en unitat d'acte amb la perquisició, doncs consta que l'inventari de les peces intervingudes (comprovants dels enviaments de l'empresa N., i M., classificadors amb documentació

bancària, llibreta amb adreces, altra documentació i un ordinador portàtil Toshiba) fou elaborat en data 23 de febrer del 2011, sense que hi consti la signatura de la titular de la farmàcia, present en la diligència de registre (foli 3). Tampoc consta que les bosses precintades amb els objectes segrestats durant la perquisició fossin signades per la titular de la farmàcia que, recordem, va estar present durant tota la perquisició.

Les defenses dels acusats també fonamenten la nul·litat de la perquisició en la manca d'intervenció del lletrat defensor a dita diligència, incomplint el que disposa l'article 25.2 del Codi de procediment penal.

L'actual article 25.2 disposa que *l'advocat pot intervenir i assistir en els registres domiciliaris i els reconeixements d'identitat de què sigui objecte la persona sospitosa o detinguda, i fer constar en l'acta corresponent qualsevol manifestació que vulgui emetre*. Però aquesta redacció fou introduïda per la Llei 17/2014, del 24 de juliol, qualificada de modificació de la Llei qualificada de modificació del Codi de Procediment Penal, del 10 de desembre de 1998, que entrà en vigor l'endemà de la seva publicació (BOPA del 3 de setembre del 2014). I el mateix article 25.2, en la seva redacció anterior a dita reforma, no reconeixia a l'advocat designat la facultat d'intervenir i assistir en els registres domiciliaris. En virtut del principi processal de *tempus regit actum*, la no intervenció de l'advocat designat en la perquisició no podia invalidar la diligència quan dita intervenció no venia reglada per la llei processal vigent al temps de la pràctica de aital diligència d'investigació.

CONSIDERANT CINQUÈ. Conclusió de tot el que s'ha raonat a l'anterior CONSIDERANT és la nul·litat de la perquisició practicada pels agents del Servei de Policia en data 18 de febrer del 2011 a la F. D'E. i, en conseqüència, nul·litat de totes les proves obtingudes en dita perquisició, com són totes les peces intervingudes (comprovants dels enviaments de l'empresa N., i M.,

classificadors amb documentació bancària, llibreta amb adreces, altra documentació i un ordinador portàtil Toshiba) relacionades al foli 3, i de totes aquelles altres proves que dimanen, directa i exclusivament, de dita diligència, en virtut de l'article 1.2 del Codi de Procediment Penal, que disposa que *no produeixen efecte les proves obtingudes, directa o indirectament, violant els drets o les llibertats fonamentals*, en interpretació segons la doctrina de la connexió d'antijuricitat, *que no està fonamentada en la pura causalitat material sinó en una causalitat jurídica, de manera que per a que la prova incriminària vingui contaminada per la prova nul·la i, per tant, manqui de caràcter incriminària, ha de tenir vinculació directa i portar causa única de la prova nul·la* (sentència de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia de 10 d'abril del 2008, Rotlle núm. 43/07, Causa núm. TC-113-3/05). És el cas de la declaració de J. A. P. M., preparador físic amb domicili al Principat, que declarà com encausat a la Batllia, doncs l'existència i identitat d'aquest fou obtinguda arran de la perquisició a la farmàcia. El Tribunal en l'acte del judici oral ja va acordar la nul·litat de la prova testifical de J. A. P. M., proposada pel Ministeri Fiscal, excusant a dit testimoni de comparèixer al judici oral.

La nul·litat de la perquisició a la F. D'E. determina també la nul·litat de l'acte de data 29 de març del 2011, pel que la Batlle instructora autoritzà al Servei de Policia a analitzar el contingut de l'ordinador intervingut en el registre a la farmàcia (folis 48-56).

Així, no pot valdre com a prova de càrrec la informació obtinguda de l'ordinador portàtil i de la documentació que fou ocupada a la perquisició de la farmàcia (folis 133-497), així com les actuacions posteriors a dita perquisició que de ella deriven de manera directa i exclusiva.

