

SENTÈNCIA

Magistrats Srs.

Concepció BARON MORA

Anna ESTRAGUÉS ARMENGOL

Canòlic MINGORANCE CAIRAT

Andorra la Vella, 12 d'agost del 2020.

VIST en judici oral i públic pel Molt Il·lustre Tribunal de Corts, la causa núm. 6000017/2020, seguida pel presumpte delictes major tràfic de droga tòxica haixix, el delictes menor de consum de droga tòxica èxtasis i la contravenció penal continuada de consum individual de cànnabis, contra:

F.J.B.N.S., nascut el 18 d'abril de 1987 a Lleida (Espanya), fill de Agustín i Maria Pilar, de nacionalitat espanyola, actualment en situació de presó provisional per aquesta causa; defensat pel lletrat Sr. Josep Anton SILVESTRE CANOVAS.

X.G.R., nascut el 20 de febrer del 1981 a Escaldes-Engordany, fill de Josep i Adolfinia, de nacionalitat andorrana, empleat d'hotel, amb domicili a d'Encamp; defensat per la lletrada Sra. Dory GARCIA FERNANDEZ.

A.M.L., nascut el 27 de novembre de 1988 a Escaldes-Engordany, fill de Raul i Trinitat, de nacionalitat andorrana, informàtic, amb domicili actualment a Espanya; defensat per la lletrada Sra. Carole DAS CHEVALERAUD.

És part acusadora el Ministeri Fiscal representat pel Sr. Borja AGUADO DELGADO; i és ponent i redactora de la sentència la Magistrada Sra. Canòlic MINGORANCE CAIRAT.

RESULTANT PRIMER.- Són fets provats i així es declara, que el 4 d'abril del 2018, F.J.B.N.S. entrà en contacte amb Oriol, el qui no ha pogut ser localitzat en el marc d'aquesta casua, a fi que aquest, que resideix a la vila de Barcelona, li aconseguís una quantitat important de haixix per a importar-la al Principat i vendre-la posteriorment. El 19 d'abril del 2018, B. contacta novament a O. per a concretar que la quantitat que necessita són 600 grams de resina de haixix que baixarà a buscar el dilluns següent, dia 23 d'abril, doncs és el seu dia de descans laboral.

El 3 de maig del 2018, B. contacta novament a O. a fi que li prepari una nova comanda de 600 grams d'haixix, que va baixar a buscar el dia 4 de maig del 2018, i va introduir al Principat per a destinar-la a la venda.

El dia 23 de maig del 2018, B. efectua una tercera comanda de 600 grams de resina de haixix, per un preu de 3.280 €, sense poder afirmar si dita droga va ser introduïda al Principat.

Posteriorment, el 30 d'octubre del 2018 B. farà un nou viatge a Barcelona per trobar-se amb O.. L'11 de novembre del 2018, O. organitza una nova entrega que no ha pogut ser confirmada, en no ser controlat B. en aquella ocasió.

El 4 de desembre del 2018 B. torna a desplaçar-se a visitar a Oriol. Entre el 19 i el 22 de desembre B. fa un nou encàrrec a O., que malgrat ha de pujar a Andorra en aquelles dates, prefereix quedar amb B. a Ponts per lliurar-li allò encomanat, el que fa pensar que O. no vol passar la frontera amb l'encàrrec, sinó que efectua sempre la transacció a Espanya, essent B. el responsable de la importació. El 27 de desembre del 2018, contacten novament per passar comptes sobre els preus que oscil·len entre els 3.000 i els 4.645. El 6 de gener del 2019 B. baixa novament a Barcelona per trobar-se amb O.. En cap d'aquestes ocasions s'ha pogut determinar la quantitat d'estupefaent importat.

El dia 18 i 19 de gener del 2019, B. i O. tornen a contactar i convenen trobar-se, a casa de O., com és habitual, a partir de les 7 el dimarts següent, dia 22 de gener del 2019. B. baixa a Barcelona en aquella data, conduint el seu vehicle Volkswagen Golf matrícula XXX, i adquireix a O. 707 grams de resina de haixix, que amagà sota el seient del conductor del seu vehicle.

Seguidament puja cap al Principat, essent aturat pel Servei de policia a l'alçada del control del riu Runer, després d'haver travessat el punt fronterer, a les 23 hores. El sotsoficial de policia l'informa que s'efectuaria un control d'estupefaents amb l'ajuda del gos ensinistrat sobre ell mateix i dins el vehicle, responent que no

duia cap tipus d'estupefaent. El gos policia senyala amb molta insistència el seient del conductor, essent trobada i segrestada la droga. En aquell moment es procedeix a una lectura verbalment dels drets processals i a la detenció de B..

En les importacions anteriors al seu control policial, B. traslladà la droga fins al domicili que compartia amb X.G.R. i A.M.L., a la carretera dels Cortals d'Encamp. Tots tres eren consumidors habituals de cànnabis, i part de la droga importada era destinada al seu consum, però B. destinava gran part de la mateixa a la venda a persones conegudes, com els propis G. i M. A. L., D.P., A.M., F.S., D.E.F., I.M. o V.T. que anaven a recollir l'estupefaent al seu domicili, i només puntualment al seu lloc de treball, i això des de finals de l'any 2017 i fins a la seva detenció, com s'extreu de les converses mantingudes amb els compradors, entre els quals. Quan B. estava absent, tant G. com R. s'encarregaven de lliurar la droga al comprador, que habitualment ja havia acordat la transacció amb B. per whatsapp.

En el moment de l'escorcoll del vehicle de G. es trobà una caixa de llumins contenint una pastilla d'èxtasis.

RESULTANT SEGON.- El lletrat Sr. Josep Anton SILVESTRE, exercint la defensa de F.J.B. plantejà les següents qüestions prèvies:

F.J.B. prestà una primera declaració davant del Servei de policia, sense assistència lletrada, doncs havia renunciat a la mateixa. Considera el lletrat que la lectura de drets que efectua el Servei de policia de manera prèvia a la renúncia és insuficient, doncs es limita a informar-lo que està detingut per un delictes contra la salut pública, però no l'informa de la gravetat del delictes ni de les conseqüències que aquesta renúncia té, pel que no respecta el dret a la defensa i a l'assistència lletrada del detingut. A més, la policia actua per delegació de la fiscalia que és qui exerceix l'acusació. Per tant, la declaració efectuada davant del Servei de policia, així com les diligències que se'n deriven són proves obtingudes vulnerant el dret fonamental a la defensa i s'han de considerar il·lícites.

