

Roj: SAP M 5300/2016 - ECLI:ES:APM:2016:5300
Id Cendoj: 28079370012016100243

Órgano: Audiencia Provincial

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 319/2013

Nº de Resolución: 302/2016

Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Ponente: ALEJANDRO MARIA BENITO LOPEZ

Tipo de Resolución: Sentencia

Procedimiento abreviado nº 52/2012

Juzgado de lo Penal nº 21 de Madrid

Rollo de Sala nº 319/2013

Alejandro Benito López

SENTENCIA Nº 302/2016

Audiencia Provincial de Madrid

Sección Primera

Magistrados

D Alejandro Benito López

D Manuel Chacón Alonso

Dª Elena Perales Guilló

En Madrid, a diez de junio de dos mil dieciséis.

Vistos en segunda instancia los recursos de apelación contra la sentencia de 29 de abril de 2013 del Juzgado de lo Penal nº 21 de Madrid en el procedimiento abreviado nº 52/2012, seguido contra don Cosme Roberto , don Sebastian Casimiro , don Joaquin Matias , doña Isabel Isidora y don Francisco Octavio .

Son apelantes:

Don Cosme Roberto representado por el procurador don Antonio Ramón Rueda López y defendido por el letrado don Tomás Valdivielso Gómez.

Don Sebastian Casimiro representado por el procurador don Antonio Ramón Rueda López y defendido por la letrada doña María Gemma Español Finol.

El Fiscal representado por la Ilma. Sra. Doña María Rosa Calvo González- Reguereal.

El Consejo Superior de Deportes (CSD), representado y defendido por la Abogada del Estado doña Lucía Pedreño Navarro.

La Agencia Mundial Antidopaje (AMA), representada por el procurador don Manuel Lanchares Perlado y defendida por el letrado don Florentino Ortí Ponte.

La Unión Ciclista Internacional (UCI), representada por la procuradora doña Amparo Laura Díez Espí y defendida por el letrado don Pablo Jiménez de Parga.

El Comitato Olímpico Nazionale Italiano (CONI), representado por la procuradora doña Silvia Vázquez Senín y defendido por el letrado don Ignacio Arroyo Martínez.

Don Sabino Narciso , representado por el procurador don José Ángel Donaire Gómez y defendido por el letrado don Juan Carlos Sánchez Peribañez.

Son apelados:

Don Joaquin Matias representado por el procurador don Argimiro Vázquez Guillén y defendido por el letrado Don Ignacio Arroyo Martínez.

Doña Isabel Isidora , representada por la procuradora Lydia Leiva Cavero y defendida por el letrado don José Ignacio de Arsuaga y Ballugera.

Don Francisco Octavio representado por el procurador don Antonio Ramón Rueda López y defendido por el letrado don Julián Pérez-Templado y Templado.

La Real Federación Española de Ciclismo (RFEC) representada por la procuradora doña María de Villanueva Ferrer y defendida por la letrada doña Isabel Troitiño Torralba.

Es ponente el magistrado don Alejandro Benito López.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Penal dictó sentencia cuyo relato fáctico y parte dispositiva dicen:

HECHOS PROBADOS.- "Primero y único.- Se declara probado que Cosme Roberto , mayor de edad y sin antecedentes penales, médico especialista en Medicina Deportiva, venía realizando, al menos desde el año 2.002, conductas consistentes en la práctica de extracciones de sangre, generalmente 450 miligramos de sangre por cada una de ellas, en ocasiones dos bolsas de esa misma cantidad, a determinados deportistas y, en concreto, a ciclistas para su posterior re- infusión al deportista, con la exclusiva finalidad de elevar artificialmente el rendimiento físico del ciclista. A partir del año 2.004, el sistema consistiría en someter la sangre extraída a un proceso de glicerolización mediante el uso de un conservante denominado glicerol a través de un sistema realizado automáticamente por máquinas ACP-215, que tenía por objeto la obtención de concentraciones de hematíes obtenidos tras la separación de los referidos los glóbulos rojos y el plasma mediante el centrifugado de la sangre, para proceder a su congelación de cara a su conservación durante un tiempo prolongado y posteriormente, tras un proceso inverso de desglicerolización y descongelación, poder llevar a cabo la re-infusión al ciclista en el momento requerido, con la exclusiva finalidad de elevar el nivel de hematocrito del ciclista, con la consiguiente elevación de su rendimiento físico y capacidad de resistencia al esfuerzo.

Para la realización de este procedimiento de extracciones, conservación de la sangre y auto-transfusiones, el acusado contaba principalmente con la colaboración de otra persona que no ha sido objeto de enjuiciamiento, y que en varias ocasiones solicitó productos necesarios para el tratamiento y conservación de la sangre de determinados centros hospitalarios, en concreto, varias botellas de glicerol del Centro de Transfusiones de la Comunidad Valenciana y del Servicio de Hematología del Hospital de la Princesa, del Centro Regional de Transfusión Sanguínea de Sevilla, así como ciertos envases de cloruro sódico (Lote T01, con fecha de caducidad octubre 2.006) de la Farmacia Militar del Ministerio de Defensa.

Cosme Roberto realizaba esta actividad planificando el sistema de extracciones y re-infusiones de los deportistas coordinándolo con su preparación física a la vista del calendario de competiciones de la temporada del ciclista en cuestión, a fin de conseguir la doble finalidad de óptimos resultados en la competición y al tiempo evitar ser detectado el ciclista en los controles antidopaje, ya que las auto-transfusiones se realizaban incluso en periodo de competición.

Además, en determinados casos el Doctor Cosme Roberto acompañaba el sistema de extracciones y re-infusiones sanguíneas con la dispensación al ciclista de determinadas especialidades farmacéuticas de las que se incluyen en la lista de sustancias y métodos prohibidos en el deporte elaborada periódicamente por la Presidencia del Consejo Superior de Deportes, principalmente y en la mayoría de los casos eritropoietina (EPO), pero también otras sustancias como factores del crecimiento (IGF-1), testosterona, insulina y hormona femenina gonadotropina (hMG).

A fin de coordinar la preparación física del ciclista con el calendario de extracciones y re-infusiones y, en su caso, suministro de las mencionadas sustancias, el acusado contaba con la colaboración de Sebastian Casimiro , mayor de edad y sin antecedentes penales y Segundo Director Deportivo y entrenador del equipo deportivo Comunidad Valenciana (antes equipo deportivo KELME) en la época en que suceden los hechos, del 2002 a mayo del 2.006, colaboración activa circunscrita a la preparación del sistema de entrenamiento del ciclista a fin de conseguir el mayor éxito de las prácticas dirigidas y practicadas directamente por Cosme Roberto , todo ello encaminado igualmente a la obtención del mayor rendimiento del ciclista y a cambio de una remuneración que le pagaba Cosme Roberto .

En todos los casos, el Dr. Cosme Roberto ofertaba y proporcionaba a los deportistas tanto el tratamiento sanguíneo y el suministro de medicamentos a cambio de un precio, precio que tarifaba por separado para el "tratamiento" consistente en auto-transfusiones y para el suministro de las indicadas sustancias prohibidas.

Dicho tratamiento de extracciones y re-infusiones se suministraba al ciclista por indicación del Doctor Cosme Roberto con la exclusiva finalidad de conseguir la elevación del nivel de hematocrito del ciclista, con la consiguiente mejora del transporte del oxígeno en la sangre y el aumento de la resistencia al cansancio, todo ello a fin de incrementar su rendimiento de cara a la competición, y sin que respondiera a una verdadera prescripción médica conforme a la "lex artis" y suponía, por sí solo y sin necesidad de ir unido al consumo de otra sustancia, un importante peligro para la salud del ciclista al suponer la elevación del hematocrito una mayor viscosidad de la sangre y con ello un superior esfuerzo para el corazón, peligro que se concretaba en riesgos para el sistema cardiovascular (trombosis, infartos), dermatológicos (diaforesis o sudoración profusa), hematológicos (deficiencia de hierro funcional), gastrointestinales (náuseas, vómitos), musculoesqueléticos (dolor óseo), daños renales, otros como hiperkalemia (aumento del potasio en sangre) e hiperfosfatemia (aumento de los fosfatos) e incluso daños neurológicos a nivel cerebral (como mayor probabilidad de accidentes cerebrovasculares, convulsiones, ataque isquémico transitorio y otros como cefalea, debilidad o mareo).

Estos mismos riesgos contra la salud del ciclista (junto a otros, como reacciones alérgicas) podían verse incrementados en el caso de que a dicho procedimiento se uniera el consumo de la mencionada eritropoyetina, riesgos que aumentaban aún más en el caso de consumo añadido de otras sustancias.

Asimismo, estas extracciones y auto-transfusiones sanguíneas se realizaban sin cumplimiento de las exigencias previstas en la normativa sanitaria en materia de transfusiones y autotransfusiones, vigente en aquél momento, no realizándose las extracciones ni las re-infusiones en centros autorizados por la autoridad, realizándose, en ocasiones, en habitaciones de Hotel, sin cumplir las garantías higiénico-sanitarias previstas en la normativa sanitaria en cuanto al transporte y conservación de la cadena de frío de las muestras, sin garantía de la práctica en todos los casos de los preceptivos controles hematológicos del receptor de la sangre y, principalmente, sin un sistema de identificación de las muestras que garantizara una perfecta trazabilidad de la sangre, que permitiera un seguimiento sin margen de error de la muestra desde el momento de la extracción hasta el momento de la re- infusión, realizándose todo el procedimiento de una manera clandestina y al margen de cualquier tipo de control o inspección de las Autoridades, incumplimientos que entrañaban de por sí un incremento del riesgo para la salud de los ciclistas.

Para la realización de las referidas prácticas con la colaboración de otras personas, además de Sebastian Casimiro , que realizaban funciones de diversa índole y cuya identidad no ha podido ser determinada.

No ha quedado acreditada la relación con los hechos de Joaquin Matias , mayor de edad y sin antecedentes penales, que fuera Director Deportivo del equipo Ciclista ONCE hasta el año 2.003 y del equipo ciclista Liberty desde el año 2.004 hasta al menos el mes de mayo de 2.006.

No ha quedado acreditada la participación en los hechos de Francisco Octavio , mayor de edad y sin antecedentes penales, Director Deportivo del equipo Comunidad Valenciana (antes KELME) en el periodo en que se producen los hechos.

Tampoco ha quedado acreditada la participación en los hechos de Isabel Isidora , mayor de edad y sin antecedentes penales, hermana de Cosme Roberto , que fuera responsable médico del equipo ciclista Comunidad Valenciana desde el año 2.004 y médico colaboradora del KELME anteriormente."

FALLO.- "Que debo condenar y condeno a Cosme Roberto como autor de un delito contra la salud pública del art. 361 del Código Penal ya referenciado, con la agravación del art. 372 del Código Penal sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de un año de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como a la pena de diez meses multa, con una cuota diaria de quince euros y apremio personal para el caso de impago a razón de un día de privación de libertad por cada dos cuotas de multa impagadas, así como a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la medicina deportiva por tiempo de cuatro años, con condena al pago de una quinta parte de las costas procesales, incluidas las costas de la Acusación Particular.

Y debo condenar y condeno a Sebastian Casimiro a título de cómplice del referido delito contra la salud pública del art. 361 del Código Penal , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de cuatro meses de prisión e inhabilitación especial durante el mismo periodo, a la pena

de cuatro meses multa, con una cuota diaria de quince euros y apremio personal para el caso de impago a razón de un día de privación de libertad por cada dos cuotas de multa impagadas, así como a la pena de inhabilitación para ejercer el oficio de entrenador deportivo o cualquier actividad profesional relacionada con el ciclismo por un periodo de cuatro meses, con condena al pago de una quinta parte de las costas procesales del Juicio, incluidas las costas de la Acusación Particular.

Que debo absolver y absuelvo a Isabel Isidora , a Joaquin Matias y a Francisco Octavio en relación al delito contra la salud pública del art. 361 del Código Penal de que venían siendo acusados, con declaración de oficio de tres quintas partes de las costas procesales.

No ha lugar a la indemnización solicitada en concepto responsabilidad civil por la representación de Sabino Narciso .

Procede acordar el comiso y posterior destrucción, de las bolsas de sangre, plasma y concentrados de hematíes y de su contenido aprehendidas en las entradas y registros realizados en los domicilios de Cosme Roberto y Victorino Hipolito , lo que se verificará una vez la presente resolución adquiera firmeza, debiéndose dejar muestra suficiente hasta el momento en que se resuelva en relación a la participación en los hechos del también acusado en su día, Victorino Hipolito , mediante resolución definitiva, bien porque recobre la salud, bien por prescripción de los hechos, sin que haya lugar a la entrega de muestras solicitada por parte de las representaciones de Real Federación Española de Ciclismo (RFEC), Asociación Mundial Antidopaje (AMA), Unión Ciclista Internacional (UCI) y Comitato Olimpico Nazionale Italiano (CONI).

Procédase al comiso de los efectos y documentación aprehendidos en los registros realizados en los domicilios de Cosme Roberto sitios en la CALLE000 nº NUM000 , NUM001 de Madrid y DIRECCION000 Nº NUM002 , NUM003 , NUM004) de la localidad de Madrid, así como de los efectos encontrados en el domicilio de Sebastian Casimiro .

Procédase al comiso de los 5.300 euros encontrados en el domicilio de Sebastian Casimiro , efectivo al que se dará el destino legal.

Procédase al comiso de los efectos encontrados en el domicilio de Victorino Hipolito sito en la CALLE001 nº NUM005 , NUM006) de la localidad de Madrid y en el laboratorio profesional de Victorino Hipolito de la CALLE002 nº NUM007 , NUM008 de la localidad de Madrid.

Asimismo, procédase al comiso de los efectos encontrados en el domicilio de Pedro Ismael , a los que se dará el destino legal, a excepción del documento Nº 207, que obra unido a la carpeta de Anexos, consistente en escritura relativa a la constitución de una sociedad por parte de Santiago Victorio y Reyes Juliana , hermano y madre de Pedro Ismael , debiendo procederse a su devolución a los interesados.

Procédase al comiso de los medicamentos aprehendidos en las diligencias de entrada y registro anteriormente expresadas y del medicamento SYNACTHENE ocupado a Joaquin Matias y que fueron enviados en su día a la Agencia Española del Medicamento, quedando en poder de dicho organismo, a fin de proceder a su destrucción o darles el destino legal que corresponda.

La destrucción que procediere, en su caso, en relación a documentos, efectos aprehendidos y medicamentos respecto a los cuales se ha acordado el comiso en la presente causa, quedará en suspenso hasta el momento en que se resuelva en relación a la acusación formulada en su día contra Victorino Hipolito mediante resolución definitiva, ya porque recupere la salud, ya por prescripción de los hechos.

Absuelto, el acusado Joaquin Matias , procede la devolución al mismo de los efectos personales que le fueron aprehendidos en el momento de su detención, obrantes a los folios 350 a 360 de las actuaciones y que no le hubieren sido previamente devueltos. Procede igualmente la devolución a Joaquin Matias del dinero en efectivo que le fue aprehendido el día de su detención (42.224,10 euros, 38.500 francos suizos y 310 dólares australianos).

Procede la devolución a Victorino Hipolito , de los efectos personales que le fueron aprehendidos en el momento de su detención, obrantes a los folios 350 a 360 de las actuaciones y que no le hubieren sido previamente devueltos, a excepción de la tarjeta de restaurante con anotaciones de claves en su reverso, que quedará unida a la causa hasta la finalización de las actuaciones seguidas contra Victorino Hipolito por resolución definitiva, bien porque recobre la salud, bien por prescripción de los hechos.

Procede la devolución a Cosme Roberto de los efectos personales que le fueron aprehendidos en el momento de su detención, obrantes a los folios 315 a 316 de las actuaciones y que no le hubieren sido previamente devueltos. Procede la devolución a los herederos legales de Pedro Ismael de los efectos

personales que le fueron aprehendidos en el momento de su detención, obrantes al folio 332 de las actuaciones y que no le hubieren sido previamente devueltos al fallecido.

Procede la devolución a Sebastian Casimiro de los efectos personales que le fueron aprehendidos en el momento de su detención, obrantes al folio 342 de las actuaciones y que no le hubieren sido previamente devueltos.

No ha lugar a la autorización ni a la entrega de testimonio solicitadas por la representación de Sabino Narciso a efectos de proceder contra Cosme Roberto y contra Francisco Octavio por un presunto delito de injurias o calumnias vertidas en Juicio.

No procede la deducción de testimonio de las actuaciones en relación a un presunto delito de falso testimonio contra Sabino Narciso en relación a las manifestaciones por él vertidas en el plenario solicitada por la representación de Isabel Isidora .

No ha lugar a la petición de la representación del CONI relativa a la entrega del material informático incautado en su día a los acusados en las diligencias de entrada y registro practicadas en la causa ni de las copias del contenido de los respectivos discos duros obtenidos por el Juzgado instructor.

En relación a dicho material informático (ordenadores, discos duros o lápices de memoria, así como terminales telefónicos) intervenidos en su día a Cosme Roberto , Sebastian Casimiro , Pedro Ismael , Victorino Hipolito y Joaquin Matias y aún no devueltos, deberá hacerse entrega de los mismos a sus respectivos titulares; debiendo procederse a la destrucción de todas las copias obtenidas en relación al volcado del material informático y discos duros, realizado en su día por el Juzgado instructor, lo que se verificará una vez la presente resolución alcance firmeza.

Procédase, una vez firme la presente Sentencia, a la destrucción de las grabaciones originales de las conversaciones telefónicas correspondientes a los teléfonos intervenidos a Cosme Roberto y a Victorino Hipolito , ordenándose a la Guardia Civil encargada de la intervención, grabación y escucha de tales comunicaciones que proceda al borrado de las grabaciones que pudieren quedar en archivos SITEL y a la destrucción de cualesquiera copias de la misma, a excepción de la copia que quede unida al presente procedimiento."

SEGUNDO.- Contra dicha resolución el Fiscal y las representaciones de los acusados Sres. Cosme Roberto y Sebastian Casimiro y de las acusaciones particulares de CSD, AMA, UCI, CONI y el Sr. Sabino Narciso interpusieron recursos de apelación, que fueron admitidos a trámite, y previo traslado a las demás partes, con los resultados que obran en autos, se elevó el procedimiento original a este tribunal, señalándose el 26 de noviembre de 2015 para su deliberación.

II. HECHOS PROBADOS

Se aceptan los contenidos en la sentencia impugnada.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Nulidad de actuaciones por no entregar el volcado del material informático y de los terminales telefónicos intervenidos.

La representación del CONI solicita la nulidad por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE por no habersele permitido acceder al material informático y los teléfonos intervenidos, impidiéndole instrumentar debidamente la acusación y poder probarla.

El CONI mediante escrito de 25 de marzo de 2011 solicitó la entrega de copia del contenido de los ordenadores y discos duros, y demás material informático, o subsidiariamente el acceso a su contenido para formalizar el escrito de acusación, que fue denegado por providencia de 29 de marzo de 2011, confirmada por auto de 11 de mayo de 2011 al rechazar el recurso de reforma, y por auto de 18 de julio de 2011 de la Sección 5ª de esta Audiencia al desestimar el recurso de apelación, y la reiteró como cuestión previa al inicio del juicio oral siendo nuevamente denegada.