Contràriament, sí integren prova de càrrec vàlida totes aquelles actuacions que, essent anteriors la data de la perquisició, el 18 de febrer del 2011, han estat incorporades als autes. Ens referint a la prova documental integrada pel testimoni de les

actuacions del Jutjat d'Instrucció núm. 1 d'Olot, Girona (Espanya) que comprenen el contingut de les comunicacions intervingudes a M. A. G. B. (converses telefòniques, sms i e-mails), intervenció acordada per aute del mateix Jutjat d'Instrucció de data 13 de desembre del 2010 (folis 570-572), així com els registres als domicilis de M. A. G. B. a Manresa i Gironella, autoritzats per sengles autes de 14 de febrer del 2011 del Jutjat d'Instrucció núm. 1 d'Olot Manresa, Barcelona (folis 871-874 i 884-887), i les declaracions de M. A. G. B., encausat a les diligències prèvies del Jutjat d'Instrucció núm. 1 d'Olot, i de testimonis esportistes consumidors de les substàncies dopant, com és el cas de N. S. S. i de J. A. C..

En relació a la intervenció de les comunicacions acordada pel Jutjat d'Instrucció núm. núm. 1 d'Olot, les defenses plantegen la nul·litat de dita diligència d'investigació per manca de tria contradictòria, doncs al·leguen que s'ha unit a la causa una còpia de les comunicacions, però no una còpia autèntica, el que ha impedit realitzar la tria contradictòria i l'examen de les comunicacions en la seva totalitat, no existint tampoc cap mena d'acarament de la còpia de les comunicacions amb el contingut de les gravacions originals.

Cal treure novament a col·lació un dels principis del dret processal, *locus regit actum*, en virtut del qual les formalitats i solemnitats dels actes jurídics venen regits per la legislació del país on es celebren. No hi ha cap motiu que permeti sospitar que la pràctica de la intervenció de les comunicacions acordada per Jutjat d'Instrucció núm. núm. 1 d'Olot no fou ajustada a les prescripcions de la llei espanyola i, en tot cas, els dos acusats en la present causa tingueren cabdal i oportú accés al contingut de les diligències prèvies del Jutjat d'Instrucció núm. núm. 1 d'Olot, doncs eren part imputada i, en conseqüència, gaudiren d'assistència lletrada i de totes les facultats que l'estatus d'imputat els conferia, podent sol·licitar i intervenir en tota confrontació del contingut de

les intervencions de les comunicacions amb les gravacions originals.

Consten a la causa transcripcions de les converses mantingudes per M. A. G. B., encausat a les diligències prèvies del Jutjat d'Instrucció núm. 1 d'Olot i que era qui adquiria els productes dopant a la F. D'E. i els distribuïa entre esportistes, amateurs i professionals, de diverses localitats catalanes que els consumien:

- Conversa telefònica del dia 1 de febrer del 2011 de M. A. G. B. en la que la seva interlocutora li diu que hauran d'anar a Andorra, i M. A. G. B. li respon que *me ha llegado un paquete de Andorra ahí de la farmacéutica.....sí de la andorrana esa...De la E., de la E.* (foli 845 revers, repetida al foli 1076 revers). Encara encara que sembla que parlen del medicament THIOMOCASE, que no consta entre els medicaments prohibits, aquesta conversa és indici de la relació de M. A. G. B. amb la F. D'E., de compres que li envien per missatgeria.

- Trucada telefònica del dia 10 de febrer del 2011 de M. A. G. B. a l'empresa de missatgeria N. preguntant per un paquet de la F. D'E. que li falta (foli 1081). Aquesta conversa és de pocs minuts després d'una altra trucada de N. a M. A. G. B. avisant-li que li han de dur un paquet i preguntant-li si està a casa (foli 1081 revers).