D'altra banda, manifesta que B. no autoritzà mai a accedir al seu telèfon mòbil, ni se l'informà de la possibilitat de negar-s'hi. En cap moment se l'informa de les conseqüències de l'autorització. A més els lletrats tampoc participaren en l'extracció de les dades pel que entén que es vulnera el dret a la intimitat de les comunicacions i al propi honor.

Finalment, considera que l'Aute de 23 d'octubre del 2019 que constata la prescripció de les contravencions penals de consum és nul, doncs la batlle no pot acordar la prescripció, sinó que els elements subjectius s'han de valorar a la vista oral. L'Aute de prescripció pretén ser una delació premiada, doncs el jurament de dir veritat és una coacció legal, el que comporta la nul·litat de totes les testificals.

Les defenses dels co-processats M. i G. deixen a criteri del Tribunal la resolució de les qüestions prèvies, adherint-se però la Sra. D. a la primera de les qüestions plantejades, en relació a la renúncia a l'assistència lletrada en seu policial.

El Ministeri Fiscal s'oposa a les qüestions prèvies plantejades i considera que el lletrat actua amb abús de dret i mala fe en plantejar les qüestions prèvies a darrera hora, quan fa un any i mig que B. va declarar, i les qüestions que afecten drets fonamentals són inajornables, com ja ha establert la jurisprudència del Tribunal Constitucional. Pel que fa a la renúncia a l'assistència lletrada, aquesta és expressa, escrita i signada per B. després de dues lectures de drets, una verbal i una segona escrita, que ha pogut llegir abans de decidir si vol renunciar o no a la presència d'un advocat. L'actuació de la policia compleix amb allò establert pel Codi de procediment penal, i el lletrat no ha discutit la declaració policial fins ara, havent fins i tot transcrit extractes de la mateixa en la seva qualificació provisional.

Pel que fa a la manca de consentiment per a accedir al telèfon de B., aquest va autoritzar la anàlisi del dispositiu assistit d'advocat, després d'entrevistar-se i consultar els autes. Però a més, el lletrat ha insistit per escrit diverses vegades durant la instrucció en que el seu mandant s'ha mostrat participatiu en mostrar el seu telèfon, no havent en cap moment revocat el seu consentiment, ni tant sols quan ja efectuat la anàlisi fou convocat a declarar sobre la mateixa. A banda, i pel que fa al bolcatge, el lletrat no participà en el mateix perquè no ho sol·licità en cap moment.

En darrer lloc, i pel que fa a la petició de nul·litat de l'Aute que constata la prescripció, val a dir que aquest es va notificar el 25 d'octubre del 2019 i no es va recórrer, pel que ha esdevingut ferm. A més són prescripcions alienes, pel que la defensa de B. no està legitimat per qüestionar les mateixes. Considera el Ministeri Fiscal que la prescripció que es declara en sentència és aquella que posa fi a una causa ja incoada, però que en el present cas no hi ha hagut incoació, i la actuació de la batlle ve avalada per la sentència del Tribunal Constitucional 2017-51.

El Tribunal informà verbalment a les parts, després de deliberar, que considera que les actuacions sobre les que es sol·licita la nul·litat són ajustades a la legalitat,

i per tant, es pot procedir a la celebració de la vista, tot i que seran resoltes de manera motivada per sentència.

RESULTANT TERCER.- El Ministeri Fiscal, en el decurs de la vista oral, considera els fets com a constitutius d'un delictes major de tràfic de droga tòxica (haixix) en gran quantitat, tipificat i penat a l'article 282.1 del Codi penal, posat en relació amb l'article 283.1.a) del mateix text legal, i una contravenció penal de consum continuat de cànnabis, tipificada i penada a l'article 499 del Codi penal, pel que fa a B., i pel que fa a M. i a G., els considera responsables d'un delictes menor de tràfic de droga tòxica, de tipus cànnabis, tipificat i penat a l'article 282.2 del Codi penal i d'una contravenció penal continuada de consum del mateix estupefaent, de l'article 499 del Codi penal. Pel que fa a G., se li afegeix el delictes menor de possessió de droga, tipus MDMA pel seu propi consum, delictes tipificat i penat a l'article 284.1 del Codi penal.

Considera que no concorre cap circumstància agreujant ni atenuant, doncs no es pot apreciar la col·laboració, quan B., en ser demanat pels agents de policia sobre si porta droga nega els fets i en la vista oral es nega a respondre a les preguntes del Ministeri Fiscal. Tampoc ha obrat a causa d'una addicció, doncs no té criteris d'abstinència, i fins i tot si fos el cas, tampoc s'ha provat el nexes de causalitat entre els fets i la drogoaddicció. A més, l'atenuant de dilacions extraordinàries o indegudes no existeix al nostre codi penal.

Per l'exposat, sol·licita les penes següents:

Per F.J.B., la pena de 5 anys de presó i multa de 20.000 €, a més d'expulsió definitiva del país, pel delictes major, i multa de 500 € per la contravenció penal. També el comís i destrucció de la droga segrestada, i el comís dels dispositius mòbils i del vehicle matrícula XXX, per ser instruments del delictes.

Per X.G., sol·licita la pena de 18 mesos de presó, dels quals 6 mesos fermes i la resta condicional qualificada a seguir tractament mèdic de deshabitació prop de l'UCA, amb un termini de suspensió de la condemna de 2 anys, i multa de 500 € pel delictes menor, i multa de 500 € per la contravenció penal. També el comís i destrucció de la droga segrestada, i dels dispositius mòbils intervinguts en ésser instrument del delictes.

Per A.M., sol·licita la pena d'1 any de presó, del qual 6 mesos fermes i la resta condicional qualificada a seguir tractament prop de l'UCA, amb un termini de

suspensió de la condemna de 2 anys i multa de 200 €; i per la contravenció penal de consum continuat de cànnabis, la pena de multa de 500 €. A més, sol·licita el comís del mòbil, per ser instrument del delicte.

A banda, sol·licita la condemna de tots tres al pagament solidari de les despeses processals causades.