El derecho de las partes al acceso al contenido de la causa para la defensa de sus pretensiones no es absoluto, estimándose que constituyó objeto de investigación, y respetando los límites contemplados en los arts. 552 , 576 y 587 LECr .

El contenido del material informático y de los teléfonos intervenidos no fue objeto de indagación respecto de los hechos del supuesto delito investigado que era contra la salud pública, y no los delitos de asociación

ilícita de los arts. 515.1 y 517 CP , estafa de los arts. 248 y 249 CP y contra la Hacienda Pública del art. 305 CP , que el CONI también llegó a imputar a los Sres. Cosme Roberto , Sebastian Casimiro y Joaquin Matias y la Sra. Isabel Isidora , respecto de los cuales el Juzgado de Instrucción dispuso el sobreseimiento libre por auto de 10 de octubre de 2012, aclaratorio del auto de apertura de juicio oral de 21 de noviembre de 2011, que fue confirmado por auto de 26 de noviembre de 2012 de la Sección 5ª de esta Audiencia ; ni consiguientemente tampoco podían utilizarse como prueba en el juicio por generar indefensión a las defensas de los acusados al no ser hechos objeto de enjuiciamiento.

Además, en la fase intermedia, es decir, después del auto de 30 de enero de 2009 del Juzgado de Instrucción que concluyó la instrucción, disponiendo la transformación a procedimiento abreviado, sólo son pertinentes las diligencias indispensables para formular acusación por falta de elementos esenciales para la tipificación de los hechos (art. 780.2 LECr), no teniendo encaje la petición en dicho precepto, como tampoco en las pruebas que pueden proponerse al comienzo del juicio oral que son las que puedan practicarse en el acto (art. 786.2 LECr).

Por lo tanto, debe rechazarse la postulada nulidad.

SEGUNDO.- Nulidad de actuaciones por no entregar una muestra de las bolsas de plasma, sangre y concentrado de hematíes intervenidas en los registros.

La representación del CONI solicita la nulidad por a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE por no habersele entregado una muestra o parte alícuota de cada una de las bolsas de plasma, sangre y concentrado de hematíes que fueron intervenidas en los registros, al impedírsele instrumentar debidamente la acusación y demostrarla.

El apelante en su escrito de calificación provisional, concretamente en su petición adicional, indicó que al no dársele traslado de una parte significativa de las diligencias previas (documentos en soporte informático aprehendido a los imputados, etc) solicitaba la entrega de todo lo que compusiese el expediente hasta la fecha. Es decir, no concretó que también se refería a una muestra de cada una de las bolsas de sangre, plasma y concentrado de hematíes intervenidas en los registros en los domicilios del Sres. Cosme Roberto y Victorino Hipólito .

En la vista las representaciones de RFEC, AMA, UCI y CONI reclamaron la entrega de muestras de las mencionadas bolsas , e incluso la del CONI mediante posterior escrito de 1 de febrero de 2013 adujo que su finalidad era para verificar si todas o alguna de ellas contenían solo plasma o sangre, u otras sustancias añadidas y su posible nocividad para la salud humana, el índice de hematocrito y si los recipientes eran adecuados para mantener en óptimas condiciones la sangre o el plasma, cuestión que el Juzgado aplazó a la sentencia.

Las razones expuestas en el fundamento anterior son igualmente extensibles a esta pretensión, por lo que debe desestimarse la postulada nulidad.

TERCERO.- Extemporaneidad de los recursos de los Sres. Cosme Roberto y Sebastian Casimiro .

La Abogacía del Estado alega la extemporaneidad de los recursos de los Sres. Cosme Roberto y Sebastian Casimiro al considerar que al ser notificada la sentencia a sus procuradores el 30 de abril de 2013 , y presentarse el 13 y 14 de mayo las apelaciones, respectivamente, estaban fuera de plazo, según los arts. 160 y 166 LECr en relación con el art. 153 LEC .

El art. 160 párrafos 1º y 2º LECr dispone:

"Las sentencias definitivas se leerán y notificarán a las partes y a sus Procuradores en todo juicio oral el mismo día en que se firmen, o a lo más en el siguiente.

Si por cualquier circunstancia o accidente no se encontrare a las partes al ir a hacerles la notificación, se hará constar por diligencia y bastará en tal caso con la notificación hecha a sus Procuradores."

El art. 166 párrafo 3º LECr establece:

"Las notificaciones, citaciones y emplazamientos se practicarán en la forma prevista en el Capítulo V del Título V del Libro I de la Ley de Enjuiciamiento Civil."

El art. 153 LEC prescribe:

"La comunicación con las partes personadas en el juicio se hará a través de su procurador cuando éste las represente. El procurador firmará las notificaciones, emplazamientos, citaciones y requerimientos de todas

clases que deban hacerse a su poderdante en el curso del pleito, incluso las de sentencias y las que tengan por objeto alguna actuación que deba realizar personalmente el poderdante."

La interpretación que la Abogacía del Estado efectúa de dichos preceptos no es asumible porque la remisión general del art. 166 párrafo 3º LECr a la LEC respecto de la forma en que deben efectuarse las notificaciones, entre cuyas normas se encuentra el mencionado art. 153 LEC , debe entenderse que afecta exclusivamente a lo que específicamente no se encuentre previsto por la propia LECr, la cual contempla una concreta regulación sobre la notificación de la sentencia penal, que debe realizarse no sólo a los procuradores, sino también al acusado, computándose el plazo para recurrir a partir desde el siguiente al de la última notificación de la resolución judicial, conforme al art. 212 LECr , sin que sea atendible que si aquella notificación no se hizo el mismo día de la sentencia o al día siguiente a los acusados implique que precluya su derecho al recurso por no ser imputable a ellos.

CUARTO.- Auto de transformación a procedimiento abreviado.

La defensa del Sr. Sebastian Casimiro alega que debe excluirse del objeto del proceso el tema relativo a la dispensación de determinadas especialidades farmacéuticas, dejándolo reducido a las transfusiones y re-infusiones sanguíneas por ausencia de mención a aquel particular en el auto de 30 de enero de 2009 del Juzgado de Instrucción por el que se dispuso la transformación a procedimiento abreviado.

El Juzgado denegó provisionalmente esta cuestión previa suscitada al comienzo del juicio al considerar que la referida resolución parecía limitarse a recoger sin ánimo de exhaustividad una serie de conductas que a título de ejemplo enumeraba el auto de 12 de enero de 2009 de la Sección 5ª de esta Audiencia , y ser prematuro deslindar el objeto del proceso definido durante la instrucción; desprendiéndose, además, de los escritos de las acusaciones que el uso de medicamentos pudiera, indiciariamente, al menos, estar ligado al tema de las transfusiones, por lo que, ante la duda optó por el principio pro actione, lo que implicaba no excluir provisionalmente este hecho imputado, sin perjuicio del pronunciamiento definitivo que se difería a la sentencia.

En el fundamento tercero de la sentencia se señala que el tema de los medicamentos no podía ser excluido del enjuiciamiento porque el auto de 30 de enero de 2009 se limitó a reseñar lo indicado en el auto de 12 de enero de 2009 de la Sección 5ª de esta Audiencia , que se refería a las extracciones de sangre y las transfusiones en locales no adecuados, el transporte de la sangre en recipientes inadecuados, la falta de clara identificación de los donantes, y la ausencia de garantías de mantenimiento de las temperaturas de conservación de la sangre y sus componentes al custodiarse en frigoríficos y arcones congeladores dentro de pisos particulares, lo que no podía garantizar el mantenimiento de la cadena de frío en caso de un simple corte de corriente eléctrica, e incluso sin constar cuál era el sistema de graduación de temperatura, constituyendo un procedimiento clandestino al margen de cualquier inspección de las autoridades sanitarias, por imposibilitar un control sobre la frecuencia de extracciones, las fechas de caducidad, las temperaturas, las prácticas de pruebas analíticas tras cada extracción, etc, enumeradas a título de ejemplo, lo cual se encontraba reforzado por la imputación de un presunto delito contra la salud pública del art. 361 CP referido al despacho o expedición de medicamentos, y en su apoyo citó las STC 87/2001, de 2 de abril ; y 20/2003, de 10 de febrero ; y STS de 4 de abril de 2012 .

El auto de procedimiento abreviado contemplado en el art. 779.1.4 LECr , conlleva, de un lado, la conclusión de la instrucción al haberse practicado las diligencias esenciales de investigación, y de otro, el inicio de la fase intermedia porque de dichas diligencias se derivan indicios de la existencia de un hecho delictivo y la participación del imputado en el mismo; delimitando el alcance que puede tener la acusación mediante la determinación de la persona imputada y del hecho que podrá erigirse en objeto de la acusación, no así su calificación jurídico- penal al no ser ésta vinculante para las partes acusadoras (STC Pleno 186/1990, de 15 de noviembre ; y STS 836/2008, de 11 de diciembre ; 94/2010, de 10 de febrero ; y 251/2012, de 4 de abril) .

En este caso, si bien desde el auto de 8 de marzo de 2007 del Juzgado de Instrucción que dispuso el sobreseimiento libre las decisiones judiciales no hacían mención a los medicamentos, con la salvedad del auto de 11 de febrero de 2008 de la Sección 5ª de esta Audiencia que lo revocó, en el que se aludía a la posibilidad de la presencia de eritropoyetina en determinadas bolsas, que fue descartada a raíz del nuevo informe por el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, dando lugar a que el Juzgado por auto de 8 de marzo de 2007 decretase de nuevo el sobreseimiento libre, el cual fue también revocado por auto de 12 de enero de 2009 de la mencionada Sección de esta Audiencia, en el cual sólo se alude al tema de la sangre, al igual que en el auto de 30 de enero de 2009 del Juzgado, ello obedeció a que el debate se centró en la consideración

de la sangre como medicamento, lo que no era excluyente de la imputación del delito contra la salud pública del art. 361 CP respecto a los medicamentos intervenidos.

Es más, el criterio sostenido en la STS 179/2007, de 7 de marzo, relativo a la vinculación de las partes acusadoras a los hechos imputados en el auto de transformación, posteriormente ha sido matizado, entre otras, por STS 251/2012, de 4 de abril, que recuerda con cita de la STS 836/2008, de 11 de diciembre, que la exclusión de hechos en el auto de transformación debe ser expresa, lo que no aconteció respecto de los medicamentos, ni tampoco generó indefensión al poderse defender de este hecho el Sr. Sebastian Casimiro y los demás acusados en el juicio, donde su objeto quedó finalmente fijado por las conclusiones finales de las acusaciones (STC 347/2006, de 11 de diciembre).

A mayor abundamiento, debe reseñarse la irrelevancia de este motivo de impugnación dado que en la sentencia se descartó el delito imputado en relación a los medicamentos, sin perjuicio de una salvedad a la que en su momento nos referiremos.

QUINTO.- Cosa juzgada.

La defensa del Sr. Sebastian Casimiro aduce la excepción de cosa juzgada en relación a las diligencias previas nº 1268/2004 del Juzgado de Instrucción nº 10 de Madrid, conocido como caso Manzano, en el que se investigó dispensación de medicamentos hasta el año 2005 y en las que el Juzgado por auto de 4 de febrero de 2005 decretó el sobreseimiento libre, que fue confirmado por auto de 27 de septiembre de 2006 de la Sección 7ª de esta Audiencia Provincial.

El Juzgado como en el caso anterior rechazó esta cuestión previa al comienzo del juicio, y nuevamente en el fundamento cuarto de la sentencia al reiterarse en las conclusiones finales.

El principio non bis in idem en su manifestación procesal implica la prohibición de enjuiciamiento penal cuando previamente haya existido otro que ha concluido con una resolución de fondo firme con efecto de cosa juzgada (STC 159/1987, de 26 de octubre ; 2/2003, de 16 de enero ; 249/2005, de 10 de octubre ; 23/2008, de 11 de febrero ; 60/2008, de 26 de mayo ; 91/2008, de 21 de julio ; y 69/2010, de 18 de octubre).

Se encuentra reconocido en:

- Art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 19 de diciembre de 1966, que dispone:

"Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una Sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país."

- Art. 4 del Protocolo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos

(CEDH), que establece:

"1º.- Nadie podrá ser procesado o castigado penalmente por las jurisdicciones del mismo Estado por una infracción por la que hubiera sido absuelto o condenado por sentencia firme conforme a la Ley y al procedimiento penal de ese Estado.

2º.- Lo dispuesto en el párrafo anterior no obsta a la reapertura del proceso, conforme a la Ley y al procedimiento penal del Estado interesado, en caso de que hechos nuevos o revelaciones nuevas o un vicio esencial en ese procedimiento pudieran afectar a la sentencia dictada."

El efecto de la cosa juzgada material en el proceso penal, a diferencia de otras ramas del Derecho, es únicamente preclusivo o negativo, que implica que lo resuelto por sentencia firme o resolución asimilada impide después otro procedimiento penal sobre el mismo hecho y persona imputada (STS 34/2008, de 21 de enero).

La STS 349/2015, de 3 de junio, respecto de las decisiones que tienen dicho efecto, señala que en el ámbito penal no tienen la mencionada eficacia el auto de sobreseimiento provisional (art. 641 LECr) porque no impide la reapertura del proceso, y el auto dictado al amparo de los arts. 313 y 269 LECr al no existir propiamente proceso al rechazarse a limine la admisión de querrela o de denuncia, y por el contrario gozan de ella la sentencia firme absolutoria o condenatoria, y el auto firme de sobreseimiento libre *"en la medida que son un equivalente procesal de las sentencias en los supuestos a los que se refiere el art.637, que se caracteriza por la inexistencia de juicio oral, que se reputa innecesario por la concurrencia de cualquiera de los tres supuestos a que se refiere el citado artículo, supuestos cuya inequívoca e indubitada existencia constituye un juicio de certeza análogo al de la sentencia si bien se alcance en fase anterior al juicio oral, que por ello resulta innecesario."*

No obstante, la jurisprudencia casi uniformemente excluyó también el auto de sobreseimiento libre dictado en las diligencias previas porque el art. 789.5.1º LECr en su redacción original, porque sólo preveía el archivo si el hecho no era constitutivo de infracción penal, entendiendo que en este caso el archivo no era equivalente al sobreseimiento libre y por tanto del mismo no podía derivarse la naturaleza preclusiva (STS 2 de junio de 1993 , 16 de febrero de 1995 , 3 de febrero y 18 de noviembre de 1998 , 20 de marzo de 2000 y 1 de marzo de 2002). El reforma operada por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, que entró en vigor el 28 de abril de 2003, dio una nueva redacción al precepto que pasó a ser el art. 779.1.1ª LECr , disponiendo: "Si estimare que el hecho no es constitutivo de infracción penal o que no aparece suficientemente justificada su perpetración, acordará el sobreseimiento que corresponda notificando dicha resolución a quienes pudiera causar perjuicio, aunque no se hayan mostrado parte en la causa. Si, aun estimando que el hecho puede ser constitutivo de delito, no hubiere autor conocido, acordará el sobreseimiento provisional y ordenará el archivo."

Esta modificación fue advertida en la STS 6/2008, de 23 de enero , que se cita por el Juzgado, y sus consecuencias han sido zanjadas por la STS 601/2015, de 23 octubre , a favor del efecto de cosa juzgada del auto de sobreseimiento libre dictado en la fase de diligencias previas, que citando el ATC 305/1994, de 14 de noviembre , dice: " *A un momento posterior corresponde el Auto donde el Juez de Instrucción puso fin a esta fase investigadora sin deducir responsabilidad alguna. La decisión de archivar las diligencias previas, que termina el procedimiento sin Sentencia, arrinconando definitivamente la acción penal o dejándola aparcada, da por implícita otra que actúa como premisa mayor. En efecto, sólo el sobreseimiento, en nuestro lenguaje procesal, puede justificar la actividad material consistente en guardar las actuaciones en un local ad hoc, medida burocrática en ejecución de aquella que es su presupuesto lógico. En suma esto nos lleva a la conclusión que archivo y sobreseimiento, en el art.789.5.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , son sustancialmente equivalentes, conteniendo las dos clases estereotipadas. En tal aspecto, el sobreseimiento con base en que los hechos no son constitutivos de delito, invocado en el primer lugar de la antedicha norma, sólo puede ser calificado de «libre», como ponen de manifiesto a la vez la coincidencia textual del enunciado con el núm. 2 del art.637, donde se regulan los supuestos de tal tipo de decisión y, por la otra, la misma redacción de la frase inmediata, que tiene un sentido alternativo cuando indica que si, aun pudiendo ser el hecho constitutivo de delito, no hubiera autor conocido, acordara el «sobreseimiento provisional, ordenando el archivo» (Auto del Tribunal Constitucional 246/1992)".*

Lo que corrobora el criterio sustentado por el Juzgado de lo Penal.

De otra parte, la identidad de la cosa juzgada material en el orden penal se contrae a la subjetiva del sujeto pasivo y a la objetiva referida a los hechos imputados independientemente de su calificación jurídica (STS 34/2008, de 21 de enero).

Las diligencias previas nº 1268/2004 del Juzgado de Instrucción nº 10 de Madrid nacieron de la denuncia de la Real Federación Española de Ciclismo por publicaciones periodísticas derivadas de manifestaciones de ciclistas, singularmente las efectuadas por don Sabino Narciso , que aludían a que un grupo de personas, entre las que se encontraban don Cosme Roberto , doña Isabel Isidora y don Francisco Octavio y otros, no así don Sebastian Casimiro , entre los años 2000 a 2003 incitaban a ciclistas para consumir sustancias anabolizantes y estimulantes, y a los que lo hicieron, uno de los cuales era el propio Sr. Sabino Narciso , que entonces era corredor del Kelme, que posteriormente cambió su nombre por Comunidad Valenciana.

La magistrada rechazó inicialmente la excepción alegada porque el auto de 19 de febrero de 2007 de esta Audiencia Provincial indicaba en relación a la personación de don Sabino Narciso que podía ser considerado perjudicado al amparo de los arts. 110 y siguientes LECr , y no cabía apreciar la eficacia de cosa juzgada en el auto de 4 de febrero de 2005 del Juzgado de Instrucción nº 10 de Madrid , ya que en dicha causa el Sr. Sabino Narciso tuvo la condición de investigado, lo que excluía la identidad subjetiva, y además la decisión no era firme.

En el fundamento cuarto de la sentencia reiteró su denegación pues, aunque entonces ya era firme el auto del Juzgado nº 10, la prueba practicada en el plenario no añadía ninguna novedad sobre la cuestión resuelta por el auto de la Audiencia, sin que le correspondiese corregir o revisar sus pronunciamientos.

Criterio que no es compartido porque debió entrar en el fondo de la cuestión, pues como se reconoce en la misma sentencia la decisión de la Audiencia únicamente tenía virtualidad respecto de la personación del Sr. Sabino Narciso como acusador particular, no sobre la concurrencia o no de la cosa juzgada, e incluso aunque fuese sobre el fondo ahora debatido al tener la parte derecho a poderlo alegar de nuevo.