I dels e-mails entre la F. D'E. i M. A. G. B., enviats des de la web de dita farmàcia al telèfon mòbil de M. A. G. B.:

- Dia 3 de desembre del 2010, en resposta a un e-mail de M. A. G. B. del dia anterior demanant-li preus de varis productes, *Hola Te envio una relación de los precios solicitados*, entre altres medicaments, *EPREX 6x0,5 ml 93 EUR**, *EPREX 6x0,5 ml 169 EUR**, *EPREX 6x0,3 ml 253 EUR**, *EPREX 6x0,4 ml 332 EUR**, *EPREX 1 St 673 EUR** (folis 1375-1376).

- E-mail del mateix dia 3 de desembre del 2010 de la farmàcia a M. A. G. B. indicant-li el núm. de compte corrent per

efectuar el pagament via transferència i invitant-lo a consultar la pàgina web de la farmàcia (foli 1377).

- E-mail de 24 de gener del 2011 M. A. G. B. demana, entre altres productes, 1 DECA - fent referència al DECADURABOLIN - i 1 TESTEX 100 mg, afegint *I más cosas que compraré en la tienda*, i en resposta la farmàcia via e-mail del dia 26 li contesta que ho tindrà preparat per demà i preguntant-li *pasarás a recogerlo o te lo enviamos*, i e-mail de 2 de febrer del 2011 on M. A. G. B. fa una comanda de 4 SOLCOSERYL (folis 1375-1380).

Cal fer notar que tots els e-mails els creua M. A. G. B. amb l'acusada E. P. P.. Amb un *Hola E.* principien els e-mails.

També els e-mails amb F. P. (folis 1466 i següents).

Consten a la causa testimoni dels registres dels domicilis de M. A. G. B..

Al registre efectuat en data 15 de febrer del 2011 (encara que a l'acta i consta erròniament l'any 2010) al domicili de M. A. G. B., radicat a Manresa, autoritzat per aute de 14 de febrer del 2011 del Jutjat d'Instrucció núm. 1 d'Olot (folis 871-874), es trobaren un total de quaranta-quatre xeringues d'EPREX; dues xeringues i set caixes de DECADURABOLIN; tres sobres amb deu càpsules cadascun d'ANDRIOL TESTOCAPS (folis 1260-1262 i 944 revers-945 revers). I al registre efectuat també el dia 15 de febrer del 2011 al seu domicili radicat a Gironella, autoritzat per aute de 14 de febrer del 2011 del Jutjat d'Instrucció núm. 1 d'Olot (folis 884-887), es trobaren dos xeringues d'EPREX; vuit caixes de DECADURABOLIN 50; cinc caixes de TESTEX; sis blisters de deu càpsules d'ANDRIOL TESTOCAPS; una caixa amb cinc vials de DECADURABOLIN; dos blisters de deu comprimits de LEVOTROID; tres caixes de 20 comprimits de PRAXILENE, més catorze comprimits de PRAXILENE (folis 924 revers-925 revers i 943-944 revers). Un bon nombre dels medicaments intervinguts es

corresponen amb les comandes fetes per M. A. G. B. via internet a la F. D'E..

Consta en el testimoni les declaracions fetes per M. A. G. B., en data 16 de febrer del 2011 davant del Cos de Policia-Mossos d'Esquadra, en qualitat de detingut amb assistència lletrada, on manifestà que havia comprat per internet a la F. D'E. d'Andorra, que hi ha comprat LEVOTROID, PRAXILENE, FERRICID, DECADURABOLIN, TESTEX i SOLCOSERYL, que ho comprava per internet a la farmàcia i li enviaven per missatgeria (foli 958 revers, repetida al foli 1364).