RESULTANT QUART.- La lletrada Sra. Carole DAS, defensora d'A.M., manifesta que el seu defensat és un consumidor habitual i notori de cànnabis, però que no era distribuïdor, únicament va convidar amics a consumir una cigarreta o dues de haixix, quan anaven a casa seva, pel que accepta la qualificació del Ministeri Fiscal, però sol·licita que la pena no sigui superior a 6 mesos de presó, ferma la ja complerta, i la resta condicional qualificada a justificar ocupació laboral, i multa de 100 €, pel que fa al delicte menor; i la pena de multa de 300 € pel que fa a la contravenció penal.

RESULTANT CINQUÈ.- La lletrada Sra. Dori GARCIA, defensora de X.G., discrepa amb la qualificació del Ministeri Fiscal, atès que el seu defensat no distribuïa haixix, sinó que únicament n'era consumidor, pel que els fets serien constitutius del delicte menor de tinença de droga tòxica èxtasi i d'una contravenció penal de consum continuat de cànnabis, tipificats i penats, respectivament, als articles 284.1 i 499 del Codi penal, pel que sol·licita que la pena imposada sigui de 2 mesos d'arrest nocturn condicional i multa de 500 € pel que fa al delicte, i una multa de 300 € pel que fa a la contravenció penal.

RESULTANT SISÈ.- El lletrat Sr. Josep Anton SILVESTRE, defensor de F.J.B.N.S., considera que les proves no són vàlides i per tant no entén la qualificació del Ministeri Fiscal. Sol·licita l'absolució del seu defensat, doncs quan se li fa lectura de drets i se li demana el pin de desbloqueig del telèfon, B. no sap si el motiu de la seva detenció és greu o no. Que en cap moment se li diu per quina finalitat se li demana el número pin del telèfon. Que el format en que es lliurà l'extracció de dades del telèfon no era correcte i per tant no va poder participar en la tria contradictòria, i que l'aute de prescripció no era recurrible, i per tant les declaracions dels testimonis tampoc poden ser tingudes en compte. Manifesta que com la pericial de la droga no ha estat ratificada en el curs de la

vista oral no es pot tenir en compte la mateixa, i per tant, s'escau l'absolució per manca de prova. Afegeix SILVESTRE que el control no es podia fer al punt fronterer, doncs és competència dels duaners.

Subsidiàriament, considera els fets constitutius del delictes menor de vendre o proporcionar una petita quantitat de droga tòxica del tipus cànnabis, de l'article 284 del Codi penal, i de la contravenció penal de consum continuat de cànnabis de l'article 499 del codi penal. Manifesta que no pot considerar-se gran quantitat, perquè és un concepte que no està clarament establert i cal aplicar el principi d'igualtat entre tots els processats. Considera que concorren els atenuants de col·laboració, doncs identifica als co-processats; d'actuar per addicció a les drogues, atès que si no s'ha pogut acreditar fou perquè trigaren molt a derivar-lo a l'UCA des del Centre penitenciari, i de dilacions indegudes, doncs malgrat aquesta no està recollida en la nostra legislació, la jurisprudència pot crear dret i apreciar-la ja que existeix a altres països. En conseqüència, la pena sol·licitada de manera subsidiària és de 6 mesos de presó condicional i multa de 300 €, i únicament en cas que s'apreciés que es d'aplicació el tipus previst per gran quantitat de droga, la pena d'1 any, del qual 6 mesos fermes i la resta condicional.

CONSIDERANT PRIMER.- Vist que es plantegen tres qüestions prèvies a la vista oral, es procedirà a resoldre les mateixes abans d'entrar a valorar el fons de l'assumpte. No podem, però, deixar de palesar, que en el moment en que foren formulades, el Tribunal es retirà a deliberar, i informà verbalment, en el moment de la represa de la vista, tal i com recull l'Acta, que no existia obstacle de procedibilitat i que per majors garanties, ja s'anuncià que la declaració del Sr. B. es considerava vàlida, per quan ajustada a la legalitat, al igual que les dades extretes del seu telèfon mòbil, en haver atorgat el seu consentiment per al bolcatge del telèfon mòbil. No s'entén després d'aquesta manifestació del Tribunal jutjador, l'al·legació respecte a la impossibilitat del lletrat de conèixer les proves de les que podia valer-se durant la vista oral, doncs havia estat públicament informat de la validesa de les mateixes, abans d'iniciar la vista oral, i per tant, no se li ocasionà cap vulneració del dret a la defensa.

Pel que fa, en primer lloc, a la renúncia a l'assistència lletrada en el moment de prestar declaració en seu policial, l'article 24 del Codi de procediment penal, en el seu apartat 6, estableix clarament que tot detingut "*Té dret a designar un advocat i sol·licitar la seva presència perquè assisteixi a les declaracions i intervingui en els registres domiciliaris i els reconeixements d'identitat de que sigui objecte a partir*

d'aquest moment. En el cas de no designar un advocat, o que l'advocat designat no accepti la designació o no se'l pugui localitzar, llevat renúncia expressa, actuarà d'ofici l'advocat de guàrdia. En qualsevol moment i malgrat haver renunciat expressament a aquest dret, pot designar advocat o demanar l'actuació de l'advocat de guàrdia". Aquesta regulació ve completada per l'article 25 del mateix Codi, que estableix que *"Per garantir el dret a l'assistència d'un advocat referit al primer apartat de l'article anterior, el Servei de Policia ha d'informar la persona sospitosa o detinguda que pot designar un advocat o demanar, si escau, ser assistida per l'advocat de guàrdia de forma immediata".* Vista la regulació aplicable al Principat, cal valorar com es produeix la renúncia a l'assistència lletrada en el concret cas de Francisco Javier B..

Així, cal diferenciar entre tres situacions diferents: la persona que es troba sotmesa a un control aleatori d'ordre públic, el sospitós contra qui es dirigeix una investigació, i el detingut. En el cas que ens ocupa B. va ser controlat a la zona de control del riu Runer, just després d'haver travessat el punt fronterer, pels agents de policia de fronteres destinats a aquell indret. Només esmentar, que malgrat les competències dels duaners en matèria de control de mercaderies, aquestes són en tot cas concurrents amb les del Servei de Policia, que no excloents, i per tant, els agents de policia, en la seva funció de persecució dels delictes, poden efectuar controls en matèria penal en tot el territori nacional. Per tant, els agents de policia, efectuen habitualment controls de manteniment de l'ordre públic totalment aleatoris, respecte a estupefaents, alcoholèmia, controls d'identitat o altres. Les persones sotmeses a aquest tipus de control no ho són per ser sospitoses de cap delicte, sinó únicament perquè són triades a l'atzar entre aquells que passen per aquell punt mentre es manté el control. Altra cosa és aquell que és controlat en el marc d'una investigació policial o judicial per la comissió d'un delicte concret, i que per tant té la consideració de sospitós de ser autor o partícip del delicte investigat a la vista dels elements analitzats prèviament, i encara més del detingut, que és aquell sospitós a qui es priva de la seva llibertat, i que en conseqüència ha de gaudir d'una major garantia del respecte dels seus drets processals.