La identidad subjetiva en ambas causas concurre en todas las personas que fueron investigadas en las diligencias del Juzgado nº 10 y a la vez lo fueron en este procedimiento, por lo que respecto de los hechos de

aquella consistentes en la supuesta prescripción de sustancias anabolizantes y estimulantes a los corredores entre 2000 a 2003 debió apreciarse la cosa juzgada, no así a los mismos hechos posteriores hasta mayo de 2006 consistentes en la dispensación de determinadas especialidades farmacéuticas incluidas en la lista de sustancias y métodos prohibidos en el deporte, principalmente eritropoietina (EPO), factores del crecimiento (IGF-1), testosterona, insulina y hormona femenina gonadotropina (hMG) caducadas o deterioradas, ni tampoco a las extracciones y re-infusiones sanguíneas a ciclistas desde 2002 a mayo de 2006.

El reconocimiento de la cosa juzgada en los términos señalados carece de trascendencia por el motivo señalado en el fundamento anterior.

SEXTO.- Intervenciones telefónicas.

La defensa del Sr. Sebastian Casimiro alega nulidad de las intervenciones telefónicas porque no estaban justificadas para investigar un delito menos grave y fueron de teléfonos de personas distintas de su defendido.

Las exigencias constitucionales de la proporcionalidad de las medidas limitativas de derechos fundamentales son los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta.

La idoneidad implica que mediante la medida adoptada sea posible alcanzar el objetivo pretendido.

La necesidad supone que no exista una medida menos gravosa o lesiva para la consecución del fin perseguido con igual eficacia.

La proporcionalidad estricta conlleva que el sacrificio del derecho reporte más beneficios al interés general que desventajas o perjuicios en otros bienes o derechos atendidos la gravedad de la injerencia y las circunstancias personales de quien la sufre.

La proporcionalidad estricta es reconocida cuando se trata de la investigación de un delito grave por ser merecedor de especial reproche o productor de alarma social, lo cual no excluye que también pueda darse cuando el delito es menos grave.

En este sentido, la STS 477/2013, de 3 de mayo, señala:

"Ciertamente medidas invasivas en forma tan incisiva de un derecho fundamental como es la intervención de las conversaciones telefónicas no son consentidos para la investigación de cualquier género de infracciones. Criterios de proporcionalidad exigen una ponderación: solo la averiguación y sanción de delitos "graves" puede justificar ese tipo de injerencia en una sociedad democrática. La jurisprudencia del TEDH viene proclamando con especial énfasis esta exigencia (por todas, SSTEDH de 19 de abril de 2001, Peers v. Grecia ; 24 de julio de 2001 - Velainas v. Lituania, 11 de diciembre de 2003, Basan v. Italia ; o 24 de febrero de 2005 - Jaskaukas v. Lituania-).

Por vía de principio ese presupuesto rige también en nuestro ordenamiento pese a la indefinición legal que solo permite taxativamente concluir la exclusión de las faltas. Las deficiencias normativas no han impedido a nuestros tribunales afirmar la vigencia de ese principio de proporcionalidad que puede ser anclado directamente en la Constitución y, a través suyo (art. 10 CE) también en los convenios internacionales suscritos por España y la interpretación que de ellos hacen los Tribunales supranacionales. Solo cuando la gravedad de la infracción lo aconseje será legítima una intervención telefónica. Un delito de escasa entidad no habilita para esa medida. La necesaria tarea de ponderación ha de decantarse en esos casos por la prevalencia de la efectividad de los derechos fundamentales, frente al interés a la persecución de los delitos.

Pero conviene apresurarse a matizar esta afirmación general. Cuando hablamos en este contexto de "gravedad" no debe pensarse únicamente en la dimensión de la sanción, o en una categoría específica de infracciones según, la clasificación efectuada por el Código Penal (arts. 13 y 33 CP). Han de manejarse otros criterios: afectación social, repercusiones en la convivencia, significado en un estado de derecho de los bienes jurídicos lesionados.... Una intervención telefónica podría no estar justificada para investigar un delito que tutela bienes primordialmente individuales (un hurto, v.gr); y en cambio sí estarlo para delitos con pena "menos grave" (algunos cohechos, delitos cometidos por funcionarios públicos...) ora por el interés colectivo en el bien afectado; ora por la pluralidad y actuación coordinada de los sujetos activos (entramado organizativo).

Trascendencia y repercusión social son elementos a sopesar, y no solo el tamaño de la pena (SSTS 740/2012, de 10 de octubre ó 467/1998, de 3 de abril). Se conecta así con la perspectiva de la jurisprudencia constitucional que en virtud de esos factores colaterales ha considerado convalidables unas intervenciones telefónicas practicadas para esclarecer un delito menos grave como son las infracciones contra la propiedad

intelectual (STC 104/2006, de 3 de abril : dadas las dificultades de investigación ocasionadas por el uso de las tecnologías de la información); o los delitos de contrabando (STC 14/2001, de 29 de enero o 202/2001, de 15 de octubre); o delitos cometidos por funcionarios públicos abstracción hecha de su penalidad (STC 184/2003, de 23 de octubre)."

En este caso, el delito del art. 361 CP es menos grave, pero tutela un importante bien jurídico como es la salud pública, que indiciariamente afectaba a deportistas profesionales y en especial a ciclistas, con posible repercusión en su integridad física e incluso a su vida, justificaba sobradamente la intervención telefónica.

En relación a la alegada nulidad de las conversaciones telefónicas respecto de personas distintas de los usuarios de las líneas intervenidas, en el fundamento quinto de la sentencia indica que la STC Pleno 184/2003, de 23 de octubre , que declaró afectado el derecho al secreto de sus comunicaciones telefónicas porque el art. 579 LECr vigente al tiempo de los hechos no habilitaba expresamente la injerencia en el derecho de terceros inicialmente ajenos al proceso penal, también señalaba que en su caso, al igual que el analizado en la STEDH de 18 de febrero de 2.003, caso Prado Bugallo c. España , las intervenciones telefónicas tuvieron antes y un después del auto de 18 de junio de 1992 del Tribunal Supremo, caso Naseiro , en el que se establecieron los requisitos de adecuación de las intervenciones telefónicas al derecho al secreto de las comunicaciones, que posteriormente fue seguido por la jurisprudencia, y especialmente, antes de la unificación y consolidación de la jurisprudencia constitucional a partir de 1998 y, señaladamente, a partir de la STC 49/1999, de 5 de abril , entendiéndose que estableció unos principios generales en relación a la afectación de derechos fundamentales que supone el art. 579 LECr , principios generales que han de ser modulados en relación al caso concreto.

Esta posición es plenamente compartida por este tribunal.

Es más, la jurisprudencia posterior es uniforme respecto a que cuando se autoriza la intervención de las comunicaciones alcanza no sólo a aquel cuya línea telefónica es observada, sino también al interlocutor con el que se relaciona si la conversación se refiere a los hechos que conforman el delito investigado, pues por sus propias características toda comunicación telefónica precisa siempre de un mínimo de dos interlocutores, con independencia de quién sea el emisor o el receptor de la llamada, y la resolución judicial por la que se autoriza la escucha de las conversaciones recibidas o emitidas desde un terminal comprende necesariamente a ambos conversadores, en aras a alcanzar el objetivo de su adopción, esto es, averiguar si las fundadas sospechas se materializan en el descubrimiento del presunto ilícito investigado y/o de sus responsables (STS 1717/1999, de 3 de diciembre ; 515/2005, de 4 de abril ; 1001/2005, de 19 de julio ; 309/2010, de 31 de marzo ; 493/2011, de 26 de mayo ; 433/2012, de 1 de junio ; 712/2012, de 26 de septiembre ; y 751/2012, de 28 de septiembre).

SÉPTIMO.- Registro domiciliario.

La defensa del Sr. Sebastian Casimiro aduce la nulidad del registro practicado en el domicilio de su defendido, sito en la AVENIDA000 nº NUM009 de Zaragoza, por conexión de antijuridicidad con la interceptación de sus conversaciones telefónicas, y por ausencia de incorporación del acta de entrada y registro y del testimonio de los agentes participantes en el juicio.

La conexión de antijuridicidad, también denominada prohibición de valoración, supone el establecimiento o determinación de un enlace jurídico entre una prueba y otra, de tal manera que, declarada la nulidad de la primera, se produce en la segunda una conexión que impide que pueda ser tenida en consideración por el tribunal sentenciador a los efectos de enervar la presunción de inocencia del acusado, y se encuentra anclada en la garantía constitucional de inocencia, como regla del juicio, de tal manera que impide todo mecanismo probatorio en contra de quien se produzca, y su concreción legal se dispone en el art. 11.1 inciso segundo LOPJ , que dispone que: "no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales" (STS 988/2011, de 30 de septiembre).

La nulidad del registro por conexión de antijuridicidad con la interceptación de las conversaciones del recurrente con ocasión de la intervención de otro teléfono del que no era usuario no es atendible por los motivos expuestos en el fundamento anterior.

La sentencia en el fundamento sexto reconociendo que el acta de entrada y registro no se encontraba incorporada a la causa, y tras rechazar su extemporánea aportación, considera que la consecuencia es la ausencia de valor probatorio de la referida acta que tendría carácter de prueba preconstituida, pero no la nulidad de la diligencia de entrada y registro en sí, por constar en autos el mandamiento judicial que la autoriza y no producirse afectación de derechos fundamentales del titular de la misma; e igualmente destacaba la ausencia de valor probatorio de la diligencia policial obrante a los folios 1550 a 1553 sobre el resultado del registro al no testificar los guardias civiles participantes; todo lo cual no excluía que la prueba en relación al

hallazgo de eventuales efectos del delito en el domicilio pudiese venir constituida por el propio reconocimiento realizado por el Sr. Sebastian Casimiro en la vista, complementado con sus declaraciones realizadas ante el juzgado instructor.

Criterio que también es asumido por este tribunal porque la legitimidad constitucional de la entrada y registro sin consentimiento radica en la autorización judicial (art. 18.2 CE), la cual no se cuestiona, siendo la función del acta del Letrado de la Administración de Justicia (anteriormente Secretario Judicial) dar fe del resultado de la diligencia con el valor de prueba preconstituida, por lo tanto igual que en el caso que no hubiese participado el fedatario judicial se produciría una infracción de una norma procesal (art. 569 LECr), pero no del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

En consecuencia, no siendo una prueba obtenida con violación de derechos fundamentales, sino la infracción de una norma procesal sus efectos se producen en el ámbito de la validez y eficacia de los medios de prueba, no excluyendo la acreditación de lo encontrado en el registro mediante otros medios probatorios, entre los que se encuentra la confesión del acusado, pues la jurisprudencia constitucional reconoce la autonomía jurídica y la legitimidad de su valoración como prueba para desvirtuar la presunción de inocencia que le ampara, al entender que los derechos a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y la asistencia letrada, son garantías constitucionales que constituyen medio eficaz de protección frente a cualquier tipo de coerción o compulsión ilegítima (STC 86/1995, de 6 de junio ; 161/1999, de 27 de septiembre ; 184/2003, de 23 de octubre ; 136/2006, de 8 de mayo ; y 49/2007, de 12 de marzo ; y STS 56/2009, de 3 de febrero , y las que en ella se citan).

OCTAVO.- Predeterminación del fallo.

La defensa del Sr. Sebastian Casimiro alega predeterminación del fallo porque en el segundo antecedente de la sentencia se dice:

"En el registro practicado en el apartamento sito en la AVENIDA000 nº NUM009 de la localidad de Zaragoza, domicilio del acusado Sebastian Casimiro , se encontraron:

-5.300 euros en efectivo, producto de la ilícita actividad..."

La predeterminación del fallo requiere para su estimación que: a) se trate de expresiones técnico jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado; b) tales expresiones sean tan sólo asequibles por regla general para los juristas y no sean compartidas en el uso del lenguaje común; c) tengan valor causal respecto del fallo; y, d) la supresión de tales conceptos jurídicos dejen sin base alguna el hecho histórico (STS 119/2016, de 22 de febrero).

La predeterminación que se denuncia no es atendible porque se produce cuando las mencionadas expresiones se contengan en el relato fáctico de la sentencia, lo cual no acontece en este caso, pues la mención referida no se encuentra en los hechos probados, sino en el citado antecedente en el que se relatan las diligencias de entrada y registro practicadas con autorización del auto de 22 de mayo de 2006 del Juzgado de Instrucción nº 31 de Madrid , y lo intervenido a los Sres. Cosme Roberto y Joaquin Matias al ser detenidos.

NOVENO.- Contradicción.

La defensa del Sr. Sebastian Casimiro aduce contradicción porque en la página 6 de la sentencia se señala que a don Joaquin Matias en el momento de su detención se le ocupó: "...un maletín conteniendo 42.224,10 euros, 38.500 francos suizos y 310 dólares australianos", sin aludir a la procedencia lícita o no de dicho dinero, y finalmente el referido acusado fue absuelto, y en la página 106 y 107 se refiere que entre los documentos incautados a don Cosme Roberto se encuentra una planificación deportiva del Liberty Seguros Team correspondiente al año 2005 en la que figura en su parte inferior izquierda la inscripción: "MSB", iniciales que coinciden con las del acusado Sr. Joaquin Matias , la cual no se considera merecedora de reproche penal, por lo que por pura analógica tampoco debe serlo en el caso de su defendido.

La STS 773/2013, de 22 de octubre , indica:

"Como la jurisprudencia ha recordado en sentencias 121/2008 de 26.2 , 754/2007 de 2.10 y 253/2007 de 26.3 , la esencia de la contradicción consiste en el empleo en el hecho probado de términos o frases que, por ser antitéticos, resultan incompatibles entre sí, de suerte que la afirmación de uno resta eficacia al otro al excluirse uno al otro produciendo una laguna en la fijación de los hechos (STS259/2004 de 4.3).

La doctrina jurisprudencial reiterada 717/2003 de 21.5, 2349/2001 de 12.12, 776/2001 de 8.5, 1661/2000 de 27.11, señala para la prosperabilidad de este motivo los siguientes requisitos:

a) que la contradicción sea manifiesta y absoluta en el sentido gramatical de la palabra. Por ello, la contradicción debe ser ostensible y debe producir una incompatibilidad entre los términos cuya contradicción se denuncia; en otras palabras, que se trata de una contradicción en sentido propio, es decir gramatical, de modo que la afirmación de un hecho implique necesariamente la negación del otro, de modo irreconocible y antitético y no de una mera contradicción ideológica o conceptual, de suerte que no hay contradicción a estos efectos si la misma es resultado de los razonamientos, acertados o desacertados, de quien lee la declaración probada.

b) debe ser insubsanable, pues aún a pesar de la contradicción gramatical, la misma no pueda subsumirse en el contexto de la sentencia; es decir que no exista posibilidad de superar la contradicción armonizando los términos antagónicos a través de otros pasajes del relato. Por ello la contradicción debe ser absoluta, esto es, debe enfrentar a términos o frases que sean antitéticos, incompatibles entre sí, e insubsanable, de forma que no puede ser remediada acudiendo a otras expresiones contenidas en el mismo relato.

c) que sea interna en el hecho probado, pues no cabe esa contradicción entre el hecho y la fundamentación jurídica, esto es, no puede ser denunciada la contradicción que se advierte o crea advertirse entre el "factum" y la fundamentación jurídica de la resolución. A su vez, de este requisito se excepcionan aquellos apartados del Fundamento Jurídico que tengan su indudable contenido fáctico; esto es, la contradicción ha de darse entre los fundamentos fácticos tanto si se han incluido correctamente entre los hechos probados como si se trata de complementos fácticos integrados en los fundamentos jurídicos.

d) la contradicción ha de producirse respecto a algún apartado del fallo, siendo relevante para la calificación jurídica, de tal forma que si la contradicción no es esencial ni imprescindible a la resolución no existirá el quebrantamiento de forma. Por ello debe ser esencial, en el sentido de que afecte a pasajes fácticos necesarios para la subsunción jurídica, de modo que la material exclusión de los elementos contradictorios, origine un vacío fáctico que determine la falta de idoneidad para servir de soporte a la calificación jurídica debatida.

En definitiva, como decíamos en la STS. 1250/2005 de 28.10 "como consecuencia de la contradicción, que equivale a la afirmación simultánea de contrarios con la consiguiente destrucción de ambos, debe sobrevenir un vacío que afecte a aspectos esenciales del sustrato fáctico en relación con la calificación jurídica en que consiste el "iudicium", lo que se suele significar diciendo que la contradicción sólo es motivo de casación cuando es causal y determinante de una clara incongruencia entre lo que se declara probado y sus consecuencias jurídicas."

El motivo de contradicción que se invoca es ajeno al vicio denunciado que se refiere a la contradicción de hechos probados, no la divergencia de una parte con la ponderación de la prueba que le afecta respecto de la efectuada respecto de otro acusado.

DÉCIMO.- Falta de claridad del relato histórico.

La defensa del Sr. Sebastian Casimiro invoca ausencia de concreción de los hechos por los que se condena a su defendido, ya que no teniendo ninguna intervención en las extracciones y reinfusiones de sangre, ni relación alguna con el Sr. Victorino Hipólito, y pese a que sólo dos clientes eran comunes con el Sr. Cosme Roberto, se le condena por realizar la preparación física del ciclista.

La STS 773/2013 anteriormente citada, señala:

"La falta de claridad sólo deberá apreciarse cuando el Tribunal haya redactado el relato fáctico utilizando términos, frases o expresiones ininteligibles, oscuras o dubitativas, en extremos jurídicamente relevantes del mismo, de tal modo que no sea posible conocer con precisión qué es lo que el Tribunal declara probado y por tanto, resulte imposible su calificación jurídica (STS. 161/2004 de 9.2).

"Los requisitos que conforme a reiterada doctrina jurisprudencial (SSTs. 1006/2000 de 5.6, 471/2001 de 22.3, 717/2003 de 21.5, 474/2004 de 13.4, 770/2006 de 13.7) hacen viable a este motivo son los siguientes:

a) Que en el contexto del hecho probado se produzca la existencia de una imprecisión, bien por el empleo de términos o frases ininteligibles, bien por omisiones que hagan incomprensible el relato, o por el empleo de juicios dubitativos, por la absoluta carencia de supuesto fáctico o por la mera descripción de la resultancia probatoria sin expresión por el juzgador de lo que considera probado, debe ser interna y no podrá oponerse frente a otros apartados de la sentencia, y debe ser gramatical, sin que quepa su alegación frente

a una falta de comprensión lógica o argumental, cuya impugnación deberá articularse por otras vías, como el error de derecho.

b) La incomprensión, la ambigüedad, etc. del relato fáctico debe estar causalmente relacionado con la calificación jurídica de la sentencia. La falta de claridad impide la comprensión del hecho probado e impide una correcta subsunción.

c) Además, la falta de claridad debe producir una laguna o vacío en la descripción histórica del hecho que se declara probado.

d) Las imprecisiones en cuanto a fechas o intervención de personas podrán dar lugar a la falta de claridad en función de la prueba practicada pues, si bien es exigible la mayor precisión de cuantos datos fácticos sean necesarios para la calificación, y es claro que toda sentencia penal tiene que contener junto al relato de hechos probados, la oportuna referencia a cuando ocurrieron los hechos enjuiciados, al menos con referencia aproximada, sino es posible una precisión concreta, como sería deseable, su incomprensión por falta de acreditamiento no dará lugar al vicio procesal, pues el hecho probado debe recoger aquello que, efectivamente, resulte acreditado.