I d'entre les declaracions dels varis esportistes espanyols consumidors dels medicament dopant, n'hi ha dos que diuen haver comprat de manera presencial, és el cas de N. S. S., ciclista federat que en data 30 de maig del 2011 davant Mossos d'Esquadra declarà en qualitat de testimoni i manifestà haver comprat TESTEX, que va recollir en persona a la F. D'E., i que en una altra ocasió hi va adquirir ACTOVEGYN en comprimits, encara que respecte d'aquesta darrera compra no especifica si va ser presencial o a través d'internet (foli 1763 revers). I de J. A. C., atleta no federat, que en data 1 de juny del 2011 declarà davant Mossos d'Esquadra, en qualitat de testimoni, i manifestà haver comprat ANDRIOL a la F. D'E., en quatre ocasions, tres d'elles de manera presencial, *fue directamente a Andorra a buscar el producto*, i que la darrera ocasió feia aproximadament un any (foli 1775 revers).

D'altra banda, consta a les actuacions captures de la web de la F. D'E., efectuades en data 19 de febrer del 2011, pàgina web en la que s'ofereix ANDRIOLTESTOCAPS 40 MGR al preu de 58 euros, i SOLCOSERYL injectable, 5 ampolles de 5 ml, al preu de 74 euros, amb el comentari de que *En ciertos países de la Comunidad Europea su uso está reservado a medios hospitalarios* (folis 1366 revers-1369), observant-se com a la mateixa pàgina web hi ha un carret per poder fer les compres *on line*, i

documentació acreditativa d'enviaments via missatgeria des de l'oficina de N. a La Seu d'Urgell de dos paquets, essent remitent la F. D'E. i destinatari M. A. G. B., de Gironella, dies 31 de gener i 9 de febrer del 2011, amb manifestacions de la persona responsable de l'oficina de missatgeria de que tots els paquets provinents d'Andorra han estat entregats en mà a l'oficina (folis 1370-1374).

Totes aquestes són proves vàlides perquè en absolut provenen de la perquisició practicada en data 18 de febrer del 2011 a la F. D'E., en tant que són totes anteriors a aquesta data, havent estat els e-mails facilitats als Mossos d'Esquadra pels mateixos compradors a Espanya, no provenen doncs de l'estudi de l'ordinador portàtil intervingut a la perquisició de la farmàcia.

CONSIDERANT SISÈ. S'al·lega com a darrera qüestió, també referia a la nul·litat d'actuacions, la vulneració del dret a la defensa, per haver-se decretat el secret de les actuacions quan la Batllia va incoar indegudament un sumari per un delictes major en base a les disposicions d'un article que preveu un delictes menor, doncs s'incoà el sumari per un delictes major de tràfic de substàncies nocives, tipificat a l'article 273.2 del Codi penal, quan en realitat l'article 273.2 del Codi penal qualifica un delictes menor i no un delictes major. Per tant, tractant-se d'un delictes menor, no es podien aplicar les disposicions de l'article 46 del Codi de procediment penal que autoritza a decretar el secret de les actuacions per un període màxim de sis mesos. Com sigui que les actuacions varen romandre sota secret de sumari des del 10 de març al 3 de juny del 2011, durant aquests tres mesos la defensa dels acusats va ésser indegudament privada de poder tenir accés a les actuacions i de poder exercir el seu dret a la defensa.

Cal dir, en primer lloc, que tot i que a l'aute de data 29 d'abril del 2011, pel que es declarà el secret de les actuacions, es diu que el sumari s'ha incoat *per un presumpte delictes major de tràfic de substàncies nocives, tipificats als articles 273.2 del Codi penal*, es

tracta d'un error de transcripció doncs l'apartat 2 conté el delictes menor, mentre que el delictes major és el de l'apartat 1 del mateix article. Cal tenir en compte que la defensa de la encausada E. P. P. va formular recurs d'apel·lació contra dit aute, que fou posteriorment desistit, i si hi va haver desistiment és que la part considerava que no hi havia vulneració del dret a la defensa. Però, a més a més, no expliquen les defenses dels acusats en que consistí la indefensió material que presumptament se'ls hauria causat. La Constitució en el seu article 10.2 garanteix a tothom el dret a la defensa, i aquest dret fonamental suposa la proscripció de tota situació d'indefensió, indefensió que es produeix quan es priva a la part de la possibilitat d'articular oportunament el medis de defensa admesos en dret, per tant, la indefensió que compromet el dret fonamental a la defensa és la indefensió material i efectiva, no la purament formal.