És pacífic que els agents del Servei de policia que es trobaven al punt fronterer el dia 22 de gener del 2019, a les 23 hores, no havien iniciat cap investigació respecte a B., sinó que procediren a un control aleatori a la frontera, disposant aquell dia del gos ensinistrat per a detectar estupefaents. Per aquest motiu, a les 23.10 hores, aturaren, entre altres, el vehicle Volkswagen Golf matrícula XXX, conduït per B., i després de controlar la seva documentació se li demanà verbalment si duia estupefaents, doncs se li efectuaria un control amb el gos ensinistrat per la seva detecció, negant la possessió dels mateixos. En aquell

moment cap lectura de drets se li podia efectuar, doncs ni estava detingut, ni se li imputava cap activitat il·lícita de la que se'l considerés sospitós. El control fou positiu, doncs es trobaren dins el seu vehicle els 707 grams de haixix que foren segrestats en el marc de la present causa. En aquell moment, s'informa verbalment a B. dels seus drets processals i del fet que està detingut per un delict contra la salut pública. Per tant, una persona amb una intel·ligència mitjana, que es presumeix a B., entén perfectament la gravetat de la situació, doncs es troba detingut, - en el seu cas no era la primera vegada - , per un delict contra la salut pública, i li havia estat segrestada una quantitat de droga, que sabia perfectament que era excessiva per a ser considerada per al seu consum propi.

En ser traslladat a les dependències del Servei de policia, a les 23.37 hores, tot just mitja hora després de ser aturat a l'exterior, s'informa novament a B. dels seus drets processals, aquest cop per escrit, com consta al foli 15 d'autes, comunicació de drets que conté una transcripció literal del Codi de procediment penal, i que pogué llegir i signar. I immediatament després, B. signà una renúncia a l'assistència lletrada, de manera expressa, com consta literalment: "*Després d'haver estat informat dels seus drets processals, el detingut manifesta renunciar a l'assistència lletrada no designant advocat i renunciant a l'actuació de l'advocat de guàrdia*". Per tant, cal entendre que concorren tots els requisits legals per a la renúncia a l'assistència lletrada, tal i com està prevista al Codi de procediment penal vigent, única norma d'aplicació a Andorra en la matèria.

CONSIDERANT SEGON.- Pel que fa la qüestió prèvia plantejada en relació a la manca d'autorització per a extreure dades del telèfon mòbil de B., val a dir, en primer lloc, que quan es demana a B. si vol facilitar el codi PIN i el codi de desbloqueig del seu telèfon, donant aquell el seu acord, ja han estat segrestats 707 grams de haixix trobats en la seva possessió, i es troba detingut per un delict contra la salut pública, havent estat informat dels seus drets processals, entre els quals el dret a no declarar, a no declarar contra sí mateix i a no declarar-se culpable; per tant, B. es plenament conscient de que és el que la policia vol recercar en el seu telèfon, tot i que en aquell moment no s'ha extret cap dada del mateix. Dos dies després de la seva detenció, el 24 de gener del 2019, quan B. passà a disposició judicial, i el seu dispositiu mòbil continuava precintat, sense que ningú hi hagués accedit, pogué tenir accés a la totalitat de les actuacions i entrevistar-se amb la lletrada de guàrdia assignada per a la seva defensa. Després d'aquesta entrevista, i assistit en tot moment de la seva lletrada, B. prestà declaració davant la batlle instructora, i modificà diversos punts de la declaració

prestada davant del Servei de policia, però no el seu acord a autoritzar l'anàlisi del seu telèfon que ratificà expressament amb la menció "*Ratifico el consentiment que he donat a la meva declaració policial respecte a que es pot examinar el meu telèfon mòbil segrestat*" (Foli 69 d'autoes). Les condicions d'aquesta autorització no permeten atribuir-la al desconeixement, a la por o a algun tipus d'engany, doncs fou prestada amb assistència lletrada, per davant de la batlle, després de ser informat que "*s'instrueixen els presents autoes, per dedicar-se a la venda haixix per quan en data 23 de gener del corrent fou controlat en possessió de 700 grams de haixix destinat a la venda. Aquests fets podrien ser constitutius d'un presumpte delictes major de tràfic de productes estupefaents*".

No fou fins l'endemà de l'autorització prestada judicialment que la batlle trameté el telèfon al Servei de policia per a que es procedís a l'estudi del contingut de l'aparell de telefonia marca Iphone model XS MAX, amb número de telèfon XXX. Des de la data de l'ofici, el 25 de gener del 2019, fins a la data de la vista, ni B. ni la seva defensa revocaren l'autorització prestada, però tampoc el lletrat sol·licità en cap moment participar en el bolcatge de les dades, malgrat la diligència havia estat degudament acordada i constava en autoes l'ordre d'efectuar la mateixa, pel que era del coneixement de les parts i dels seus lletrats.

Amb posterioritat, el lletrat de B. ha confirmat la disposició del seu defensat a col·laborar amb la investigació, així, al seu escrit de data 25 d'abril del 2019 (foli 268 d'autoes), manifesta que des del primer moment el seu mandant va col·laborar amb els agents de policia, acceptant l'escorcoll i facilitant dades d'altres persones implicades; el 29 de maig del 2019 (foli 356), torna a insistir en que el seu mandant ha col·laborat des d'un principi amb l'administració de justícia; el 26 d'agost del 2019, confirma novament que el seu mandant "*s'ha mostrat en tot moment participatiu a mostrar el seu telèfon*" (foli 436); el 5 de setembre del 2019 torna a insistir que el seu mandant ha col·laborat des d'un bon principi amb la instrucció de la present causa i sempre ha mostrat la seva bona predisposició (foli 480). Tampoc un cop la anàlisi de les dades obtingudes del telèfon de B. s'incorpora a la causa, en data 17 de setembre del 2019, la representació lletrada de B. no formula cap remarca respecte a l'obtenció de les mateixes, malgrat declara novament en relació a les dades del whatsapp, i a més, presenta diversos escrits en els que hi fa referència (foli 749, a tall d'exemple), pel que és perfectament coneixedor de les diligències practicades.