Ahora bien la falta de claridad no se integra por las meras omisiones de datos fácticos en el relato de hechos probados, ya que como la contradicción, es vicio puramente interno del mismo que solo surge por omisiones sintácticas o vacíos de comprensibilidad que impiden conocer qué es lo que el Tribunal consideró o no probado, siempre que la incorporación del relato esté directamente relacionada con la calificación jurídica y que la falta de entendimiento o incomprensión del relato provoque una laguna o vacío en la descripción histórica de los hechos (SSTS. 235/2000, 24.3.2001 , 23.7.2001 , 1.10.2004 , 2.11.2004 , 12.11.2004 , 28.12.2005).

Por ello se insiste en que no concurre el quebrantamiento de forma en las meras omisiones de datos fácticos que el Tribunal puede no considerar probados o meramente irrelevantes, cuando con dicha omisión no se origina incomprensión del sentido del texto (SS. 31.1.2003 , 28.3.2003 , 2.7.2003 , 7.10.2003 , 12.2.2004).

En efecto, la solución a las omisiones en los Hechos Probados no viene por el cauce de la -falta de claridad art. 851.1- sino por la vía del art. 849.2 LECrim . En este sentido la STS. 4.5.99 precisa que la omisión de datos que debieron ser incluidos en el relato, según el recurrente, en modo alguno constituye el defecto procesal contemplado en el precepto invocado, sino a lo más que podría dar lugar es que se procediera a completar la sentencia mediante el procedimiento legalmente establecido al efecto, que desde luego no es la vía utilizada por el recurrente, S. 6.4.92 , porque las omisiones tan solo caben como motivo de casación por quebrantamiento de forma por falta de claridad en los hechos probados cuando ocasionan la imposibilidad de su comprensión por hacer ininteligible el relato de lo ocurrido, pero no como aquí que no producen oscuridad alguna para la comprensión de lo narrado en la sentencia - SS. 18 y 28.5.92 - o como dicen las SS. 375/2004 de 23.3 y 1265/2004 de 2.11, cosa distinta es que el recurrente pretenda ensanchar el "factum" con complementos descriptivos o narrativos, que considere esenciales, por repercutir en el fallo y que resultaron probados, a medio de documentos, que no fueron debidamente valorados por el Tribunal, lo que situaría el motivo en el campo del "error facti" que contempla el art. 849.2 LECrim .

En este caso, no existe falta de claridad respecto de la conducta atribuida al Sr. Sebastian Casimiro al precisarse en el relato fáctico en qué consistió:

"A fin de coordinar la preparación física del ciclista con el calendario de extracciones y re-infusiones y, en su caso, suministro de las mencionadas sustancias, el acusado contaba con la colaboración de Sebastian Casimiro , mayor de edad y sin antecedentes penales y Segundo Director Deportivo y entrenador del equipo deportivo Comunidad Valenciana (antes equipo deportivo KELME) en la época en que suceden los hechos, del 2002 a mayo del 2.006, colaboración activa circunscrita a la preparación del sistema de entrenamiento del ciclista a fin de conseguir el mayor éxito de las prácticas dirigidas y practicadas directamente por Cosme Roberto , todo ello encaminado igualmente a la obtención del mayor rendimiento del ciclista y a cambio de una remuneración que le pagaba Cosme Roberto ."

Cuestión diferente, como se indicó anteriormente, es la discrepancia del apelante con la conclusión alcanzada por el Juzgado.

UNDÉCIMO.- Don Sebastian Casimiro .

La presunción de inocencia es el derecho del acusado a no sufrir condena a menos que su culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable en función de una prueba de cargo que abarque

los elementos esenciales del ilícito de naturaleza objetiva y subjetiva y practicada en el acto del juicio de modo oral, contradictorio y con intermediación del órgano judicial sentenciador, salvo el supuesto de prueba preconstituida (STC 81/1998, de 2 de abril ; 187/2003, de 27 de octubre ; 208/2005, de 7 de noviembre ; y 196/2013, de 2 de diciembre).

El Sr. Sebastian Casimiro alega que ha sido condenado por ser entrenador deportivo y dedicarse única y exclusivamente a realizar la preparación física del ciclista.

El Juzgado en el fundamento décimo cuarto considera acertadamente acreditada su implicación en función de:

1º.- Seguimientos policiales ratificados por los agentes NUM010 , NUM011 , NUM012 y NUM013 , en los que fue visto en varias ocasiones en compañía del Sr. Cosme Roberto y ciclistas, como el del 4 de mayo de 2006.

En el fundamento séptimo expone que su resultado fue el siguiente:

A las 15:30 horas salió con el Sr. Cosme Roberto del edificio de la CALLE000 nº NUM000 , junto con un individuo, y 20 minutos antes lo hizo don Sabino Obdulio , portando una bicicleta de carreras que introdujo en un Opel Zafira y les esperaba, marchándose los dos primeros en un Peugeot 206, seguidos por el tercero, hasta los laboratorios de análisis clínicos de la CALLE002 nº NUM007 , donde a las 15:45 horas entraron los tres, tras recoger previamente una agenda negra en el inmueble de la DIRECCION000 nº NUM002 .

A las 16:00 horas el Sr. Sebastian Casimiro salió recogiendo del maletero del Peugeot 206 una bolsa de deportes y otras dos bolsas, volviendo al laboratorio.

Entre las 16.15 horas y las 16:35 salieron el Sr. Sebastian Casimiro , después el Sr. Sabino Obdulio , y por último el Sr. Cosme Roberto , yendo a una cafetería a comer hasta las 17:10 horas, despidiéndose el Sr. Sabino Obdulio en la puerta del laboratorio, en el que entró el Sr. Cosme Roberto , mientras el Sr. Sebastian Casimiro permaneció a la entrada hasta la llegada de don Fabio Sabino , ciclista del equipo Illes Balears en aquel momento, en las temporadas 2004 y 2005 de Blas Lucas y en los años 2001 a 2003 del Kelme entrenado ambos.

A las 18:50 horas salió el Sr. Fabio Sabino y a las 19:10 horas los Sres. Cosme Roberto y Sebastian Casimiro introduciendo en el maletero del Peugeot 206 las bolsas que retiró el segundo, trasladándose al apartamento de la DIRECCION000 , donde permanecieron hasta las 23:00 horas, para dirigirse nuevamente al laboratorio de análisis clínicos de la CALLE002 , del que el Sr. Cosme Roberto salió con una mochila térmica de color azul y de pequeñas dimensiones.

La justificación ofrecida por el Sr. Sebastian Casimiro sobre su presencia con ciclistas en los pisos de Cosme Roberto relativa a que iba a practicar test de esfuerzo, es rechazada por la falta de sentido que para realizar dichas pruebas tuviera que desplazarse desde Zaragoza a Madrid, ni que lo hiciera en los domicilios del Sr. Cosme Roberto . Además de reconocer el Sr. Cosme Roberto que el Sr. Sabino Obdulio era uno de los ciclistas que más transfusiones hacía debido a sus problemas con el hematocrito consecuencia del lugar donde vivía

2º.- El testimonio del Sr. Sabino Narciso quien indicó que la función de coordinación de su entrenamiento con el plan establecido por el Sr. Cosme Roberto era la propia del Sr. Sebastian Casimiro en el equipo Kelme, al menos en lo que a él se refería, pues después del tratamiento médico inmediatamente coordinaba siempre su preparación física.

3º.- La declaración del propio Sr. Sebastian Casimiro reconociendo tener clientes comunes con el Sr. Cosme Roberto , y conocimiento de las transfusiones que este llevaba a cabo, inicialmente negado en la fase sumarial.

4º.- Las conversaciones telefónicas intervenidas mantenidas con el Sr. Cosme Roberto que fueron oídas en el juicio, que eran casi diarias y además varias veces, de las que se desprende un conocimiento absoluto de los hechos enjuiciados, y una participación activa en los mismos, incluso dando consejos y opiniones.

Entre ellas, como destaca la representación de AMA, estarían las siguientes:

El 13 de mayo de 206 a las 20:02 horas en la que el Sr. Cosme Roberto nada más comenzar dice: "en medio de la faena que tú ayer viste", preguntándole el Sr. Sebastian Casimiro : ¿los muchachos te los han quitado todos del medio por lo menos? al hablar de los resultados del Giro refiriéndose a: "los que te tocan

y los que te dan de refilón"; y del frigorífico que el Sr. Cosme Roberto compró en El Corte Inglés para las bolsas y cómo organizar su recepción (folios 1083 a 1086) .

El 14 de mayo de 2006 a las 21:46 horas en la que el Sr. Cosme Roberto le comenta: "he engañado a la máquina, le dado entender que era más de lo que era, menos de lo que era para que no me pusiera tanto, en fin, que quieres que te diga, he hecho mil trampas" (folios 1098 a 1102), y a la que alude la sentencia en el folio 133.

El 15 de mayo de 2006 a las 12:39 horas hablan entre otras cosas de: "paquetito ese que estábamos esperando", refiriéndose a los medicamentos que el Sr. Sebastian Casimiro recibió de Alemania, diciendo este : "las tengo ya lo que pasa es que pensaba que era una caja y son individuales y luego en una caja que eran de una en una ha metido dos, total hay nueve y yo creo que le dijiste tu 10" y "te lo he mandado dentro de una neverita de plástico monísima, ya te la daré, imagino que la querrá recuperar y bueno, da la sensación de que ha llegado presentes una, pero me ha llamado la atención de 0,25 eso es lo que..." . También hablan de la reunión con el "gordo", en la que el Sr. Sebastian Casimiro dice: "no, como yo tengo mucha curiosidad pues tuvo... Dime a qué hora has quedado y dos o tres horas después de llamaré y me cuentas lo que puedas o lo que quieras", a lo que el Sr. Cosme Roberto le responde: "te cuento todo, no, no igual te llamo todavía antes para que me refresque la memoria porque estoy medio agilipollado con todo el estrés del fin de semana no sea que vaya a decirle algo que no deba en el sentido de... Permisivo", y continúa "yo no me quiero comprometer a nada, solamente quiero ver billetes y si no me los da no hay trato posible" (folios 1108 a 1117)

El 18 de mayo de 2006 a las 16:40 horas, en la que Sr. Cosme Roberto dice: "escúchame, me ha llamado el gordo ya no te voy a decir por este teléfono pero ya hemos concretado un día en que me paga y no me va a quedar más remedio si es así, si eso es así dice yo se que tu amigo me dijo que tú tenías algo que necesito, digo no tengo mucho pero algo tengo y tendré que ir allí a buscarlo... Tú dónde estás? y el Sr. Sebastian Casimiro contesta: "yo en casa... Hombre yo que sé Uf, que si están las cartas levantadas, depende de lo que quieras dar, es tan sencillo como decir manda un paquete allá... Yo encantadito de que vengas y te invito a comer pero en fin" (folios 1176 a 1180).

A las que se suman otras que se relatarán en el siguiente fundamento.

DUODÉCIMO.- Don Joaquin Matias .

El Fiscal, la Abogacía del Estado y AMA cuestionan la absolución de don Joaquin Matias por error en la valoración de la prueba, a lo que se adhirieron otras acusaciones.

La alegada improcedencia de la adhesión de la RFEC al recurso de la Abogacía del Estado por no señalar domicilio a efectos de notificaciones con infracción del art. 790 LECr , no es acogible por la innecesariedad de dicho dato al tratarse de una acusación particular representada por procuradora con poder, a la cual debe notificarse las resoluciones en su calidad de representante procesal; tampoco por indeterminación de sus alegaciones al hacerlas remitiéndose a las de la apelante, es más, si hubiese expuesto otros diferentes no podrían tomarse en consideración porque se conculcaría del derecho a la contradicción del afectado; ni por conculcación del principio "non reformatio in peius", porque dicho principio limita la posibilidad de agravación de la condena al acusado cuando sea el único recurrente, lo cual no acontece en este caso, o exista una adhesión peyorativa prevista en el precepto mencionado; lo único que podría vulnerar es el principio acusatorio que rige en primera y segunda instancia, limitando en esta la posibilidad de una condena más perjudicial que la instada por la más graves de las acusaciones, lo cual sería irrelevante ante la pretensión de la Abogacía del Estado.

La sentencia en su fundamento décimo quinto justifica su absolución al no compartir las conclusiones del instructor del atestado respecto del contenido de las conversaciones telefónicas, las dos citas con el Sr. Cosme Roberto el 15 de mayo en 2006 para comer y el 23 del mismo mes en el hotel Pio XII de Madrid, a cuya salida fueron detenidos, junto con don Victorino Hipolito ., la cual estimaba que obedecía a la intención del Sr. Cosme Roberto de cobrar una deuda al Sr. Joaquin Matias por tratamientos prestados a ciclistas del Liberty en años anteriores, que habría quedado impagada como consecuencia del "hematocrito alto" que se detectó a don Patricio Gustavo , al estimar que se trataba de una mera presunción.

Los dos acusados en la vista refirieron que se trataba de una antigua deuda del equipo Once con el Sr. Cosme Roberto cuando fue médico del equipo, y que posteriormente había sido asumida personalmente por Joaquin Matias , y que se encontraba reclamada judicialmente, sin que este último particular se hubiese acreditado documentalmente.

La manifestación realizada por el Sr. Joaquin Matias en sede policial, concretamente en la pregunta 7 del folio 363, de la que parecía desprenderse que la deuda era por "asesoramiento" en el caso del Sr. Patricio Gustavo, fue rebatida en el juicio reconociendo que pudo decir eso debido al cansancio ya que su declaración duró unas seis horas, insistiendo que la deuda provenía de la época del equipo Once, admitiendo que podía imaginarse que algunos de sus corredores, al margen del equipo, estuvieran siendo tratados por el Sr. Cosme Roberto, y que en el caso del Sr. Patricio Gustavo le llamó para pedirle que se preocupara por el corredor, negando conocer el tipo de tratamiento que aplicaba a los ciclistas.

Extremo que consideró parcialmente avalado porque de las conversaciones telefónicas no se desprendía que el Sr. Joaquin Matias formara parte del grupo de colaboradores habituales del Sr. Cosme Roberto, sino más bien lo contrario.

En la conversación de 18 de mayo de 2.006 a las 15:38 en la que confirman la cita para el 23 de mayo, el Sr. Cosme Roberto dijo que sabía por un amigo que: "tú necesitas algo, que yo estoy haciendo gestiones para podértelo dar", añadiendo: "si tú me vas a traer lo que me prometiste", "¿tú te quieres llevar para los Pirineos lo que tú necesitas que llamaste a mi amigo?", ofreciéndole dejárselo con Ali Babá en algún sitio, pero sin indicar en ningún momento a lo que se refería, y a lo que el Sr. Joaquin Matias le respondió que prefería queda en persona.

El mismo día a las 16:40 horas en la conversación entre los Sres. Cosme Roberto y Sebastian Casimiro, a la que en el fundamento anterior se ha hecho referencia, hablando sobre la que el primer interlocutor mantuvo con el Sr. Joaquin Matias, al que se refieren como: "el de la cabeza gorda" o "el gordo", no se deducía que existiese una estrecha relación de colaboración entre ellos, sino más bien que no sabían que pretendía el Sr. Joaquin Matias, aventurando el Sr. Sebastian Casimiro que podía tratarse de información.

Al igual que la previa del 15 de mayo de 2006 a las 12:39 entre los Sres. Cosme Roberto y Sebastian Casimiro, en la que aquel aludiendo a que había quedado con "el gordo" manifestó: "yo no me quiero comprometer a nada, solamente quiero ver billetes y si no me los da, no hay trato posible", haciendo suposiciones sobre lo que quería, comentándole el Sr. Sebastian Casimiro que: "hace unos días (...) yo creía que no sabía nada y ahora resulta que lo sabe todo (...) porque uno le ha pedido que le adelante un día para venir a verte...el otro se lo imaginaba", y suponiendo que el Sr. Joaquin Matias podría proponer al Sr. Cosme Roberto que llevase a sus corredores, lo que a sensu contrario implicaba que en ese momento no trabajaba con los corredores del equipo Liberty o, al menos, no con todos, sin que en ninguna de sus conversaciones se hiciese alusión a lo que hubieran tratado anteriormente; y el Sr. Cosme Roberto conjeturaba sobre si le preguntaría sobre los nombres de otros corredores de otros equipos que llevaba, constándole el Sr. Sebastian Casimiro: "no le has reconocido nunca a nadie una cosa ni aunque te hayan visto en medio...", lo que equivalía a que no le dijese nada, y también: "yo valoraría si por dos pesetas más vas a meter un tío que te va a estorbar el tema de la familia, porque claro, si éste te viene a hablar por nombre de otro, ya, ya no es directamente el chico", y finalmente: "y puede ser un tema más chorrón y sobre la marcha lo despachas."

El Sr. Joaquin Matias reconoció en todo momento que alguno de los ciclistas de su equipo le "pidió permiso" para acudir a que le tratara el Sr. Cosme Roberto, aceptando en algunos casos, en el sentido de no oponerse, porque sabía que ciertos ciclistas ya habían sido tratados anteriormente al haber coincidido en el equipo Once o en el Kelme, y entender que su negativa no serviría de nada.

La mencionada conversación estima que concuerda con la versión del Sr. Joaquin Matias, en el sentido que el Sr. Cosme Roberto venía llevando el tratamiento y el entrenamiento de algunos ciclistas del equipo Liberty, y que el Sr. Joaquin Matias podía sospecharlo, pero no tenían la plena seguridad.

Admite que poco antes de la cita en el hotel es probable que el Sr. Joaquin Matias hubiera tenido un conocimiento más concreto sobre los ciclistas que trataba el Sr. Cosme Roberto al margen del equipo, y este y el Sr. Sebastian Casimiro ante la incertidumbre sobre las razones de la cita pensaban que pudiera ser para proponer entrar a participar en sus negocios, de ahí las referencias al Sr. Joaquin Matias como alguien que puede estorbar a "la familia", y que no era lo mismo tratar directamente con el chico, con el ciclista, que con un intermediario, pero al desconocerse el contenido de la conversación mantenida en el hotel era imposible saber si llegó a hacerla o no.

A ello debe añadirse, que la jurisprudencia (STS 1140/2009, de 23 de octubre ; 485/2010 de 3 de marzo ; 233/2014, de 25 de marzo ; y 724/2014, de 13 de noviembre) señala que la interpretación que realice la policía sobre el significado incriminatorio de las conversaciones telefónicas intervenidas no puede asumirse sin más, porque dichas conversaciones tienen normalmente una mera función delimitadora de la investigación policial permitiendo concentrar y dirigir las pesquisas criminales a la luz de los datos y

revelaciones escuchadas, y solo muy excepcionalmente puede constituir prueba por sí sola de la comisión del delito y/o de la participación en el mismo cuando tenga suficiente contenido incriminador, lo cual pasa necesariamente porque se narre con claridad el hecho delitivo y/o su implicación en términos que no ofrezcan duda sobre el sentido de lo que dice y el alcance de lo que cuenta; quedando relegadas al ámbito de la pesquisa policial y de la información orientadora de las investigaciones las conversaciones ambiguas, incompletas y de dudoso significado, puesto que, siendo útiles para la labor policial mediante la pertinente interpretación profesional, no pueden erigirse en prueba de cargo si tienen que reconstruirse en su significación verdadera por las suposiciones más o menos imaginativas.

Siendo esto último lo que acontece en el caso de autos, en el que las conversaciones telefónicas no arrojan datos inequívocos, sino conjeturas subjetivas sobre la participación del Sr. Joaquin Matias , que en modo alguno pueden prevalecer sobre la valoración realizada por el Juzgado.