CONSIDERANT SETÈ. Els delictes pels que el Ministeri Fiscal formula acusació són els delictes major i menor de l'article 273 apartats 1 i 2 del Codi penal.

L'article 273.1 castiga el que, sense estar-hi autoritzat, elabori, distribueixi o vengui substàncies químiques, tòxiques o greument perilloses per a la salut, i l'article 273.2 castiga el qui, trobant-se autoritzat per a la comercialització de les substàncies a què es refereix l'apartat anterior, les elabori, expedeixi o subministri sense complir les formalitats previstes en les lleis i en els reglaments respectius. En el primer cas és un delictes major i en el segon un delictes menor i, en ambdós casos, la temptativa és punible.

Per poder estimar constituït el delictes, sigui major, sigui menor, ha de quedar plenament provat que els acusats dispensaren o distribuïren medicaments prohibits dins del territori Andorra, sigui de manera presencial a la mateixa farmàcia, sigui mitjançant lliurament en altre lloc del territori andorrà doncs, com ja

s'ha exposat al CONSIDERANT SEGON, l'excepció de cosa jugada opera respecte de la distribució a Espanya de medicaments prohibits a esportistes, prèvia comanda via internet i remetent els medicament per missatgeria des de La Seu d'Urgell, fets aquests que no poden ésser novament jutjats.

Al respecte de les vendes presencials a la farmàcia d'algun dels medicaments que conté la relació de fets de l'escrit d'acusació del Ministeri Fiscal contem amb prova directa i amb algun indici.

Prova directa integrada per les declaracions de l'acusada E. P. P.. La primera al Jutjat d'Instrucció núm. 1 d'Olot, en data 16 de març del 2011, en qualitat d'imputada i assistida de lletrada (folis 1459 revers-1460 revers), on manifestà haver venut a la farmàcia SOLCOSERY, i que el Ministeri de Sanitat d'Andorra li permetia la venda d'aquest medicament. Però no especifica quan va fer aquestes vendes de SOLCOSERYL. La declaració a la Batllia en data 22 de juny del 2012, en qualitat d'encausada i assistida de lletrada, en la que manifestà haver venut ACTOVEGYN fins l'any 2009, i mai a partir del mes de març del 2011, que mai ha venut EPREX i que no ha venut SOLCOSERYL a partir del març del 2011, si bé al judici oral i preguntada si va vendre SOLCOSERYL a Encamp l'any 2010, digué que no, que a l'any 2009 no ho recordava i que el va vendre fins que va ser autoritzat l'any 2011, i que de l'EPREX no n'ha venut mai a la farmàcia.

Indicis de la venda presencial a la farmàcia són els e-mails intercanviats entre M. A. G. B. i l'acusada E. P. P.: e-mail de 24 de gener del 2011 en el que M. A. G. B. demana, entre altres productes, *1 DECA* - fent referència al DECADURABOLIN - i *1TESTEX 100 mg*, afegint *l más cosas que compraré en la tienda*, i en resposta l'acusada via e-mail del dia 26 li contesta que ho tindrà preparat per demà i preguntant-li *pasarás a recogerlo o te lo enviamos*. D'aquestes expressions *más cosas que compraré en la tienda* i *pasarás a recogerlo o te lo enviamos* resultarien indicis de que Miguel Ángel M. A. G. B. feia compres de manera presencial a

la F. D'E., però no sabem amb certesa si les compres presencials es varen arribar a efectuar, si ho foren d'EPREX, TESTEX, DECADURABOLIN o SOLCOSERYL, i tampoc sabem si la venda presencial de SOLCOSERYL, cas de fer-se, fou o no anterior a la publicació al BOPA de la restricció de la seva dispensació a l'àmbit hospitalari.