La denúncia de la vulneració d'un dret fonamental és inajornable, atesa la gravetat que comporta la situació per al perjudicat. En aquest sentit, no és de rebut, que un any i mig després de la seva detenció B. plantegi la nul·litat dels autoes per

vulneració dels drets fonamentals, i en concret del seu dret a la intimitat, doncs pel principi dels actes propis, no pot ara anar contra la seva pròpia autorització. Aixecar les preteses qüestions de nul·litat un any i mig després de produir-se comporta mala fe processal i abús de dret, doncs fins i tot la jurisprudència del Tribunal Europeu de Drets Humans, en el cas *Z. v. Croàcia* (sentència de 25 d'abril del 2013), establí que cal esperar que un requiriment que cregui realment que hi hagi vulneracions o motius de preocupació respecte a drets fonamentals processals ho plantegi a la primera ocasió, a fi de permetre a les autoritats examinar les queixes en el moment corresponent i garantir el respecte dels seus drets.

CONSIDERANT TERCER.- Pel que fa a la qüestió prèvia plantejada en relació a l'Aute de data 23 d'octubre del 2019, val a dir, en primer lloc, que aquesta qüestió ja fou plantejada en el tràmit del 123 i resolta per Aute d'aquest Tribunal de data 21 d'abril del 2020, quin considerant segon reproduïm, doncs la qüestió prèvia plantejada reproduceix els arguments al·legats en aquell tràmit processal: *“Pel que fa a l'Aute de data 23 d'octubre del 2019, l'escrit presenta una certa confusió, en acordar el sobreseïment respecte a un inculpat i constatar la prescripció d'un fet pel que no hi ha encara imputació. Si bé és cert que correspon al Tribunal acordar el sobreseïment un cop incoat sumari, el cert és que la batlle no havia imputat cap contravenció penal de consum en el moment en que en constata la prescripció, i el que seria contrari a dret i comportaria una temeritat per part de la instructora, fos que convoqués en qualitat d'imputat a persones que haurien comés un fet il·lícit prescrit. Doncs el raonable davant de la necessitat de qüestionar en relació a un fet il·lícit que ha prescrit, és constatar la prescripció del fet, i posteriorment, i com no pot ser altrament, interrogar els interessats en qualitat de testimonis”*.

A banda de l'exposat, cal posar de relleu que l'Aute de prescripció no afecta a B., sinó a terceres persones, pel que cal posar de relleu també la manca de legitimitat d'aquest per a pretendre declarar la nul·litat d'un Aute que constata la prescripció respecte d'un tercer. La batlle instructora no només podia, en no haver incoat procediment encara, constatar la prescripció, sinó que tenia l'obligació de fer-ho, doncs incoar una causa per un delictes quan ja s'ha extingit la responsabilitat penal, comportaria una vulneració dels drets dels inculpats en dit procediment. Per tant, no incoar una procediment penal, quan s'ha extingit la responsabilitat penal no és en cap cas il·legal, sinó que compleix amb allò previst a l'article 81 del Codi penal.

No es tracta per tant en cap cas d'una delació premiada com pretén el lletrat, doncs en una delació premiada, el Ministeri Fiscal sol·licita una pena inferior, tenint en compte la concurrència de l'atenuant de col·laboració amb la justícia, el que està previst en el nostre codi, i tampoc comportaria per sé una vulneració dels drets fonamentals dels processats, però és que en el present cas no hi pot haver ni premi ni càstig en la persecució del delicte, doncs no hi ha responsabilitat penal. Esmentar només, per finalitzar amb aquesta qüestió, que no deixa de sobtar que es consideri que la obligació dels declarants de dir veritat conculqui els drets del processat i suposi una coacció als testimonis, doncs la finalitat de la instrucció no és altra que inquirir la veritat material sobre els fets investigats.

CONSIDERANT QUART.- Els fets provats són constitutius, pel que fa a:

- F.J.B.N.S. d'un delicte major d'importació de marihuana en gran quantitat, i venda de la mateixa substància, i de la contravenció penal de consum continuat de cànnabis, tipificats i penats a l'article 282, apartat 1 i 2, en concordança amb el punt a) de l'apartat 1 de l'article 283, i a l'article 499 del Codi penal.

- X.G.R. d'un delicte menor de proporcionar il·lícitament cànnabis, d'altre de possessió de droga tòxica del tipus MDMA per al propi consum, i de la contravenció penal continuada de consum de cànnabis, tipificats i penats, respectivament, als articles 282.2, 284.1 i 499 del Codi penal.

- A.M.L. d'un delicte menor de proporcionar il·lícitament cànnabis i de la contravenció penal continuada de consum de cànnabis, tipificats i penats, respectivament, als articles 282.2 i 499 del Codi penal.

I això en base als següents elements probatoris:

- La quantitat de droga segrestada, de 707 grams de resina de haixix, quantitat massa important per a ser considerada per al consum propi, i constitutiva de gran quantitat de droga a efectes de l'article 283 del Codi penal, d'acord amb la jurisprudència reiterada dels tribunals andorrans, de general coneixement.

- L'informe pericial efectuat sobre la substància segrestada, que conclou que aquesta és resina de cànnabis (foli 120 i següents d'autoes). Aquest informe ha estat elaborat pel Laboratori de salut pública, i signat pels perits oficials, adjuntant també tots els certificats d'anàlisi i els reactius resultants de les proves practicades. Aquest informe no va ser qüestionat fins a la fase d'informes, un cop

transcorreguda la pràctica de prova en la vista oral, malgrat era conegut des del 6 de febrer del 2019. L'al·legació respecte a la manca de valor probatori del mateix, sense cap mena de precisió respecte a quina seria la causa d'invalidesa de les analítiques practicades, més enllà de la manca de compareixença dels perits a la vista, d'altra banda, compareixença no sol·licitada per cap de les parts; no pot desvirtuar les conclusions d'un peritatge efectuat pel laboratori de salut pública, únic estament oficial habilitat per a efectuar aquest tipus d'anàlisis, degudament signat pels dos pèrits oficials, i en el que s'adjunten tant els certificats d'anàlisi amb menció de la metodologia emprada, com les mostres físiques analitzades.