Las testificales de los ciclistas estima que vienen a coincidir en lo esencial con la versión del Sr. Joaquin Matias .

Don Patricio Gustavo reconoció en el plenario que le estuvo tratando el Sr. Cosme Roberto instancia directa de este, quien le llamó, y no a propuesta del Sr. Joaquin Matias , sin que se lo contase a los médicos de su equipo, ni al Sr. Joaquin Matias , quien le pidió explicaciones cuando dio un hematocrito alto en el 2005 en un control previo a la Dauphine Liberée, siendo lógico suponer que en esta ocasión si se lo dijo porque el Sr. Joaquin Matias llamó al Sr. Cosme Roberto para que se preocupase del corredor, pero sin que reconociese haber facilitado ningún detalle sobre "tratamiento", que el testigo niega que consistiera en transfusiones, aunque reconoce que le hizo extracciones.

Don Conrado Fausto admitió que pidió permiso al Sr. Joaquin Matias para realizar consultas esporádicas al Sr. Cosme Roberto , al que conocía de su época en el equipo Kelme, lo que coincidía con la afirmación del Sr. Joaquin Matias , y que no sabía que el Sr. Sebastian Casimiro fue su entrenador personal hasta hacía solo dos años, al margen de los equipos corriese.

Don Hipolito Hernan , corredor del Kelme, Once y Liberty Seguros, negó que el Sr. Cosme Roberto le tratara a título particular durante su época del Liberty, teniendo una conversación con el Sr. Joaquin Matias sobre el tema, pero sin llegar a plantearse, a lo cual le respondió que tenía que ser tratado por los médicos de su equipo.

Don Teodosio Jose señaló que durante la primera parte del año 2005 no tuvo que pagar nada al Sr. Cosme Roberto por sus servicios, y en una ocasión el Sr. Joaquin Matias le indicó donde le esperaba Martin Florian , médico alemán que en alguna ocasión le practicó extracciones y re- infusiones en colaboración con el Sr. Cosme Roberto ; no obstante manifestó expresamente que nunca habló directamente con el Sr. Joaquin Matias del tema de las transfusiones ni en relación a ningún medicamento que le hubiera proporcionado el Sr. Cosme Roberto , ni presenció que ningún compañero de equipo lo hiciera; y restó responsabilidad de los Directores Técnicos "ya que ahí tienen poco que decir" en relación a la cuestión del dopaje.

Frente a dicha valoración no puede aceptarse que se pretenda sustituir las conclusiones del Juzgado constituidas por las declaraciones de acusados y testigos, mediante una nueva reconsideración por parte de este tribunal porque vulneraría del derecho a la tutela judicial efectiva sin que genere indefensión al tratarse de pruebas personales para cuya correcta y adecuada apreciación se exige necesariamente que se practiquen a presencia del órgano judicial (STC 167/2002, de 18 de septiembre ; 40/2004, de 22 de marzo ; 59/2005, de 14 de marzo ; 272/2005, de 24 de octubre ; 75/2006, de 13 de marzo ; 80/2006, de 13 de marzo ; 207/2007, de 24 de septiembre ; 64/2008, de 29 de mayo ; 108/2009, de 11 de mayo ; y 191/2014, de 17 de noviembre); limitación extensible a la pericial cuando el técnico haya intervenido en el juicio para explicar, aclarar o ampliar su informe (STC 10/2004, de 9 de febrero ; 360/2006, de 18 de diciembre ; y 21/2009, de 26 de enero).

La posibilidad de la valoración de prueba de carácter personal en segunda instancia mediante visionado por parte del tribunal de la grabación con imagen y sonido del juicio oral, fue acogida el 25 de mayo de 2006 por la Junta de Magistrados de las Secciones Penales de esta Audiencia Provincial al estimar que con ello se cumplía la garantía de inmediación.

Acuerdo que fue modificado en sentido inverso en la junta de 18 de junio de 2009, tras la STC 120/2009, 18 de mayo , que declaró que el visionado en segunda instancia de la grabación de la vista no puede suplir la inmediación desde el prisma de la credibilidad de los declarantes, y que ha sido reiterado en STC 2/2010, de 11 de enero ; y 105/2014, de 23 de junio .

En relación al "Synacthene" ocupado al Sr. Joaquin Matias a la salida del hotel, el juzgado considera que, aunque el instructor llegó a la conclusión que la reunión iba a tener lugar un intercambio de dinero y alguna sustancia, principalmente como consecuencia de la conversación del 18 de mayo entre los Sres. Cosme Roberto y Sebastian Casimiro en la que se aludía a que la medicación iba destinada a un ciclista al que se referían como "el del Huerto, al que se relacionaba con el Sr. Joaquin Matias", en ninguna conversación se liga claramente a "del Huerto" -que parecía responder al nombre de " Enrique " - al Sr. Joaquin Matias, pues en la del día 16 de mayo de 2006 a las 21.14 horas, el Sr. Cosme Roberto le dice a " Enrique " que: "ha llegado lo que le había encargado ".." pero no a mi tierra, sino a la zona de tu tierra", pero "no a Madrid sino a otra provincia" (en posible referencia al envío recibido en Zaragoza por el Sr. Sebastian Casimiro), y que iba a "dar instrucciones a una persona para que se lo mande a él"; reconociendo que siendo hipotéticamente posible que el intermediario pudiese ser el Sr. Joaquin Matias, no constaba que fuese así en las conversaciones interceptadas.

De otra parte, doña Marcelina Nieves en el plenario ratificó el documento de 2 de marzo de 2006 por el que se autorizaba, a la vista de la solicitud formulada por el equipo de ciclismo Liberty, la constitución y funcionamiento de un botiquín para uso exclusivo del equipo para su participación en las pruebas ciclistas francesas, bajo la responsabilidad de los doctores don Porfirio Benjamin y doña Antonieta Macarena; confirmando que la autorización era conforme a la Ley 25/1990 del Medicamento, y entre el listado de medicamentos autorizados se encontraba Synacthene; y que en todo caso no podía exigirse al Sr. Joaquin Matias una responsabilidad cuasi objetiva por el simple hecho de la posesión de un medicamento que estaba autorizado para el botiquín de su equipo.

La ocupación al Sr. Joaquin Matias al tiempo de su detención de un maletín con dinero tampoco estima que avale la interpretación que las acusaciones efectúan de las conversaciones telefónicas, ya que si la reunión en el hotel tenía por finalidad que el Sr. Joaquin Matias pagase la deuda al Sr. Cosme Roberto y en presencia del Sr. Victorino Hipolito para comprobar la suma efectivamente percibida a fin de evitar posteriores rencillas en su reparto, lo lógico sería que en la reunión se hubiese efectuado el pago y el dinero lo tuviese el Sr. Cosme Roberto o el Sr. Victorino Hipolito.

Por último, en relación a los documentos intervenidos al Sr. Cosme Roberto en los registros, correspondientes al equipo Liberty, aunque no se mencionan en el indicado fundamento, pero sí en el octavo.

En relación con la planificación deportiva del Liberty correspondiente al año 2005 se indica que aparece en la parte superior las distintas pruebas en las que iba a participar el equipo esa temporada, en la columna izquierda todos los deportistas de la plantilla, en la parte inferior derecha la fecha 23 de noviembre de 2004, y en la inferior izquierda la inscripción: Dirección Técnica: MSB-PAI, coincidiendo las iniciales MSB con las del nombre de Sr. Joaquin Matias que era el Director Técnico del equipo.

Los calendarios individuales de los 26 ciclistas de la misma temporada del 2005 se identificaban en la parte inferior derecha por su apellido.

El instructor explicó que en estos se irían anotando a mano los eventuales cambios en las competiciones y en las concentraciones en relación al ciclista concreto, y la anotaciones de las letras ER significarían extracción y reposición simultánea realizada en la fecha del calendario junto a la que aparecían, la letra E dentro de un círculo significaría extracción, el punto dentro de un círculo aludiría a un medicamento (posteriormente tres testigos aclararon que los puntos se referían a eritropoyetina; las planificaciones se podrían ir corrigiendo en cada caso según variaran los objetivos del corredor, de ahí las tachaduras en algunos calendarios; las fechas en el reverso eran en las que el Sr. Cosme Roberto o un colaborador se citaba con el ciclista; las siglas IG se referirían a factor de crecimiento y PCH a parches de testosterona, se cuantificaban los tratamientos y los medicamentos en cada caso, el precio de cada uno y el precio total adeudado.

El Juzgado al examinar detalladamente los calendarios observó importantes diferencias entre unos y otros, pues en unos existían numerosas anotaciones manuscritas que podían corresponderse con el formato de planificaciones explicado por el instructor y los testigos don Cayetano Rogelio y los Sres. Teodosio Jose y Sabino Narciso en lo referido a la simbología empleada (E, R, EE, IG, HM, PCH), mientras que no carecían a anotaciones o bien alguna anotación simple, como un punto de interrogación, una fecha o un asterisco en el margen, en concreto dentro de este grupo estaban los correspondientes a los Sres. Hipolito Hernan, Teofilo Leon, Aureliano Salvador, Hermenegildo Valentin, Eulogio Aurelio, Pio Santiago, Constantino Remigio, Teodoro Hilario, Celestino Teodoro, Baldomero Pio y Isidoro Narciso, por lo que entendió que no respondían a un patrón de los "tratamientos" aplicados por el Sr. Cosme Roberto, y por consiguiente

la tenencia de dichos documentos no constituía por sí sola un mínimo indicio que pudiese relacionar a los ciclistas con los "tratamientos".

Lo que sería extrapolable en el caso hipotético que dichos documentos hubiesen sido facilitados por el Sr. Joaquin Matias , lo cual negó en el juicio, puntualizando que estaban en poder de unas 60 personas, entre las que indudablemente se encontraba a quien pertenecían las iniciales PAI que se vincularon un determinado preparador deportivo.

La nota adhesiva encontrada en una agenda en la que figura escrito: " Severiano Alexander se lleva para el Liberty..." y "14.250 euros", no necesariamente implica, como sostiene la Abogacía del Estado, que el Sr. Cosme Roberto tratase con sustancias dopantes a ciclistas de dicho equipo por esa condición con el consentimiento y de conocimiento del Sr. Joaquin Matias , pues siendo varios los ciclistas que trababa pertenecientes al citado equipo, a los que en otras anotaciones se refería como "azules", no es extraño, sino lógico que aprovechara para que se las llevasen conjuntamente a todos y reflejase el precio total de su coste como una forma de llevar la contabilidad, sin perjuicio que luego lo distribuyese individualmente a cada corredor.

Por último, respecto de los documentos en los que aparece " Joaquin Matias " y " Valeriano Daniel " a los que se refiere AMA, debe señalarse que la coincidencia con el nombre del Sr. Joaquin Matias no implica que se refieran al mismo.

A mayores de lo explicado anteriormente, debe reseñarse que la jurisprudencia constitucional señala que para condenar en apelación a quien ha sido absuelto en primera instancia o agravar su condena, cuando no trata de una cuestión estrictamente jurídica, sino que se debaten cuestiones de hecho que afectan a la declaración de inocencia o culpabilidad como sucede en este caso, se requiere la celebración de vista con citación del acusado al objeto posibilitar que ante el tribunal llamado a revisar la decisión impugnada pueda exponer su versión personal sobre los hechos enjuiciados y la participación que se le imputa, con el fin de salvaguardar sus derechos a un proceso con todas las garantías y de defensa (STC 184/2009, de 7 de septiembre ; 45/2011, de 11 de abril ; y 135/2011, de 12 de septiembre).

Vista que si bien fue solicitada por algunas acusaciones se ha denegado porque, descartado que dicho trámite consista en un interrogatorio al implicar una repetición de prueba que no se encuentra prevista legalmente, la posibilidad de celebrar vista en la apelación de oficio o a instancia de parte prevista en el art. 791.1 LECr , además de preceptiva en el caso de admisión de prueba para que las partes pudieran informar sobre las consecuencias de su resultado respecto de sus pretensiones, solo está contemplada para el supuesto que el tribunal la estime necesaria para la correcta formación de una convicción fundada, no para la mencionada audiencia, como se acordó en Junta de Unificación de Criterios de los Magistrados de las Secciones Penales de esta Audiencia Provincial de 25 de abril de 2013.

DÉCIMO TERCERO.- Doña Isabel Isidora .

La Abogacía del Estado discrepa de la absolución de doña Isabel Isidora , a lo que se adhirieron otras acusaciones.

El Juzgado considera que en el caso de la Sra. Cosme Roberto , a diferencia del Sr. Joaquin Matias , existen más indicios de su participación, al menos, ocasionalmente respecto de algún corredor, sin embargo los indicios no tienen la suficiente consistencia para desvirtuar su presunción de inocencia.

La mayor prueba incriminatoria estima que sería la quien le atribuye una implicación más bien episódica, ya que el tratamiento de transfusiones y medicamentos se lo prescribía siempre el Sr. Cosme Roberto y ocasionalmente los medicamentos también otro acusado no enjuiciado; reconociendo que en el tema de las extracciones no tuvo nada que ver, limitándose a vigilar "si estaba vivo o muerto" cuando le practicaron dos re- infusiones en un hotel.

No obstante, recalca que en el fundamento noveno se explicaron las contradicciones en que incurría el testigo durante su declaración en el juicio, que introducían dudas muy importantes sobre ambas re-infusiones, dándose el caso que la tercera re- infusión, suceso que relató con más detalle al generarle un importante malestar físico, se le habría practicado no en un hotel de Madrid, sino en una clínica de Valencia en la que indicó que no acudió la Sra. Cosme Roberto .

Sobre la valoración de la testifical es de aplicación lo indicado en el anterior fundamento, por lo que no puede ser reconsiderada por este tribunal.

La conversación telefónica del 22 de mayo de 2006 a las 22:38 horas con su hermano de la que se desprendía que había realizado gestiones para que el equipo de la Comunidad Valenciana le pagase una deuda de cuando era jefe médico del equipo, es manifiestamente insuficiente para condenar a la Sra. Cosme Roberto , pues no es anormal, sino usual que un familiar ayude a otro mediando para que perciba una cantidad que le es debida.

DÉCIMO CUARTO.- Don Francisco Octavio .

La Abogacía del Estado cuestiona la absolución de don Francisco Octavio , a lo que también se han adherido otras acusaciones.

Previamente a entrar en el fondo, debe señalarse que la invocación como motivo de infracción de los arts. 361 , 74 y 28 b) CP , cuando en la introducción explica que considera infringidos los mencionados preceptos porque de las pruebas practicadas resultan sólidos y bastantes indicios de la implicación del Sr. Francisco Octavio a título de cooperador necesario en el delito contra la salud pública, y después exponerlos, no justifica la desestimación de plano del recurso por infracción del art. 790.2 LECr , porque el mismo se limita a indicar el orden en el que deben articularse las alegaciones (quebrantamiento de las normas y garantías procesales, error en la apreciación de las pruebas o infracción de normas del ordenamiento jurídico en las que se base la impugnación), que siendo el lógico, no implica que su alteración genere la inadmisión al ser un defecto estrictamente formal, y menos, como sucede en este caso, en el que la ausencia de mención como motivo al error en la valoración de la prueba, junto con la infracción de normas sustantivas, no está contemplado en la norma, ni afecta a la posibilidad de contradicción por parte de la defensa del acusado al explicitarse sus argumentos en que descansa.

El Juzgado señala en el mismo fundamento décimo quinto que la única prueba incriminatoria es la declaración del Sr. Sabino Narciso , la cual considera que no cumple todos los criterios jurisprudenciales para considerarla como prueba de cargo, esencialmente al no poder descartarse una animadversión del testigo contra el Sr. Francisco Octavio , porque su salida del equipo que resultó aparentemente voluntaria, en realidad fue un tanto "forzada", hasta el punto que terminó demandándole ante la jurisdicción social con resultado infructuoso; a lo que añade que en las declaraciones realizadas en un periódico manifestó actuar "por venganza", lo cual no negó tajantemente en el juicio; puntualizando que no se trataba que el Sr. Sabino Narciso mintiese, sino que no podía atribuirse una total credibilidad a su declaración, y que además achacaba al Sr. Francisco Octavio una conducta episódica, consistente en facilitarle unas pastillas cuadradas que le hicieron orinar en una ocasión, pedirle 3.000 euros para gastos en otra, y tener conocimiento que entre los ciclistas o, al menos, algunos de su equipo, circulaban sustancias "dopantes."

Valoración que como se ha expuesto anteriormente no puede replantearse este tribunal al tratarse de prueba personal.

No se cuestiona en el recurso que la única conversación grabada entre el Sr. Francisco Octavio y el Sr. Cosme Roberto versó sobre temas ajenos a la causa, sin que utilizasen palabras en "clave", a diferencia de las empleadas entre los Sres. Cosme Roberto y Labarta, salvo una referencia a " Angel Gervasio ".

Tampoco discute que la conversación del 19 de mayo de 2006 a las 01:41 horas entre la Sra. Isabel Isidora y su hermano, en la que aquella le que le había llamado el Sr. Sabino Obdulio para pedirle algo: "lo que le falta a Francisco Octavio y lo que sobra a Sebastian Casimiro ", y "lo que le falta a Francisco Octavio , que no tomó bastante de pequeño", como señala el Juzgado pudiera referirse a algún factor de crecimiento, por alusión a la baja estatura del Sr. Francisco Octavio , pero en cualquier caso lo que se desprendía de esa conversación sería el Sr. Cosme Roberto habría prescrito al Sr. Sabino Obdulio un tratamiento, pues dice a su hermana: "no, pero él confunde, él está ahora con I3 y con lo otro, así de claro "(...)" te lo digo porque el plan lo hice yo...", pero no que la Sra. Isabel Isidora estuviese dispuesta a facilitar al ciclista alguna sustancia dopante por encargo de su hermano; sino que en el curso de la misma la Sra. Isabel Isidora dijo: " Francisco Octavio lo sabe y es cómplice."

Esta frase resulta manifiestamente inhábil para acreditar la implicación del Sr. Francisco Octavio , pues, además de no realizarse la menor puntualización respecto de la misma, la "complicidad" es en alusión al reconocimiento de la deuda con su hermano, motivo por el que estuvo presente de la conversación con la persona que se iba a hacer cargo de ella, y antes de marcharse explicó la parte del motivo que la originó.

DÉCIMO QUINTO.- Menciones en el relato fáctico al art. 361 bis CP .

La defensa del Sr. Cosme Roberto se queja que en el relato histórico se alude a elementos del art. 361.1 bis CP , que fue introducido por la Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de Protección de la Salud

y de la Lucha contra el Dopaje en el Deporte, con vigencia desde el 22 de febrero de 2007, es decir posterior a los hechos enjuiciados.

Dicho precepto establecía:

"1. Los que, sin justificación terapéutica, prescriban, proporcionen, dispensen, suministren, administren, ofrezcan o faciliten a deportistas federados no competitivos, deportistas no federados que practiquen el deporte por recreo, o deportistas que participen en competiciones organizadas en España por entidades deportivas, sustancias o grupos farmacológicos prohibidos, así como métodos no reglamentarios, destinados a aumentar sus capacidades físicas o a modificar los resultados de las competiciones, que por su contenido, reiteración de la ingesta u otras circunstancias concurrentes, pongan en peligro la vida o la salud de los mismos, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a dos años, multa de seis a dieciocho meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, de dos a cinco años.