També les declaracions de N. S. S. davant Mossos d'Esquadra, en qualitat de testimoni, on manifestà haver comprat TESTEX, que va recollir en persona a la F. D'E. (foli 1763 revers), i de J. A. C. també davant dels Mossos d'Esquadra, en qualitat de testimoni, on manifestà haver comprat ANDRIOL a la F. D'E., en quatre ocasions, tres d'elles de manera presencial, *fue directamente a Andorra a buscar el producto*, i que la darrera ocasió feia aproximadament un any (foli 1775 revers). Tractant-se, però, de declaracions fetes sense intervenció dels lletrats defensors, sol poden tenir un valor indiciari.

Sí que hi havia prova directa de la venda presencial a la farmàcia, la declaració de J. A. P. M., preparador físic amb domicili al Principat d'Andorra, qui a la Batllia declarà en qualitat d'encausat i assistit de lletrat, manifestant que va comprar SOLCOSERYL una sola vegada a la F. D'E., cap a l'any 2011 (foli 2333). Però tampoc consta la data exacta, i si era abans o després de la publicació al BOPA (9 de març del 2011) de l'Avís del 02-03-2011 pel qual es feia pública la restricció en les condicions de dispensació de determinats medicaments a l'àmbit hospitalari, que afectava al SOLCOSERYL. I, a més a més i com ja s'ha raonat, el Tribunal considerarà nul·la la testifical de J. A. P. M. per quan que l'existència i identitat d'aquest testimoni fou obtinguda arran de la perquisició a la farmàcia, declarada també nul·la, havent excusat a dit testimoni de comparèixer al judici oral.

Hi ha lloc, doncs, a concloure que de la prova vàlidament obtinguda i practicada, i amb total exclusió de la prova declarada nul·la, no resulta prou acreditat amb el grau de certesa que exigeix

un pronunciament de condemna que els acusats E. P. P. i J. D. G. haguessin dispensat o distribuït a Andorra, sigui de manera presencial a la mateixa farmàcia, sigui mitjançant lliurament en altre lloc del territori andorrà, algun dels medicaments que conté la relació de fets de l'escrit d'acusació del Ministeri Fiscal, salvada la venda de SOLCOSERYL que l'acusada E. P. P. té confessada, però anterior a la publicació al BOPA de l'Avís del 02-03-2011, en data 9 de març del 2011, doncs sols a partir d'aquesta data tingué vigència la prohibició que contenia dit Avís.

En efecte, no fou fins el dia 9 de març del 2011 que es publicà al BOPA l'avís Avís del 02-03-2011 pel qual es feia pública la restricció en les condicions de dispensació de determinats medicaments a l'àmbit hospitalari, quin tenor literal és:

Avís pel qual es fa pública la restricció en les condicions de dispensació de determinats medicaments a l'àmbit hospitalari

Vist que l'article 40, apartat 4, del Decret legislatiu del 26-8-2009, de publicació del text refós de la Llei general de sanitat, del 20 de març de 1989, modificada per la Llei 1/2009, del 23 de gener, estableix que el Govern pot fixar condicions particulars de prescripció, de dispensació i d'utilització dels medicaments;

Considerant que els medicaments epoetina i darbepoetina i els medicaments amb extracte desproteïnit de sang de bou estan indicats per al tractament de patologies el diagnòstic i el tractament de les quals s'efectua majoritàriament en el medi hospitalari;

Vist que els medicaments esmentats formen part de la Llista de substàncies i mètodes prohibits en l'esport del Codi mundial contra el dopatge;

Considerant el risc per a la salut que suposa la utilització dels medicaments esmentats en indicacions diferents a les autoritzades;

Per garantir la seguretat i l'ús racional d'aquests medicaments, el Govern, en la sessió del 2 de març del 2011, acorda el següent:

Els medicaments amb epoetina, darbepoetina i amb extracte desproteïnit de sang de bou tenen la consideració d'ús hospitalari i s'han de dispensar en l'àmbit hospitalari.