- La declaració efectuada per B. davant el Servei de policia, el dia de la seva detenció, en que reconeix que el seu proveïdor de resina de haixix és "O.", quin número de telèfon té enregistrat als contactes del seu mòbil i que viuria a la vila de Barcelona, i que no és el que hi consta com a "U. escalada". Reconegué també que cada vegada que volia adquirir haixix en quantitats importants enviava un whatsapp a O. i aquest li deia quan podia baixar a buscar la droga al seu pis del barri del Raval de Barcelona, dades que comparades amb l'agenda de contactes del seu telèfon mòbil permeten identificar el proveïdor de haixix com O..

- La declaració efectuada per F.J.B. davant la batlle instructora, assistit de lletrat, en que si bé nega els viatges anteriors al 22 de gener del 2019, si que es manté en identificar a O. com a el seu proveïdor de resina de haixix, manifestant que la droga segrestada li havia adquirit aquell mateix dia a O. al seu pis del Raval, després d'haver contactat amb ell.

- Les converses mantingudes via whatsapp entre O. i F.J.B.. Si bé en el considerant segon ja s'ha establert la validesa del consentiment prestat per B. per a extreure aquestes dades del seu telèfon mòbil, cal palesar també que en la Providència que acorda la tria contradictòria, de data 27 de gener del 2020, la batlle instructora informa a les parts que poden sol·licitar còpia dels enregistraments, però també, que les parts tindran a la seva disposició, a les dependències del Servei de policia, fins al 14 de febrer del 2020, la totalitat dels suports materials i informàtics contenint les converses intervingudes. Per tant, si els lletrats tenien algun problema tècnic per accedir al format de les còpies lliurades, podien desplaçar-se a consultar els suports, pel que no és de rebut pretendre que estigueren en la impossibilitat d'efectuar la tria contradictòria en no disposar del mateix programa informàtic que l'emprat pel servei de policia.

Pel que fa a la manca d'acarament de les converses, val a dir que l'acarament s'efectua respecte a les trucades telefòniques, per garantir que allò transcrit pel

Servei de policia s'adiu amb el document sonor. Ara bé, en el cas de missatges escrits de whatsapp res hi ha a acarar, doncs ja es disposa del document escrit, sense que calgui acarar cap transcripció, que no existeix.

Oriol queda per tant plenament identificat com a proveïdor de la droga a la vista dels whatsapp que intercanvien el dia 18 i 19 de gener del 2019 (foli 588), quan B. li demana "Dime cuando te va bien que me pase" al que respon O. "Wapuu, pues este lunes y martes, hasta las 7 no estaré por casa nose si te hago una faena, sinó el miércoles perfecto", quedant finalment pel dimarts, essent el dimarts 22 de gener del 2019, data en que B. es controlat a la frontera a les 23 hores.

Comprovant totes les converses entre ambdós constatem que totes elles fan referència a una mateixa qüestió, que B. baixi a Barcelona a recollir quelcom que Oriol li prepara, amb el mateix tarannà que les converses dels dies 18 i 19 de gener del 2019. Així el 4 d'abril del 2018 trobem la primera comunicació entre ambdós, B. demana "Sabemos algo?" i Oriol respon "Wapuu, todavia esty esperando a ver si me las pueden acercar o acercarme yo", confirmant-li posteriorment que estarà disponible per avui.

El 19 d'abril del 2018 BAFINO torna a contactar amb O.: "Lunes 23 vuelvo a tenir fiesta y puedo bajar, va bien o la gente empieza a impacientarse?", "Buenas wapuu! No te preocupes, el lunes esta bien!", "Sí puede ser una décima más mejor", "Mmm te refieres a que prefieres un seat 600, mejor que un Fiat 500?". Per tant, aquesta conversa acredita, per si mateixa, no només que en aquella ocasió adquirí 600 grams de haixix, sinó que en el seu viatge anterior, la quantitat de droga havia estat de 500 grams.

Aquesta conversa sobre les quantitats torna a repetir-se el 3 de maig del 2018, quan O. pregunta a B. "Rey, mañana chuletas para 5 o para 6? Así lo voy a buscar hoy", al que B. respon "6".

El 3 de maig del 2018 B. torna a contactar a Oriol: "Te va bien que te hagamos una visita mañana?", responent Oriol directament "Lo mismo que la anterior?".

El 23 de maig del 2018, Oriol contacta a BAFINO per concretar novament les quantitats "lo de siempre bro?. I el mateix es repeteix el 14 de juliol del 2018, però a l'inversa, essent B. qui demana "quedamos como siempre pues".

Al novembre, aparentment Oriol ha estat de vacances fora de la vila de Barcelona, pel que B. li demana "Mira de organizar algo para cuando vuelvas. Estaremos

esperando tu regreso”, responent “Bon día wapuuiu, pues vuelvo miércoles y trato de arreglarlo para el viernes, te iría bien??”

El 20 de desembre, en preparació de les festes de Nadal, BAFINO passa una nova comanda a O., “Ya sé que lo que te voy a pedir se sale de la norma”. Oriol viatja a Andorra en aquelles dates, i per tant, si allò que s’intercanvien fos de comerç lícit, la lògica voldria que O. ho portés a Andorra, i B. no hagués de desplaçar-se, vist a més que queden en un punt intermig sense cap interès per a ells, doncs s’intercanvien la ubicació d’un punt de la carretera nacional que permet aparcar, però ni tant sols queden en una cafeteria, o un lloc més apropiat per esperar algú. Aquest intercanvi a mitja carretera no té sentit més enllà que evitar que sigui O. qui creui el punt fronterer amb allò encomanat “Pero, ya que vienès tú pasado mañana, nos podemos encontrar en un punto intermedio?. Dónde quieres que nos veamos? Te parece bien ponts?”, al que respon “Ponts va perfecto”, i envia una foto d’un tram d’aparcament, amb una ubicació concreta.