La queja no es atendible porque los términos que subraya en negrilla en su recurso: "prescripción", "sustancias prohibidas", "métodos prohibidos", aumentar capacidades físicas" y "modificar resultados de competiciones", en el relato fáctico se citan: el primero una vez, aludiendo a la "prescripción médica conforme a la lex artis", que en la fundamentación considera que equivale a las conductas de expender y despachar a que se refiere el art. 361 CP ; el segundo dos veces, en una de ellas junto con el tercero "métodos", que a su vez es el único que menciona, y guarda relación con la normativa deportiva sobre sustancias dopantes anterior; el cuarto, señalando en una ocasión el aumento de la resistencia como efecto del tratamiento mediante extracciones y re- infusiones que elevaba el nivel de hematocrito, con la consiguiente mejora del transporte del oxígeno en la sangre; y el quinto indirectamente dos veces refiriéndose a la finalidad del referido tratamiento. A lo que se suma que se trata de términos de uso común.

DÉCIMO SEXTO.- Medicamentos intervenidos en los registros.

La sentencia en su fundamento décimo cuarto descartó su relación con el delito contra la salud pública ante de la ausencia del informe a la Agencia Española del Medicamento sobre la composición de los fármacos intervenidos y sus efectos en casos de tratamientos a personas cuya actividad preferente fuera la de deportista de alta competición, que fue acordado por auto de 22 de diciembre de 2006 del Juzgado de Instrucción, y para lo cual el 17 de enero de 2007 se remitieron los incautados; unido a que la cantidad de los ocupados no pudiese considerarse anómala al encontrarse en el laboratorio de análisis clínico del Sr. Victorino Hipolito , y desprenderse indiciariamente que alguna de sus dependencias también podía ser despacho profesional de algún familiar, y que el Inspector de la Agencia Española del Medicamento, don Javier Urbano , señaló que todos eran de producción nacional sin estar incluidos en la lista de productos prohibidos.

Al igual que los ocupados en los domicilios del Sr. Cosme Roberto por su condición de médico, y justificar que la "Eritroproyentina" era para la enfermedad de su hija, porque de las periciales resultó que dicho medicamento estaba indicado para determinadas enfermedades e incluso podía suministrarse a niños, y que el "Norditropin" era un medicamento prescrito a su padre.

Concluyendo que no existía prueba terminante de la que pudiera extraerse que los medicamentos hallados en los domicilios registrados pudiesen infringir la Ley del Medicamento de 1990 y su normativa complementaria relativa a su composición, estabilidad y eficacia.

En relación a los medicamentos "caducados" dio por buena la explicación del Sr. Cosme Roberto respecto a que los tenía almacenados por falta de tiempo para desecharlos, y ausencia de prueba completa sobre cuántos estaban caducados por falta de pericial al respecto, y por el mismo motivo que estuviesen "deteriorados."

Razonamiento que extendió al medicamento "Actovegin" que recibió en su domicilio el Sr. Sebastian Casimiro por encargo del Sr. Cosme Roberto .

Conclusiones que no han sido cuestionadas en los recursos.

DÉCIMO SÉPTIMO.- Sustancias dopantes suministradas a determinados ciclistas.

El Juzgado considera acreditado por testificales de ciclistas que el Sr. Cosme Roberto les suministró a algunos sustancias dopantes, fundamentalmente EPO, aunque también otras, como factores de crecimiento (IGF-1), testosterona, insulina y hormona de crecimiento gonadotropina (hMG).

Este extremo es cuestionado por el Sr. Cosme Roberto porque en el estudio de las 99 bolsas de plasma analizadas por el IMIM de Barcelona se encontraron: hormona folículo estimulante FSH en tres

correspondientes a bolsas identificadas con el nº 24, es decir, de un único donante que podía ser femenino; y EPO en ocho, correspondientes a seis donantes, pues tres estaban identificadas con el nº 5, ninguna de la cuales pertenecían a don Teodosio Jose , don Anton Lucas , don Cayetano Rogelio y don Sabino Narciso , quienes manifestaron que les suministró dicha sustancia e identificaron sus bolsas con los códigos " Santa " o nº NUM000 que correspondían a un total de cuatro bolsas analizadas-, " Cachas " -dos bolsas analizadas-, 41-42 -ninguna bolsa analizada-, y Palillo -ninguna bolsa analizada-, respectivamente. Y además, los niveles de EPO eran inocuos, según indicó la perito doña Modesta Irene , médica del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

El Juzgado admite que hormona folículo estimulante FSH no es indicativa de tratamiento porque como señaló el perito don Prudencio Joaquin , Director del Laboratorio de Control de Dopaje del INIM, sería normal si la donante fuese mujer, no si se tratase de un hombre.

Respecto de EPO el argumento esgrimido por el recurrente es insuficiente para rebatir la conclusión del Juzgado, porque, como explicó el Sr. Prudencio Joaquin los resultados negativos de las demás bolsas no significaba necesariamente que en ella no hubiera EPO, sino únicamente que con los métodos que entonces contaban fue lo que pudo detectarse, y además sólo se podía encontrar si el consumo se ha producido dentro de los tres días anteriores al análisis y siempre que no se superasen los diez días, como se señala en el fundamento décimo.

La magistrada entiende que este caso, a falta de mayor acreditación, la infracción principal vendría derivada por el incumplimiento del art. 3 de la Ley del Medicamento de 1990 , referida a la obligación que la prescripción y dispensación de medicamentos debe realizarse de acuerdo con los criterios básicos de uso racional que se establecen en la Ley, debiendo ser la prescripción conforme a la "lex artis", lo que no acontece cuando la prescripción es para a un uso distinto para el que estaba indicado, porque afectaría a la eficacia del medicamento, lo cual por sí sólo no generaría un evidente riesgo en potencia para la salud del destinatario; extendiendo los mismos razonamientos al Actovegin.

Sin embargo estima que el suministro de los mencionados medicamentos, aunque estuviesen incluidos en la lista de sustancias prohibidas en el deporte, e incluso algunos tuviesen modalidades que, por ejemplo por razón de su procedencia, pudieran infringir otras normas de la Ley del Medicamento, no integraba por sí sólo el delito imputado, sin perjuicio de ponderar posteriormente el papel que tendrían, singularmente la EPO, como complemento del sistema de transfusiones sanguíneas al incrementar sus riesgos.

DÉCIMO OCTAVO.- ¿La sangre era medicamento?

a) Posición del Juzgado.

El Juzgado estima que existió delito del art. 361 CP al considerar que la sangre es medicamento, y las extracciones y auto- transfusiones sanguíneas se realizaron sin cumplir de las exigencias previstas en la normativa sanitaria en dicha materia (Reales Decretos 1854/93, de 22 de octubre; 1277/2003, de 10 de octubre; y 1088/2005, de 16 de septiembre), al no efectuarse en centros autorizados, ni cumplir las garantías higiénico- sanitarias relativas al transporte y conservación de la cadena de frío, ni los preceptivos controles hematológicos del receptor de la sangre, y principalmente, sin un sistema de identificación de las muestras que garantizara una perfecta trazadibilidad de la sangre que permitiera un seguimiento sin margen de error de la muestra desde el momento de la extracción hasta el de la re-infusión, al desarrollarse todo el procedimiento de modo clandestino, lo que entrañaba de por sí un incremento del riesgo para la salud de los ciclistas.

Los Sres. Cosme Roberto y Sebastian Casimiro discrepan al considerar que la sangre no era medicamento en función de la normativa vigente al tiempo de los hechos constituida por:

a) La Ley 25/1990, de 20 diciembre, del Medicamento, en cuyo art. 8 establecía:

"A los efectos de esta Ley se entenderá por:

1. «Medicamento»: toda sustancia medicinal y sus asociaciones o combinaciones destinadas a su utilización en las personas o en los animales que se presente dotada de propiedades para prevenir, diagnosticar, tratar, aliviar o curar enfermedades o dolencias o para afectar a funciones corporales o al estado mental. También se consideran medicamentos las sustancias medicinales o sus combinaciones que pueden ser administrados a personas o animales con cualquiera de estos fines, aunque se ofrezcan sin explícita referencia a ellos.

2. «Sustancia medicinal»: toda materia, cualquiera que sea su origen - humano, animal, vegetal, químico o de otro tipo- a la que se atribuye una actividad apropiada para constituir un medicamento."

Y en su art. 40 referido a los "medicamentos derivados de la sangre y de los demás fluidos, glándulas y tejidos humanos", disponía:

1. Los derivados de la sangre, del plasma y de los demás fluidos, glándulas y tejidos humanos, cuando se utilicen con finalidad terapéutica, se considerarán medicamentos y estarán sujetos al régimen previsto en esta Ley con las particularidades que se establezcan reglamentariamente según su naturaleza y características.

2. La sangre, plasma y sus derivados y demás fluidos, glándulas y tejidos humanos procederán, en todo caso, de donantes identificados y obtenidos en centros autorizados. Se adoptarán las medidas precisas que impidan la transmisión de enfermedades infecciosas.

3. La importación y la autorización como especialidades farmacéuticas de los medicamentos derivados de la sangre y del plasma podrá ser denegada o revocada cuando aquélla no proceda de donaciones altruistas realizadas en bancos de sangre o centros de plasmaféresis, ubicados en los países miembros de la CEE que reúnan las debidas garantías.

4. La autorización como especialidades farmacéuticas de los medicamentos derivados de la sangre y del plasma podrá condicionarse a la presentación por el solicitante, de documentación que acredite que el precio del medicamento no incluye beneficio ilegítimo sobre la sangre donada altruistamente.

Las Administraciones Sanitarias promoverán las donaciones de sangre altruistas así como el desarrollo de la producción y utilización de los hemoderivados provenientes de estas donaciones."

b) El art. 1 del Real Decreto 478/1993, de 2 abril , que regula los medicamentos derivados de la sangre y plasma humano, que establecía:

"1. A los efectos de este Real decreto se entenderán por medicamentos derivados de la sangre o plasma humano, en adelante hemoderivados, aquellos medicamentos, obtenidos por procedimientos industriales en centros autorizados, cuya materia prima sea la sangre o el plasma humano; dichos medicamentos incluyen, en particular, la albúmina, los factores de coagulación y las inmunoglobulinas de origen humano.

2. Quedan excluidos del ámbito de este Real Decreto la sangre completa, el plasma y las células sanguíneas de origen humano."

La sentencia en el fundamento décimo tercero considera que el término "medicamento" es un elemento descriptivo del tipo a los efectos del art. 361 CP .

Para justificarlo, parte que el precepto en este particular no constituye una norma penal en blanco porque la jurisprudencia constitucional requiere un reenvío normativo expreso, apoyándose en la STS 849/1995, de 7 de julio , que en relación al delito de tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas del art. 344 CP de 1973 , actual art. 368 CP de 1995 , que al igual que el art. 361 CP , se encuadra en el mismo capítulo III referido a los delitos contra la salud pública del libro XII relativo a los delitos contra la seguridad colectiva, siendo la ley penal en blanco aquella que contiene una amenaza penal para la infracción de otra norma a la cual remite, y en el art. 344 CP la infracción del deber normativo se encontraba íntegramente en la disposición, consistiendo en "ejecutar actos de cultivo, elaboración o tráfico", o de otro modo "promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o poseerlas con aquellos fines", aunque reconocía que con frecuencia para establecer cuáles eran las sustancias que debían considerarse objeto de la acción debía acudir al Convenio de Naciones Unidas de 1961, que al limitarse a clasificar con arreglo a criterios científicos las sustancias alcanzadas por la definición de drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicas, no complementaba el tipo penal, sino que constituía un punto de vista objetivo para dar contenido a los elementos normativos del tipo.

Resaltó que el concepto de "medicamento" no tenía una definición legal en el Código Penal, a diferencia de otros términos, como por ejemplo: autoridad, funcionario público o documento; lo que no implica que deba buscarse necesariamente en la legislación administrativa porque al no tratarse de una norma penal en blanco debe aplicarse el art. 3.1 en relación con el art. 4.3 del Código Civil , que dispone que "las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas".

La interpretación gramatical sería la correspondiente a la definición ofrecida por el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, que indica que el medicamento es: "sustancia que, administrada interior o exteriormente a un organismo animal, sirve para prevenir, curar o aliviar la enfermedad y corregir o reparar

las secuelas de esta", la cual sería la que se aproximaría más a la definición que pudiera dar una persona de conocimientos medios.

Después señala ejemplos jurisprudenciales, como:

-La SAP de Córdoba, Sección 1ª, nº 34/2002, de 30 de diciembre, que se remitió al art. 6 de la Ley del Medicamento de 20 de diciembre de 1990, que dice: "solo serán medicamentos los legalmente reconocidos como tales y que se enumeran a continuación: a) las especialidades farmacéuticas, b) las fórmulas magistrales, c) los preparados o fórmulas oficiales, d) los medicamentos prefabricados."

-La SJP nº 4 de Pamplona nº 180/2009, de 14 de abril, que acudió al mencionado significado gramatical.

-La STS de 9 de julio de 1982 que definió el medicamento como "toda aquella sustancia química con operatividad para producir determinados efectos curativos en la persona."

-La STS de 18 de noviembre de 1991 que lo amplió a "esa sustancia, de origen artificial o biológico, que se utiliza por la Medicina con fines terapéuticos sobre el ser humano."

Después estudia si la "sangre" administrativamente era considerada como medicamento, haciendo un recorrido por la normativa comunitaria:

- Directiva 1965/65 de la CEE, de 26 de enero, en materia de producción y distribución de las especialidades farmacéuticas, cuyo art. 1 definía: en su nº 1º 1ª especialidad farmacéutica como "todo medicamento previamente elaborado, comercializado bajo una denominación especial y un determinado acondicionamiento"; en su nº 2 el medicamento como "toda sustancia o combinación de sustancias que se presente como poseedora de propiedades curativas o preventivas con respecto a las enfermedades humanas o animales", añadiendo que "se considerarán también medicamentos todas las sustancias o composiciones que puedan administrarse al hombre o al animal con el fin de establecer un diagnóstico médico o de restablecer, corregir o modificar las funciones orgánicas del hombre o del animal"; y en su nº 3 la "sustancia" como "cualquier materia, sin distinción de origen", distinguiendo cuatro grupos de posibles orígenes, a saber: humano, animal, vegetal y químico. Y dentro de las materias de origen humano, la Directiva comprendía expresamente "la sangre humana y sus productos derivados."

-Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas de 14 de junio de 1989 (Directiva 89/381/CEE) por la que se amplió el ámbito de aplicación de las Directivas 65/65 y 75/319 de la CEE relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre especialidades farmacéuticas y por la que se adoptaron disposiciones especiales sobre los medicamentos derivados de la sangre y del plasma humanos -que fue derogada por el art. 128 de la Directiva 83/2001, de 6 de noviembre-, y cuyo art. 1 apartado 1 decía: "No obstante lo dispuesto en el art. 34 de la Directiva 75/319/CEE, y salvo lo dispuesto en la presente Directiva, las Directivas 65/65/CEE y 76/319/CEE se aplicarán a los medicamentos a base de constituyentes sanguíneos preparados industrialmente por centros públicos o privados, denominados en lo sucesivo "medicamentos derivados de sangre o plasma humanos"; dichos medicamentos incluyen, en particular, albúmina, factores de coagulación e inmunoglobulinas de origen humano; y en su punto 2: "La presente Directiva no se aplicará a la sangre completa, al plasma ni a las células sanguíneas de origen humano."

Exclusión que por su preámbulo obedecía a la necesidad de fomentar por parte de la Comunidad Económica Europea "la donación de sangre y plasma de forma voluntaria y no retribuida para ir hacia la autosuficiencia en el abastecimiento de productos derivados de la sangre en toda la Comunidad y para garantizar el respeto de los principios éticos en el comercio de sustancias terapéuticas de origen humano", atribuyéndolo a que siendo su objeto, como la del 1965 a la que venía a complementar, la "producción y distribución", en definitiva, la "comercialización" de especialidades farmacéuticas, la sangre como tal, no podía ser objeto de comercio retribuido.

-Directiva 91/507/CEE, de 19 de julio de 1991, por la que se modificaba el Anexo a la Directiva 75/318/CEE del Consejo relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre normas y protocolos analíticos, toxicofarmacológicos y clínicos en materia de pruebas de medicamentos, que introdujo disposiciones especiales para los hemoderivados, al hablar en numerosas ocasiones a lo largo de su articulado de "medicamentos derivados de la sangre o el plasma humanos."

Centrándose a continuación en el derecho interno español constituido por los referidos arts. 8 y 40 de Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, estimando que de la redacción de éste último precepto podía sin lugar a duda extraerse la consideración de la sangre como medicamento para esta norma administrativa, ya que el único precepto de la Sección Segunda referido a "medicamentos de origen humano" era el Capítulo

Cuarto referido a los "medicamentos especiales", y el resto de los artículos ponían el énfasis en el carácter altruista o gratuito de las donaciones de sangre, aunque reconociendo que el art. 1 del Decreto 478/1993, de 2 de abril, excluía de los medicamentos a la sangre o el plasma humano y sus derivados, denominados hemoderivados.

Seguidamente se refiere a la Ley 25/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios, que sustituyó a la Ley del Medicamento de 1.990, y al Real Decreto 1345/2007, de 11 de octubre, por el que se reguló el procedimiento de autorización, registro y condiciones de dispensación de los medicamentos de uso humano fabricados industrialmente, que completa la transposición de la Directiva 2004/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo, por la que se modificó la Directiva 2001/83/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre de 2001, que estableció un código comunitario sobre medicamentos para uso humano, armonizando y recopilado en un solo texto la normativa comunitaria sobre medicamentos de uso humano, y la Directiva 2004/24/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo, por la que se modificó la Directiva 2001/83/CE en lo que se refería a los medicamentos tradicionales a base de plantas.

Concluyendo que la Ley del Medicamento de 1990 cuando en el art. 8 estableció el concepto de "medicamento" o de "medicamento de uso humano", encabezaba el precepto con la expresión "a los efectos de esta Ley se entenderá por", al igual que el Real Decreto 478/1993 cuando al definir el medicamento derivado de la sangre o plasma humano en su art. 1 inicia el enunciado diciendo "a los efectos de este Real Decreto se entenderán por...", y en su nº 2 no decía que la sangre completa no constituyese medicamento, sino que lo único que hizo fue determinar el ámbito de aplicación de la norma administrativa que precisamente estaba destinada a la regulación de los derivados de la sangre y plasma humano; siendo por tanto lógico que de su ámbito de aplicación se excluyesen la sangre completa, el plasma y las células sanguíneas de origen humano, al no ser objeto de su regulación.

Lo cual estima que ponía de manifiesto que se trataban de definiciones destinadas a un ámbito determinado, como es el orden administrativo, sin que sus constreñidas definiciones de medicamento que contemplaban y la consideración que se atribuía a la sangre tuvieran que extrapolarse necesariamente a otra rama del ordenamiento jurídico, como la penal.