La dispensació en l'àmbit hospitalari dels medicaments amb epoetina, darbepoetina i extracte desproteïnit de sang de bou és d'aplicació el mateix dia que es publiqui al Butlletí Oficial del Principat d'Andorra.

Cosa que es fa pública per a coneixement general. Andorra la Vella, 2 de març del 2011.

*Atès el contingut de l'Avís, és clar que la prohibició no regí sinó des de la seva publicació al BOPA, no sent vàlides les comunicacions anteriors, via fax o correu electrònic, per quan no foren fets com està prescrit al Codi de l'Administració, concretament al seu article 47 que disposa que *La notificació s'ha de fer per escrit, sigui a les oficines administratives per convocatòria de l'Administració, sigui a domicili, per un agent qualificat o per lletra amb acusament de recepció. La notificació s'ha de fer obligatòriament a les persones que resultin afectades en llurs drets o interessos per l'acte, o a llur representant. L'acte de notificació haurà de contenir indicacions suficients sobre el seu contingut i la seva data, i expressarà els recursos que puguin interposar-s'hi, a fi que sigui oposable tant a l'Administració com a l'interessat. Llevat de disposició contrària, l'acte individual serà aplicable en el mateix moment en què se'n faci la notificació. L'absència o la irregularitat de la notificació suspendran els terminis de recurs.**

L'article 46 del mateix Codi és taxatiu: La mesura de publicitat ordinària és la publicació en el Butlletí Oficial. A més a més, podrà utilitzar-se la publicació tradicional per edictes o qualsevol altre

procediment expressament establert per una norma. Com ho és l'article 45 quan disposa que L'eficàcia de l'acte respecte a aquells a qui s'aplica està condicionada per l'acompliment regular de mesures de publicitat destinades a fer conèixer oficialment l'acte als interessats i a fer-lo executori. Aquestes mesures són: - la publicació, pel que fa a les normes reglamentàries; - la notificació, pel que fa als actes individuals.

CONSIDERANT VUITÈ. Per tot el que s'ha exposat, no havent-hi prova de càrrec suficient per desvirtuar el dret fonamental a la presumpció d'innocència que empara als acusats E. P. P. i J. D. G., procedeix absoldre'ls del delictes major continuat d'elaboració, distribució i venda de substàncies químiques, tòxiques o greument perilloses per a la salut i delictes menor continuat d'elaboració, distribució o subministrament de substàncies químiques, tòxiques o greument perilloses per a la salut sense complir les formalitats previstes en les lleis i els reglaments, de l'article 273 apartats 1 i 2 del Codi penal, pels quals venien acusats pel Ministeri Fiscal.

CONSIDERANT NOVÈ. Atesa l'absolució dels acusats, de conformitat amb els articles 174 i 175 del Codi de Procediment Penal, es declaren d'ofici les despeses processals causades, i s'acorda la devolució als acusats dels objectes que foren intervinguts en la perquisició de la F. D'E. practicada en data 18 de febrer del 2011.

V I S T : les disposicions legals aplicables al present cas, el Tribunal de Corts,

F A L L E M :

Absolem als acusats E. P. P. i J. D. G. del delict major continuat d'elaboració, distribució i venda de substàncies químiques, tòxiques o greument perilloses per a la salut i delict menor continuat d'elaboració, distribució o subministrament de substàncies químiques, tòxiques o greument perilloses per a la salut sense complir les formalitats previstes en les lleis i els reglaments, pels quins venien acusats pel Ministeri Fiscal.

Declarem d'ofici les despeses processals causades.

Acordem la devolució als acusats dels objectes que foren intervinguts en la perquisició de la F. D'E. practicada en data 18 de febrer del 2011

Contra aquesta resolució es pot interposar recurs d'apel·lació per davant d'aquest Tribunal en el termini de 15 dies naturals següents a la notificació.

Així per aquesta nostra sentència, definitivament jutjant, ho manem i signem.