En altres ocasions, la conversa no fa referència al pes de la droga, sinó al preu de la mateixa. En el moment de la seva declaració davant del Servei de policia, B. reconegué que la droga segrestada tenia un preu de 3.000 €. Així, l’1 d’octubre del 2018 B. demana a O.I “Por cierto, sin contar la última, recuérdame cuánto pasaba de las 3k”, responent O. “3280”. En data 27 de desembre del 2018, i després que B. recollís a Ponts una comanda el 22 de desembre, O. torna a enviar a B. un missatge en relació als pagaments “3000”, al que B. respon “Faltan?” “No. Es lo de hoy. Quedan 4645”. L’explicació donada per B., respecte a la primera de les converses, declarant que estaven parlant de dues bessones que havien nascut recentment, filles d’un amic comú i que preguntava pel pes dels bebès, és totalment inversemblant, i no té cap sentit en aquest context.

El contingut de les converses i la interpretació feta de les mateixes tampoc es pot tenir per desvirtuat per l’al·legació que fa referència a ronyoneres per a ensinistrar gossos, doncs no tindria sentit la prevenció que ambdós interlocutors prenen en les seves comunicacions per ocultar l’objecte de les mateixes, parlant de Fiat 500 o Seat 600, o chuletas, enlloc de les ronyoneres; el fet que B. baixi fins a Ponts a recollir la comanda, malgrat Oriol ve a Andorra en aquell viatge; el fet que no s’hagi aportat cap de les ronyoneres; que no s’hagi acreditat que Oriol tingui cap relació amb l’ensinistrament de gossos; i que cap dels molts testimonis que comparegueren a la vista oral reconegui que B. li regalà una ronyonera, no permeten donar crèdit a les explicacions de B.. És més, la troballa de la droga, 707 grams, al vehicle de B., quan tornava de casa d’O., de recollir quelcom, a

tenor de les converses dels dies 18 i 19 de gener del 2020, no deixa lloc a dubtes sobre quin és l'objecte de les converses entre ambdós.

- La declaració en la vista oral dels co-processats G. i M., que reconegueren tots dos ser consumidors habituals de cànnabis, i ser subministrats principalment i periòdicament per B..

- La declaració en la vista oral de D.P.P., qui reconegué que comprava haixix a B., contactant prèviament amb ell per telèfon per saber si hi havia algú a casa. El que es confirma pels whatsapp intercanviats que consten al foli 546 i següents d'autes.

D.P. també declarà que malgrat contactava per telèfon amb B. per saber quan podia anar a casa seva, un cop allà, tant M. com G. li havien donat haixix si en tenien. Li n'oferien i el consumien conjuntament al domicili d'aquests.

- La declaració en la vista oral d'Al.M.A., qui reconegué que tant B. com M. li havien facilitat haixix, si bé amb qui contactava era amb B., el que queda palesat en les converses de whatsapp recollides als folis 649 i següents, en les que M. reconeix que fan referència a transaccions d'estupefaents. En una ocasió en no trobar-se disponibles ni B. ni M., B. li facilita el telèfon de G. a fi que quedi amb ell per a recollir l'estupefaent (foli 636, en concordança amb la testifical practicada a la vista oral).

- La declaració en la vista oral de F.S.A., qui ratificà la prestada davant la batlle instructora, quan manifestà que quedava amb M. i anava a fumar haixix a casa seva. Que aquest haixix era de M. i que en alguna ocasió li havia regalat un porro o dos, com es desprèn de la conversa que consta al foli 515 d'autes.

- Les converses de whatsapp del foli 526, entre D.E.F. i B., posades en relació amb la declaració prestada per F. en la vista oral, doncs reconegué ser conegut de M., i haver anat al domicili d'aquest a consumir haixix. Tot i no reconèixer l'adquisició, la conversa entre F. i B., "Hola X.. Soy D. col·lega del Ari. Me dio tu wats... a que hora te va bien que pase pro tu casa?", "De 17 a 18 estaré por ahí", no denota una amistat entre ambdós, doncs F. fins i tot es presenta i justifica el disposar del seu número de telèfon, i aquest li respon únicament que estarà disponible durant un període d'una hora, conversa més pròpia d'una transacció que no pas d'una relació d'amistat per passar l'estona, com volen explicar els declarants.

- La declaració en la vista oral d'I.M.A., qui reconeix haver anat al domicili que els processats compartien i haver estat convidat per aquests a consumir cigarretes de haixix.

- L'intercanvi de whatsapp entre B. i V.T.G., doncs malgrat parlen de quedar per prendre una cervesa, B. li diu si, que passi pel seu lloc de treball, doncs és evident que no pretenen passar una estona d'oci, sinó només trobar-se un breu lapse de temps. El 28 de desembre del 2017, T. li demanà quan poden quedar, contestant B., "Pues la verdad que con ésto de las fiestas y demás estamos jodidos. Aver si el año nuevo empieza mejor". El 3 de gener, una setmana després, T. torna a insistir "Cómo va??el año empieza igual que acabo no??No hay nada en ningún lado""Así vamos...". Així doncs, sembla evident del tenor de la conversa que el problema és la manca d'estupefaents, i no l'excès de feina, doncs no té sentit si el problema és que van molt atabalats, contestar "No hay nada en ningún lado".

- La declaració davant la batlle instructora prestada per A.L., en que reconeix que M. li va vendre haixix en una ocasió i que des de llavors l'adquiria a X., que era el seu company de pis, que treballava en un hotel al torn de nit i feia cursos de buceig i era ensinistrador de gossos. LEVY confirmà també que les converses que consten en autes fan referència a transaccions d'estupefaents, en concret haixix.

- La petita porció d'extasis segrestat en la perquisició al vehicle de GRACIA, i per tant, en la seva possessió, prova la concurrència del delicte menor imputat només a aquest.

- El reconeixement de tots els processats de ser consumidors habituals de haixix al domicili que compartien.

CONSIDERANT CINQUÈ.- Dels delictes i contravenció penal exposats en el considerant quart, en són responsables, en concepte d'autors, F.J.B.N.S., X.G.R. i A.M.L. per haver realitzat personalment els fets punibles d'acord amb el previst als articles 20 i 21 del Codi Penal.

CONSIDERANT SISÈ.- Pel que fa a les atenuants sol·licitades per la defensa lletrada de F.J.B.N.S., no concorren cap d'elles, i això perquè per a apreciar l'atenuant de col·laboració amb les autoritats, cal que aquesta col·laboració eviti

una altra infracció, que no és el cas, i que es mantingui fins al moment de la vista oral. Si bé B. identificà als seus companys de pis, ho feu, com ells mateixos declararen en la vista oral, per mirar de diluir la seva responsabilitat en els fets, doncs pensà que si deia que la droga era per als tres, podria mantenir que era una importació per al consum propi. B., ni tant sols ha reconegut els fets davant l'evidència dels mateixos, mantenint explicacions inversemblants respecte a les converses per whatsapp que intercanvià tant amb el seu proveïdor com amb els seus clients, i tractant d'entorpir la celebració de la vista oral, havent-se apreciat, com ja s'ha dit en el considerant segon, mala fe processal i abús de dret en la seva actuació al llarg del procediment.