También se apoya en el carácter altruista de las donaciones de sangre que parecía ser determinante a la hora de excluir a la sangre de la regulación de determinadas normas administrativas, que contemplan aspectos económicos derivados de la distribución de los medicamentos. Así como en las divergentes regulaciones administrativas sobre la sangre dentro de la Comunidad Europea

Indicando que la certificación de don Mario Urbano, Jefe del Departamento de Medicamentos de Uso Humano de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, relativa a que la sangre completa y el plasma humano no eran medicamentos, por el que no era posible que se proporcionara su ficha técnica, código nacional, número de registro y fecha de autorización, como había solicitado el Juzgado, se limitaba a reproducir el contenido del art. 3.2 b del Real Decreto 1345/2007, de 11 de octubre, por el que se regulaba el procedimiento de autorización, registro y condiciones de dispensación de los medicamentos de uso humano ("quedan excluidos del ámbito de aplicación del presente Real Decreto, la sangre completa, el plasma y las células sanguíneas de origen humano"); aclarando el Sr. Mario Urbano en la vista que por razones históricas la sangre había quedado fuera de la regulación como medicamento por no haber su producción industrial o su fabricación, siendo este el motivo por el que no se regulaba en el Real Decreto 1345/2007, de 11 de octubre, sino en el Real Decreto 1088/2005, de 16 septiembre, que regula las condiciones mínimas de la Hemodonación y de los Centros y Servicios de Transfusión, y también el perito añadió muy expresivamente que "la sangre es la sangre" y que la concepción de la sangre o no como medicamento es un tema discutido en Europa, siendo posible que según los distintos países la regulación "caiga en un lado o en otro", y entendiendo por medicamento "toda sustancia que se administre con fines de prevención en humanos", por lo que en esta definición sí entraría el concepto de sangre, al tener la sangre una función fisiológica.

Por último refuerza su opinión con nuevas citas de decisiones judiciales:

- Auto de la Sección 5ª de esta Audiencia nº 63/2009, de 12 de enero, dictado en esta misma causa en el que se señalaba; "no es precisa la posesión de especiales conocimientos de medicina para saber que tanto la sangre considerada en su integridad, como el plasma, como las plaquetas o los hematíes, deben ser considerados medicamentos en cuanto que son sustancias capaces de aliviar o curar enfermedades o dolencias y de afectar a las funciones corporales", y continuaba diciendo:

"Evidentemente la sangre y sus componentes no son medicamentos cuando recorren el aparato circulatorio de los seres vivos. Pero una vez extraídos pueden ser usados, y de hecho lo son, como medicamentos con enorme frecuencia."

- SAP de Barcelona de 20 de noviembre de 1989 que efectuó un estudio de los conceptos que podría tener el término medicamento desde la perspectiva farmacológica o médico científica, respecto de la consideración de la sangre o no como "medicamento" a los efectos del delito contra la salud pública que era objeto de enjuiciamiento en aquel caso que versaba sobre un conocido supuesto de contagio de SIDA por transfusiones sanguíneas en los años 80, entendiendo que el concepto de "medicamento" no podía ser interpretado desde un estricto punto de vista farmacológico, sino que ha de serlo en función del bien jurídico protegido por el delito contra la salud pública del entonces art. 343 CP ; refiriéndose a que la definición de medicamento equivaldría a la recogida por varios diccionarios médicos, que señalaban como tales a "los agentes o sustancias simples o compuestas que se administran al exterior o interior con fines terapéuticos", con cita de la STS de 9 de julio de 1982 que a su vez indicaba que "son medicamentos los productos con operatividad para determinar efectos curativos en las personas", y se remitía a la STS de 26 de diciembre de 1981 . En suma, la Audiencia Provincial descartaba un concepto de medicamento exclusivamente farmacológico y optaba por el de: "aquellas sustancias simples o compuestas preparadas o dispuestas para su uso medicinal, con finalidad terapéutica, tanto si proceden de los reinos animal, vegetal o mineral, como si se trata de agentes biológicos o productos sintéticos, tengan o no el carácter de especialidad farmacéutica." Y, partiendo de dicho concepto concluía que la sangre como "producto humano- y por tanto del reino animal, en cuanto a objeto de transfusión cuyo fin curativo o terapéutico es evidente, debe reputarse Medicamento."

-La STS de 18 de noviembre de 1991 que, al resolver el recurso de casación contra la anterior, confirmó la conceptualización de la "sangre" como "medicamento", para lo cual se remontó a la Ley de 25 de noviembre de 1944, de Sanidad Nacional, a tenor de cuya base 16ª, se entendía por medicamentos "las sustancias simples o compuestas, preparadas y dispuestas para su uso medicinal inmediato, tanto si proceden del reino mineral, vegetal o animal, como si se trata de agentes biológicos o productos sintéticos, tengan o no el carácter de especialidad farmacéutica, bien sean destinados a la medicina humana o veterinaria", y destacaba la "falta una definición legal o reglamentaria de los medicamentos que sea válida en el Derecho Penal.". También se apoyaba en la STS de 9 de julio de 1982 que consideró medicamento a las sustancias químicas "con operatividad para producir determinados efectos curativos en las personas", entendiendo que, indirectamente, se excluían del concepto de medicamento los productos zoonosanitarios, según sentencia de 27 de abril de 1.989 ; y aludió al Real Decreto de 9 de febrero de 1.924 que abordaba el problema del límite entre medicamento y alimento, rechazando la consideración de especialidades farmacéuticas a aquellos productos que tuvieran una función esencialmente alimenticia, aunque se aplicaran con fines terapéuticos, y a los envasados que se usaran para la cosmética y la perfumería Y llegaba a la conclusión que: "Por eliminación queda, pues, concretada la definición del medicamento a todo aquel producto que se aplique para la medicina en su sentido más amplio. No puede haber, pues, duda alguna del carácter que en este sentido hay que atribuir a la sangre."

El Juzgado reconociendo que, aunque esta última sentencia aludía en sus razonamientos a una serie de normas administrativas -que no estaban vigentes cuando sucedieron los hechos que enjuiciaba- y que nada impedía acudir a los referentes ofrecidos por la normativa administrativa a la hora de intentar buscar un concepto de un término empleado en un tipo penal, como era el de "medicamento", no suponía aceptar necesariamente la solución a que abocaban las normas administrativas, porque la misma resolución indicaba la: "falta una definición legal o reglamentaria de los medicamentos que sea válida en el Derecho Penal."

Concluyendo que a los efectos del art. 361 CP , en función del bien jurídico protegido (la salud pública), era medicamento, no sólo los hemoderivados, sino también la sangre, el plasma y los concentrados de hemáties.

b) Criterio del tribunal.

El art. 361 CP , vigente al tiempo de los hechos enjuiciados, establecía: "Los que expendan o despachen medicamentos deteriorados o caducados, o que incumplan las exigencias técnicas relativas a su composición, estabilidad y eficacia, o sustituyan unos por otros, y con ello pongan en peligro la vida o la salud de las personas serán castigados con las penas de prisión de seis meses a dos años, multa de seis a dieciocho meses e inhabilitación especial para profesión u oficio de seis meses a dos años."

El principio de legalidad penal consagrado en el art. 25.1 CE supone que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que no constituyan ilícito penal según la legislación vigente en el momento de realización de tales conductas.

Este principio en su vertiente de garantía de orden formal, obliga en nuestro sistema a que sea una norma con rango de ley orgánica la que defina las conductas delictivas y señale las penas correspondientes, sin perjuicio que esta reserva de ley no excluya las denominadas "leyes penales en blanco", que son las que no describen agotadoramente la correspondiente conducta o su consecuencia jurídico-penal, remitiéndose para su integración a otras normas del resto del ordenamiento jurídico, que incluso pueden ser de carácter reglamentario.

La STC Pleno 101/2012, de 8 de mayo, citando de la STC 283/2006, de 9 de octubre, señala que:

"... para que esa remisión a normas extrapenales sea admisible constitucionalmente debe cumplir en todo caso los siguientes requisitos: a) que el envío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; b) que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición; y c), sea satisfecha la exigencia de certeza o, lo que en expresión constitucional ya normalizada es lo mismo: que "la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada" (STC 127/1990, de 5 de julio, FJ 3)."

En opinión de este tribunal, no existiendo una definición penal de "medicamento", el propio tenor literal del precepto revela que tiene una estructura de ley penal en blanco, estimando que no es razonable que se aísle su concepto de los restantes elementos del tipo (expedición o despacho cuando esté deteriorado o caducado, o la inobservancia de las exigencias técnicas relativas a su composición, estabilidad y eficacia, o su sustitución por otro, y con ello se genere peligro la vida o la salud de las personas) para los que se aplica la regulación administrativa.

Ello conlleva que no sea procedente acudir a una interpretación gramatical del término "medicamento", sino que debe integrarse por la normativa administrativa, que es la ya mencionada.

Además, el principio de legalidad penal incorpora otra garantía de carácter material.

Al respecto la STC 286/2006, de 22 de julio, señala:

"Junto a la garantía formal, el principio de legalidad incluye otra "de carácter material y absoluto", que "refleja la especial transcendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (lex previa) que permitan predecir con el suficiente grado de certeza (lex certa) dichas conductas, y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción" (SSTC 25/2004, de 26 de febrero, FJ 4 ; 218/2005, de 12 de septiembre, FJ 2 ; 297/2005, de 21 de noviembre, FJ 6). En los términos de la STC 242/2005, de 10 de octubre, FJ 2, la garantía esencial de lex certa, que es en torno a la que gira el presente proceso de amparo, impone que "la norma punitiva permita predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa, lo que conlleva que no quepa constitucionalmente admitir formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador (por todas, SSTC 100/2003, de 2 de junio, FJ 2, ó 26/2005, de 14 de febrero, FJ 3)."

El citado aspecto material de la legalidad sancionadora contiene, según hemos señalado con anterioridad, un doble mandato. El primero, dirigido al legislador y a la potestad reglamentaria, es el de taxatividad, "según el cual han de configurarse las leyes sancionadoras llevando a cabo el 'máximo esfuerzo posible' (STC 62/1982) para garantizar la seguridad jurídica, es decir, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever, así, las consecuencias de sus acciones". El segundo se dirige a los aplicadores del Derecho, en tanto en cuanto la citada garantía de predeterminación normativa de los ilícitos y de las sanciones correspondientes tiene "como precipitado y complemento la de tipicidad, que impide que el órgano sancionador actúe frente a comportamientos que se sitúan fuera de las fronteras que demarca la norma sancionadora" (SSTC 218/2005, de 12 de septiembre, FJ 3 ; 297/2005, de 21 de noviembre, FJ 8). En lo tocante al canon de constitucionalidad sobre este último aspecto, y asumido que toda norma penal admite diversas interpretaciones y que la indagación de su sentido y consiguiente aplicación de las mismas corresponde a los Tribunales ordinarios ex art. 117.3 CE, nuestro papel se circunscribe a la

labor de verificar si la conclusión a la que se ha llegado es una de las interpretaciones posibles de la norma en atención a los valores de la seguridad jurídica que informan la garantía constitucional del art.25.1 CE , si bien sin limitarnos a contrastar el respeto de los órganos judiciales al tenor literal de la norma, ni a la mera interdicción de la arbitrariedad, el error patente o la manifiesta irrazonabilidad de las decisiones judiciales, sino comprobando en positivo la razonabilidad de la decisión, desde las pautas axiológicas que inspiran nuestro ordenamiento constitucional y desde los modelos de interpretación aceptados por la comunidad jurídica (entre muchas, SSTC 13/2003, de 28 de enero, FJ 3 ; 151/2005, de 6 de junio , FJ 9). Expresado en otros términos: cabe hablar de aplicación analógica o extensiva in malam partem, vulneradora del principio de legalidad penal, cuando dicha aplicación carezca hasta tal punto de razonabilidad que resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de pautas valorativas extravagantes en relación con los principios que inspiran el ordenamiento constitucional, sea por el empleo de criterios o modelos de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica, comprobado todo ello a partir de la motivación expresada en las resoluciones recurridas (SSTC137/1997, de 21 de julio, FJ 7 ; 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 6 ; 151/2005, de 6 de junio , FJ 9).

Esta garantía material consideramos que refuerza nuestra opinión, pues, aunque resulta elogiable el ingente esfuerzo argumental efectuado por la Magistrada para considerar que la sangre es medicamento, choca irremediablemente con la vertiente de seguridad jurídica al ser la acepción gramatical del término medicamento extremadamente ambigua, y prueba de ello son las distintas definiciones que se efectúan en las citas jurisprudenciales recogidas en la sentencia, generando un enorme marco de incertidumbre en los destinatarios de la norma que es impropio del derecho penal, y que desaparece si se acude a la regulación administrativa en la que se existe una definición legal accesible a cualquier ciudadano que desee consultarla, y por la que se rigen los técnicos en la materia.

Consecuentemente, a los efectos del art. 361 CP la sangre completa, el plasma y las células sanguíneas de origen humano no podían considerarse medicamentos, a diferencia de los hemoderivados obtenidos por procedimientos industriales en centros autorizados, cuya materia prima sea la sangre o el plasma humano, que incluyen, en particular, la albúmina, los factores de coagulación y las inmunoglobulinas de origen humano.

DÉCIMO NOVENO.- ¿La sangre fue tratada con medicamentos?

Descartado que la sangre completa, el plasma y las células sanguíneas de origen humano sean medicamentos a efectos penales, el siguiente problema que debe abordarse es si la sangre fue tratada o no con medicamentos.

Los análisis efectuados por el IMIM encontraron hormona folículo estimulante (FSH) en tres bolsas con el nº 24, además de desconocerse si procedía de un consumo previo o se introducía en la sangre después su extracción, el Sr. Prudencio Joaquín señaló que sus valores serían anormales si fuera de un hombre, pero normales si se pertenecían a una mujer, lo cual no podía determinar, por lo que la juzgadora asumió que eran de una mujer en aplicación del principio in dubio pro reo, que implica que la duda debe operar en beneficio del acusado.

La EPO detectada en ocho bolsas de plasma, el Sr. Teodosio José indicó que no tenía duda que no era EPO endógena, que es la que produce el cuerpo por sí mismo, sino de EPO recombinante, que es como se denomina a la EPO que se utiliza como medicamento, y que provenía del consumo previo por parte de la persona de la que procedía la sangre, rechazando a posibilidad que la EPO pudiera haberse introducido en la sangre con posterioridad a su extracción.

El sistema de tratamiento de la sangre extraída consistía en someterla a un proceso de glicerolización mediante el uso de un conservante denominado glicerol a través de un sistema realizado automáticamente por máquinas ACP-215, que tenía por objeto la obtención de concentraciones de hematíes tras la separación de los glóbulos rojos, y el plasma mediante el centrifugado de la sangre, para después proceder a su congelación de cara a su conservación durante un tiempo prolongado, y posteriormente, tras un proceso inverso de desglicerolización y descongelación, efectuar la re-infusión, lo que no implica que por ello la sangre pueda considerarse un hemoderivado.

En conclusión, no siendo medicamento la sangre que el Sr. Cosme Roberto utilizó para las transfusiones, y no constando acreditado que fuese tratada con medicamentos, su conducta no tiene encaje en el delito imputado, por lo que debe ser absuelto libremente, al igual que al Sr. Sebastian Casimiro , con declaración de oficio de las costas procesales de ambas instancias, lo que excluye la necesidad de analizar los demás motivos de los recursos, excepto el relativo a la piezas de convicción.

VIGÉSIMO.- Piezas de convicción.

El comiso contemplado en el art. 127 CP , que implica la pérdida de los efectos procedente del delito y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del mismo, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar, salvo que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del ilícito que los haya adquirido legalmente, al ser una consecuencia accesoria del delito no es procedente por inexistencia del mismo.

No obstante todas las piezas de convicción deben quedar intervenidas hasta que se resuelva definitivamente la acusación contra don Victorino Hipolito por sentencia o por archivo libre..

Por su irrelevancia para ello se exceptúan:

-Los efectos personales incautados a todos los investigados en esta causa con ocasión de sus detención, salvo el medicamento Synacthene y la tarjeta de restaurante con anotaciones de claves en su reverso ocupados a los Sres. Joaquin Matias y Victorino Hipolito , respectivamente.

-5.300 euros intervenidos en el domicilio del Sr. Sebastian Casimiro .

-42.224,10 euros, 38.500 francos suizos y 310 dólares australianos ocupados al Sr. Joaquin Matias .

-el documento nº 207 unido a la carpeta de Anexos, consistente en escritura relativa a la constitución de una sociedad por parte de don Santiago Victorio y doña Reyes Juliana , hermano y madre de don Pedro Ismael .

Los cuales deberán reintegrarse a sus titulares.

Cuando finalice definitivamente la causa respecto del Sr. Victorino Hipolito deberá devolverse todo a sus titulares y en el caso del Sr. Pedro Ismael a sus herederos, salvo los que sean de ilícito comercio, los cuales deberán ser destruidos, al igual las copias obtenidas del volcado del material informático, así como las grabaciones originales de las conversaciones telefónicas intervenidas, a cuyo efecto se oficiara a la Guardia Civil para que proceda a su borrado del sistema SITEL y de cualesquiera copias, a excepción de la copia se encuentra unida a la causa.

VIGÉSIMO PRIMERO.-Muestras de las bolsas de sangre, plasma y hematíes.

Las representaciones de RFEC, AMA, UCI y CONI reclaman la entrega de muestras de las bolsas de sangre, plasma y hematíes ocupadas en las entradas y registros de los domicilios del Sr. Cosme Roberto y el Sr. Victorino Hipolito .

En el fundamento décimo octavo de la sentencia se rechaza la petición, disponiendo la destrucción de las bolsas, salvo una muestra suficiente hasta que se resuelva la acusación frente a don Victorino Hipolito por resolución definitiva si recobrarse la salud o por prescripción del delito imputado.

a) Legitimación.

El Juzgado, tras analizar los estatutos de los solicitantes, concluye que todos son organismos administrativos, estatales o internacionales, con competencias en materia de dopaje de ciclistas, correspondiendo a la Real Federación Española de Ciclismo el ejercicio de las facultades disciplinarias delegadas en territorio español.

Este tribunal para evitar cualquier tipo de dudas estima que no sólo la RFEC, sino también el CONI, la UCI y el AMA están legitimadas para recabar las muestras en orden a la posible incoación de expedientes disciplinarios a los corredores profesionales que pudieren ser identificados como consecuencia de los análisis.

En el caso del CONI al tener las facultades disciplinarias en materia de dopaje de ciclistas en Italia, al igual que la RFEC en España, y no ser descartable que entre los deportistas afectados sólo se encuentren corredores españoles, sino también de otros Estados.

En el de UCI al tener entre sus funciones el control y la disciplina del ciclismo bajo todas sus formas en el ámbito internacional, la promoción de la ética deportiva y del juego limpio, la representación del deporte ciclista y la defensa de sus intereses ante el Comité Olímpico Internacional y ante cualquier instancia nacional o internacional, y aunque la instrucción e hipotética sanción disciplinaria correspondería a la respectiva federación nacional del corredor afectado, la UCI tiene la facultad de instar la incoación del expediente a las federaciones delegadas e incluso competencias propias en el ámbito disciplinario deportivo en las no delegadas.