Pel que fa a la concurrència de l'atenuant prevista a l'apartat 3 de l'article 29, obrar a causa d'una addicció, - si bé els facultatius del Centre penitenciari han constatat que és consumidor habitual de cànnabis - , no s'ha acreditat que aquesta addicció sigui la causa directa del delictes, com exigeix el tipus, doncs la mera addicció de per si no comporta cap atenuació de la penalitat prevista.

Pel que fa a l'atenuant sol·licitada de dilacions indegudes, només esmentar que com molt bé diu el propi lletrat, aquesta és aliena al nostre codi penal, i per tant, no correspon als Tribunals andorrans l'aplicació de dret estranger, ni la creació del dret, el que correspon en qualsevol cas al poder legislatiu nacional, és a dir, al Consell General.

CONSIDERANT SETÈ.- L'article 56 del Codi Penal disposa que "El tribunal fixa la pena de manera raonada, dins els límits establerts per la llei, segons el que resulti de l'aplicació dels articles anteriors, valorant les circumstàncies atenuants i agreujants concurrents i, en general, la gravetat del fet, les circumstàncies personals i la reinserció social assolida pel condemnat o les expectatives que afavoreixin una futura reinserció (...)". Atès l'exposat s'ha valorat d'una banda la quantitat de droga importada, la gran quantitat i freqüència de viatges que B. efectuà entre el seu proveïdor de haxix i el Principat, el període en que es manté el contacte entre B. i els compradors, doncs ja trobem intercanvis al 2017, la diferent participació entre els processats, i les possibilitats de reinserció, atesa la edat dels imputats, el seu nivell de formació i el seu historial laboral.

Valorat l'anterior s'imposa a F.J.B.N.S. la pena de 4 anys de presó, i multa en l'import de 10.000 € pel que fa al delictes major i multa de 400 € pel que fa a la

contravenció penal, no acordant la seva expulsió ateses les seves possibilitats de reinserció al Principat.

Pel que fa a X.G.R., se li imposa la pena única pels delictes menors, de 18 mesos de presó, dels quals ferms la part ja acomplerta preventivament, i la resta condicional qualificada a justificar ocupació laboral, amb un termini de suspensió de la pena de 2 anys, i multa de 500 €; i multa de 400 € per la contravenció penal de consum continuat de cànnabis.

Pel que fa a A.M.L., se li imposa la pena d'una any de presó, de la qual ferma la part ja acomplerta preventivament, i la resta condicional qualificada a justificar ocupació laboral, amb un termini de suspensió de la pena de 2 anys i multa de 200 €; i multa de 400 € pel que fa a la contravenció penal de consum continuat de cànnabis.

CONSIDERANT VUITÈ.- S'acorda el comís i destrucció de la droga segrestada, per ser un bé de comerç il·lícit, continguda a la bossa precintada LCSP-000003846.

S'acorda també el comís dels dispositius mòbils segrestats, i del vehicle de F.J.B.N.S., matrícula XXX, amb el que importà la droga, per tenir la consideració d'instruments del delicte, d'acord amb l'article 70 del Codi penal.

CONSIDERANT NOVÈ.- Altrament, de conformitat amb les disposicions dels articles 174 i 175 del Codi de Procediment Penal, els processats han de ser condemnats al pagament de les despeses processals causades, a acreditar en període d'execució.

Tenint en compte les disposicions legals citades i altres de pertinent aplicació, en nom del poble andorrà,

DECIDIM

Primer.- Condemnar a F.J.B.N.S., com a autor penalment responsable del delict major d'importació de haixix en gran quantitat per destinar-la a la venda, i de venda de haixix, i de la contravenció penal de consum continuat de cànnabis, a la pena de QUATRE ANYS DE PRESÓ i MULTA DE DEU-MIL EUROS (10.000 €), pel que fa al delict major, i MULTA DE QUATRE-CENTS EUROS (400 €), pel que fa a la contravenció penal.

Segon.- Condemnar a X.G.R., com autor penalment responsable dels delictes menors de proporcionar il·lícitament haixix i posseir droga del tipus MDMA, i de la contravenció penal de consum continuat de cànnabis, a la pena de DIVUIT MESOS DE PRESÓ, FERMA LA PART JA COMPLERTA PREVENTIVAMENT, i la resta CONDICIONAL QUALIFICADA A JUSTIFICAR OCUPACIÓ LABORAL, amb un termini de suspensió de la pena de dos anys, I MULTA DE CINQ-CENTS EUROS (500 €), pel que fa als delictes, i altra MULTA DE QUATRE-CENTS EUROS (400 €), pel que fa a la contravenció penal.

Tercer.- Condemnar a A.M.L., com autor penalment responsable del delict menor de proporcionar il·lícitament haixix i de la contravenció penal de consum continuat de cànnabis, a la pena d'UN ANY DE PRESÓ, FERMA LA PART JA COMPLERTA PREVENTIVAMENT, i la resta CONDICIONAL QUALIFICADA A JUSTIFICAR OCUPACIÓ LABORAL, amb un termini de suspensió de la pena de dos anys, i MULTA DE DOS-CENTS EUROS (200 €), pel que fa al delict, i altra MULTA DE QUATRE-CENTS EUROS (400 €), pel que fa a la contravenció penal.

Quart.- S'acorda el comís de dels dispositius mòbils segrestats, i del vehicle de Volkswagen de F.J.B., matrícula XXX, per tenir la consideració d'instruments del delict. S'acorda també el comís i destrucció de la droga segrestada, continguda a la bossa precintada LCSP- 000003846.

Cinquè.- Es condemna a F.J.B.N.S., X.G.R. i A.M.L., al pagament de les despeses processals causades, a acreditar en període d'execució de sentència.

Contra la present sentència pot interposar-se recurs d'apel·lació en el termini de 15 dies a comptar de la notificació de la present, d'acord amb el previst als articles 195 i següents del Codi de Procediment Penal.

Així per aquesta nostra sentència, ho manem i signem.