En el de AMA porque al ratificar España la Convención Internacional contra el Dopaje en el Deporte de la UNESCO, no sólo depositó en el AMA la función de promoción, coordinación y armonización internacional de la lucha contra dopaje, sino también adquirió el firme compromiso, entre otros, de velar por su aplicación mediante la coordinación en el plano nacional actuando por conducto de organizaciones antidopaje (Agencia Estatal Antidopaje), así como autoridades u organizaciones deportivas (Federaciones Deportivas Nacionales y Comité Olímpico Español), lo que implica su reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico y el deber de respeto al contenido de sus estatutos sociales y de los principios del Código Mundial Antidopaje, pudiendo también el AMA instar a los órganos competentes en cada caso la apertura de expediente disciplinario.

b) Entrega previa de muestras a autoridades alemanas e italianas.

La sentencia indica que no justifica la petición las entregas de algunas de muestras de las bolsas a las autoridades alemanas e italianas, porque la efectuada a las alemanas se enmarcó dentro del ámbito de colaboración entre autoridades judiciales en el ámbito penal, mientras que ahora se postula para un posible procedimiento administrativo sancionador; y en del CONI fue anulada por auto de 18 de febrero de 2009 del juzgado instructor, al constatar que la Procura Antidoping del CONI no era la Fiscalía italiana, sino un órgano administrativo con funciones públicas por delegación del Ministerio de Cultura Italiano, no vinculado a la Administración de Justicia de Italia.

Criterio que se comparte plenamente por este tribunal.

c) Non bis in idem.

El Juzgado no cuestionó que los posibles expedientes disciplinarios respetarían el principio non bis in idem, que prohíbe que pueda sancionarse más de una vez por un mismo hecho cuando concorra identidad de sujeto, hecho y fundamento.

Ello resulta evidente porque no estando tipificado penalmente el dopaje del deportista en nuestra legislación al tiempo de los hechos nunca podría darse la identidad subjetiva, ni de fundamento de la sanción; además la sentencia en esta causa no es condenatoria, sino absolutoria.

d) Prueba prohibida al incautarse las bolsas en registros domiciliarios.

El Juzgado considera que las muestras solicitadas integrarían una prueba que no podría utilizarse en el procedimiento administrativo sancionador al constituir una prueba prohibida (art. 11.1 y 2 LOPJ), apoyándose en la STS Sala 3ª de lo Contencioso- Administrativo (Sección 7ª) nº 2752/2012, de 30 de abril , que abordó la utilización de pruebas obtenidas durante en la instrucción de unas diligencias previas, concretamente conversaciones telefónicas intervenidas judicialmente, en un procedimiento disciplinario contra un magistrado, cuya sanción anuló porque la previsión legal de la referida intervención sólo está prevista por delito (art. 579.2 de la LECr y art. 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales), y no para infracciones administrativas; estimando que era de aplicación a este caso en el que las bolsas de sangre, plasma y concentrados de hematías cuyas muestras se pedían, se obtuvieron con ocasión de las entradas y registros de los domicilios de los Sres. Cosme Roberto y Victorino Hipolito autorizados por auto del juzgado de instrucción en relación a la investigación del delito contra la salud pública, y que se veía reforzada por las sentencias del Tribunal Supremo sobre el "hallazgo casual" con ocasión del registro domiciliario.

La doctrina de la mencionada sentencia no consideramos que sea de aplicación a este caso al referirse a una prueba derivada de una intervención telefónica, mientras que en el presente se trata de material incautado en un registro domiciliario.

El derecho a la intimidad personal y familiar consagrado en el art. 18.1 CE , que a su vez sirve al libre desarrollo de la personalidad contemplado en el art. 10.1 CE , garantiza la privacidad, que en nuestro ordenamiento jurídico se proyecta especialmente en la inviolabilidad del domicilio, de las comunicaciones telefónicas y de la correspondencia, supeditando su invasión in consentida a que sea dispuesta por resolución judicial, salvo en el del domicilio en caso delito flagrante (art. 18.2 y 3 CE).

La jurisprudencia penal establece una clara diferencia entre la intervención telefónica y el registro domiciliario, que tiene su mejor reflejo en el "hallazgo casual", consistente en el descubrimiento de evidencia de un delito diferente por el que se autorizó judicialmente la intervención o registro.

En el caso de la obtenida en el registro, si bien en algunas resoluciones, como las citadas por el Juzgado se consideró que carecía de valor como prueba de cargo, salvo que el juez ampliara los términos del mandamiento, en función de la traslación del principio de especialidad de la intervención telefónica que tiene

su fundamento en evitar rastreos indiscriminados de carácter meramente preventivos o aleatorios sin base fáctica previa relacionada con delito (STS 8 de octubre de 1992 ; 2 de julio de 1993 ; y 21 de enero de 1994), la mayoría atribuyó valor probatorio a la referida evidencia (STS 7 de junio de 1993 ; 18 y 28 de febrero , 8 de marzo y 4 de octubre ; 28 de abril y 1 de diciembre de 1995 ; y 4 de octubre de 1996), constituyendo finalmente una doctrina unánime esta última posición al descartar que fuese extrapolable el principio de especialidad de la intervención telefónica al registro domiciliario por su distinta intensidad de afectación sobre la intimidad, derivada que la primera toma como la fuente de prueba a la persona misma, mientras que la segunda lo hace en su entorno, y mientras la escucha se prolonga en el tiempo, el registro se realiza en unidad de acto, por lo que el hallazgo de objetos constitutivos del cuerpo de un posible delito distinto se instala en la notoria flagrancia, siendo su inmediata recogida una consecuencia de la obligación impuesta en el art. 286 LECr , e incluso también se ha justificado por la regla de la conexidad de los arts. 17.5 y 300 LECr por no haber novación del objeto de la investigación, sino simplemente "adicción" (STS 768/2007, de 1 de octubre ; 1004/1999, de 18 de junio ; 167/2010, de 24 de febrero ; 1110/2010, de 23 de diciembre ; 539/2011, de 26 de mayo ; 48/2013, de 23 de enero ; 17/2014, de 28 de enero y 582/2014, de 8 de julio).

A mayor abundamiento, las bolsas de sangre, plasma y hematíes incautadas en los registros no podrían considerarse "hallazgo casual" en sentido estricto desde el momento en que el auto de 22 de mayo de 2006 que las autorizó fue para localizar evidencias de delito contra la salud pública ahora enjuiciado, aunque finalmente se haya considerado que los hechos imputados no integren dicho ilícito.

De otra parte, a diferencia de las intervenciones telefónicas en que su autorización judicial sólo está prevista por delito (art. 579.2 de la LECr), al dictarse el auto de 22 de mayo de 2006 autorizante de las entradas y registros, la entrada domiciliaria se encontraba contemplada como una medida que podían recabar las Administraciones Públicas a la autoridad judicial en otros supuestos.

En este sentido, el art. 96.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, establecía que:

"Si fuese necesario entrar en el domicilio del afectado, las Administraciones Públicas deberán obtener el consentimiento del mismo o, en su defecto, la oportuna autorización judicial."

Y el art. 8.6 párrafo 1º de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, atribuía los Juzgados de lo Contencioso- Administrativo:

Las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello procediese para la ejecución forzosa de actos de la Administración pública."

Al tiempo de los hechos no existía ninguna norma que impidiese la utilización en un procedimiento disciplinario de evidencias obtenidas en un proceso penal, siendo usual su uso, singularmente en materia tributaria.

A título de ejemplo, la STS Contencioso-Administrativo -Sala 7ª- de 26 de abril de 2004 , respecto de datos obtenidos con ocasión de un registro autorizado en un proceso penal, señala:

"En cuanto a las infracciones de los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 18.2 y 25, al haberse obtenido por la Inspección información de relevancia fiscal en el registro domiciliario de las oficinas y despachos de INVERBROKER S.A., hemos de decir que no pueden prosperar pues, al margen de que no fueron invocados en la instancia la inviolabilidad del domicilio ni el principio de legalidad penal a este respecto, es claro que ni se ha producido lesión de la primera, pues el registro fue autorizado judicialmente en un proceso penal sobre hechos distintos a los que aquí se consideran, ni es procedente la alegación del segundo por la razón que se ha hecho, ya que el principio de legalidad de las penas no guarda relación con la forma en que se obtienen las pruebas que han de hacerse valer en el procedimiento administrativo y en el proceso."

Actualmente la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de Protección de la Salud del Deportista y Lucha contra el Dopaje en la actividad deportiva, que derogó la Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte, en su art. 33.5 relativo a la colaboración con las autoridades judiciales, dispone:

"5. La Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte podrá solicitar que le sean remitidas aquellas diligencias de instrucción practicadas que sean necesarias para la continuación de los procedimientos sancionadores. Dicha petición será resuelta por el Juez de instrucción, previa audiencia de los interesados, en el plazo de 20 días. En dicha audiencia los interesados podrán solicitar que sean también remitidos los

documentos que les puedan beneficiar. La resolución del Juez será plenamente respetuosa con el principio de proporcionalidad, entregando a la Administración, mediante resolución motivada, únicamente las diligencias que la aplicación de tal principio autorice.

En el caso de que la causa penal ya no se encuentre en fase de instrucción la petición se dirigirá al órgano jurisdiccional que esté conociendo de las actuaciones respecto de las diligencias de instrucción o de las pruebas ya practicadas.

Si se hubiera dictado ya una sentencia los hechos declarados probados en ella vincularán a la Administración, haya sido o no remitida a la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte. Igual regla se aplicará si ya se hubiese dictado anteriormente una resolución administrativa firme."

La cesión de muestras de las bolsas a los peticionarios se considera proporcional en atención a que el fin perseguido es luchar contra el dopaje, el cual atenta contra valor ético esencial del deporte, que es el juego limpio al impedir una competencia en igualdad de condiciones, genera el peligro que otros deportistas pueden verse tentados a doparse, y emite un negativo mensaje social respecto a que el fin justifica cualquier medio.

e) Prueba prohibida por afectación del derecho a la intimidad.

El Juzgado al pretenderse analizar el ADN a efectos de identificar a los donantes de la sangre contenida en las bolsas incautadas estima que la cesión de datos de ADN sólo puede hacerse para la investigación de delitos graves, y no para un procedimiento administrativo sancionador en atención a la Ley Orgánica 10/2007, de 22 de junio, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, y el art. 326 de la LECr .

Los límites establecidos en el art. 7 de la LO 7/2007 sobre el uso y cesión de los datos se refieren exclusivamente a los contenidos en la base de datos policial cuya creación dispone su art. 1 para la investigación y averiguación de delitos, como para los procedimientos de identificación de restos cadavéricos o de averiguación de personas desaparecidas.

Los solicitantes no pretenden usar la mencionada base de datos policial para cotejar el posible ADN que se obtenga de las bolsas, al disponer de sus propias informaciones para contrastar el ADN.

Así el art. 58 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte , establecía:

"1. Todos los deportistas con licencia para participar en competiciones oficiales de ámbito estatal tendrán obligación de someterse a los controles previstos en el artículo anterior, durante las competiciones o fuera de ellas, a requerimiento del Consejo Superior de Deportes, de las Federaciones deportivas españolas, de las Ligas Profesionales o de la Comisión Nacional «Anti-Dopaje».

2. Las Federaciones deportivas españolas procurarán los medios para la realización de dichos controles.

3. En las competiciones de ámbito estatal los análisis destinados a la detección o comprobación de prácticas prohibidas deberán realizarse en laboratorios estatales u homologados por el Estado."

El art.168 del Reglamento Antidopaje de la UCI disponía:

"Los corredores serán sometidos a tomas de muestras con fines de detección." El art. 169 del mismo Reglamento decía:

"La UCI puede utilizar con fines de detección cualquier información pertinente recogida, recibida o descubierta, incluyendo las muestras sanguíneas o las muestras distintas a las de orina recogidas conforme a otro reglamentos. La UCI no está obligada a justificar la razón por la que un corredor ha sido seleccionado ni qué datos se han utilizado para la detección o selección."

Además de otros preceptos contenidos en normas posteriores, como los arts. 5 y 9 de la Ley 7/2006, de 21 de noviembre de Protección de la Salud y de la Lucha contra el Dopaje en el Deporte , y arts. 2 , 3.2 , 5 , 6.2 y 21.2 de Código Mundial Antidopaje , según redacción vigente en 2009.

En lo referente al art. 326 LECr , la jurisprudencia en materia de intervenciones o reconocimientos corporales para toma de muestras de fluidos corporales (STC 207/1996, de 16 de diciembre ; 196/2004, de 15 de noviembre ; 25/2005, de 14 de febrero ; y 206/2007, de 24 de septiembre) no constituye motivo para denegar las muestras, desde el momento en que la sangre que se pretende analizar ya no se encuentra dentro del cuerpo de la persona, sino fuera al haberse sometido voluntariamente a su extracción.

De otra parte, las medidas necesarias de recogida y custodia de las bolsas se ha garantizado en este procedimiento penal, siendo una cuestión ajena al mismo el resultado de sus análisis que en todo caso podría

discutirse en los procedimientos administrativos, al igual que la afectación al derecho a la intimidad personal de los afectados.

f) Investigación prospectiva.

El Juzgado estima que siendo la finalidad de las muestras su análisis la identificación de posibles deportistas en orden a la apertura de procedimientos disciplinarios contra ellos se trata de una investigación prospectiva o de intento de apertura de una causa general en el ámbito administrativo deportivo incompatible con los principios constitucionales propios de un Estado de Derecho, pues los derechos fundamentales no pueden ser objeto de limitación para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o de descubrir hechos eventualmente sancionables o para despejar meras sospechas que pudieran albergar los responsables de una investigación (STC 49/1999, de 5 de abril ; 253/2006, de 11 de septiembre ; y 197/2009, de 28 de septiembre).

La petición de muestras obedece a tratar de descubrir a los deportistas, cuya identidad obviamente no puede concretarse al no ser conocida, que supuestamente cometieron esa infracción en relación a este caso concreto, en el que El Juzgado declara acreditado que el Sr. Cosme Roberto suministraba a deportistas eritropoietina (EPO), factores del crecimiento (IGF- 1), testosterona, insulina y hormona femenina gonadotropina (hMG), y también les trataba mediante extracciones y re-infusiones sanguíneas con la exclusiva finalidad de conseguir la elevación del nivel de hematocrito, con la consiguiente mejora del transporte del oxígeno en la sangre y el aumento de la resistencia al cansancio, a fin de incrementar su rendimiento de cara a la competición, y sin que respondiera a una verdadera prescripción médica conforme a la "lex artis."

Conductas que pueden encajar en "la promoción, incitación, consumo o utilización de prácticas prohibidas a que se refiere el artículo 56 de la presente Ley, así como la negativa a someterse a los controles exigidos por órganos y personas competentes, así como cualquier acción u omisión que impida o perturbe la correcta realización de dichos controles", que la Ley del Deporte de 1990 en su art. 76.1 d) vigente al tiempo de los hechos consideraba como infracciones muy graves a las reglas de juego o competición o a las normas deportivas generales, y cuyas sanciones contemplaba en su art. 79.1 . Incluso, la RFEC por ello abrió expedientes disciplinarios contra determinados ciclistas que se suspendieron provisionalmente hasta la resolución de este procedimiento penal.

Por lo que no puede compartirse que se trate de una investigación prospectiva.

En consecuencia, deben entregarse muestras de los contenidos de las bolsas de sangre, plasma y concentrados de hematíes intervenidas a la Real Federación Española de Ciclismo, a la Asociación Mundial Antidopaje, a la Unión Ciclista Internacional y al Comitato Olimpico Nazionale Italiano, dejando material suficiente hasta que se resuelva definitivamente la acusación contra don Victorino Hipolito .

VIGÉSIMO SEGUNDO.-

Las denegaciones a don Sabino Narciso para proceder contra don Cosme Roberto y don Francisco Octavio por un supuesto delito de injurias o calumnias vertidas en juicio, y deducir testimonio por supuesto delito de falso testimonio contra don Sabino Narciso por sus declaraciones en la vista interesada por la representación de doña Isabel Isidora , deben mantenerse al no ser cuestionadas en los recursos.

VIGÉSIMO TERCERO.- Las costas de esta segunda instancia deben declararse de oficio ante la estimación parcial de todos los recursos, con la salvedad del Sr. Sabino Narciso que se refería exclusivamente a la responsabilidad civil por daños morales sobre la que no ha existido pronunciamiento al ser la sentencia absolutoria.

FALLAMOS

Se ESTIMAN PARCIALMENTE los recursos de apelación interpuestos por el Fiscal, las representaciones de los acusados don Cosme Roberto y don Sebastian Casimiro , y del Consejo Superior de Deportes, de la Agencia Mundial Antidopaje, de la Unión Ciclista Internacional y del Comitato Olimpico Nazionale Italiano, y se DESESTIMA el formulado por la representación de don Sabino Narciso , contra la sentencia de 29 de abril de 2013 del Juzgado de lo Penal nº 21 de Madrid en el procedimiento abreviado nº 52/2012, y en consecuencia

REVOCAMOS dicha resolución, y en su lugar:

"Se absuelve libremente a los acusados don Cosme Roberto y don Sebastian Casimiro del imputado delito contra la salud pública que se les imputaba, y se mantiene la absolución de los también acusados don

Joaquin Matias , doña Isabel Isidora y don Francisco Octavio , con declaración de oficio todas las costas procesales de la primera instancia.

Todas las piezas de convicción deben quedar intervenidas hasta que se resuelva definitivamente la acusación contra don Victorino Hipolito por sentencia o por archivo libre.

Se exceptúan:

-Los efectos personales incautados a todos los investigados en esta causa con ocasión de sus detención, salvo el medicamento Synacthene y la tarjeta de restaurante con anotaciones de claves en su reverso ocupados a los Sres. Joaquin Matias y Victorino Hipolito , respectivamente.

-5.300 euros intervenidos en el domicilio del Sr. Sebastian Casimiro .

-42.224,10 euros, 38.500 francos suizos y 310 dólares australianos ocupados al Sr. Joaquin Matias .

-el documento nº 207 unido a la carpeta de Anexos, consistente en escritura relativa a la constitución de una sociedad por parte de don Santiago Victorio y doña Reyes Juliana , hermano y madre de don Pedro Ismael .

Los cuales deberán reintegrarse a sus titulares.

Entréguese muestras de los contenidos de las bolsas de sangre, plasma y concentrados de hematíes intervenidas a la Real Federación Española de Ciclismo, a la Asociación Mundial Antidopaje, a la Unión Ciclista Internacional y al Comitato Olimpico Nazionale Italiano, dejando material suficiente hasta que se resuelva definitivamente la acusación contra don Victorino Hipolito .

Cuando finalice definitivamente la causa respecto del Sr. Victorino Hipolito deberá devolverse todo lo intervenido a sus titulares y en el caso del Sr. Pedro Ismael a sus herederos, salvo aquello que sea de ilícito comercio, que deberá ser destruido, al igual las copias obtenidas del volcado del material informático y las grabaciones originales de las conversaciones telefónicas intervenidas, a cuyo efecto se oficiara a la Guardia Civil para que proceda a su borrado del sistema SITEL y de cualesquiera copias, a excepción de la que se encuentra unida a la causa.

No se autoriza a don Sabino Narciso proceder contra don Cosme Roberto y don Francisco Octavio por un supuesto delito de injurias o calumnias vertidas en juicio.

No procede la deducción de testimonio por presunto delito de falso testimonio contra don Sabino Narciso en relación a las manifestaciones vertidas en el plenario solicitada por la representación de doña Isabel Isidora ."

Y se declaran de oficio las costas de esta instancia. Contra esta sentencia no cabe recurso.

Así por esta nuestra sentencia definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos mandamos y firmamos.