

Roj: **STS 3447/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:3447**Id Cendoj: **28079120012015100472**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **21/07/2015**Nº de Recurso: **247/2015**Nº de Resolución: **481/2015**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP LU 759/2014,**
STS 3447/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Julio de dos mil quince.

En los recursos de Casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional, así como por quebrantamiento de Forma, que ante Nos penden, interpuestos por **Epifanio y Hilario**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Lugo (Sección Segunda), con fecha cinco de Diciembre de dos mil catorce, en causa seguida contra Epifanio y Hilario, por delito contra la salud pública, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los citados y Ponencia del Excmo. D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca, siendo parte recurrente los acusados Epifanio, representado por el Procurador Sr. D. Fernando Miguel Martínez Roura y defendido por el Letrado Sr. D. Jacobo Cela Carballo y **Hilario**, representado por la Procuradora Sra. D^a Sonia Casqueiro Álvarez y defendido por la Letrada Sra. D^a Mar Mendoza Villanueva.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción nº 3 de los de Lugo instruyó las diligencias previas de procedimiento abreviado con el número 278/2013, contra Epifanio y Hilario; y una vez decretada la apertura del Juicio Oral, lo remitió a la Audiencia Provincial de Lugo (Sección 2^a, rollo 28/2014) que, con fecha cinco de diciembre de dos mil catorce, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

" **PRIMERO.-** Sobre las 22,50 horas del 11 de febrero de 2012 el acusado Epifanio recibió en su domicilio sito en la CALLE000 NUM001, NUM002, de Lugo a Samuel que le dio una cantidad indeterminada de dinero, a cambio de la cual el acusado le entregó una bolsita termo-sellada que resultó ser cocaína (0,918 gramos) con una pureza del 15,841 tasada en 31,45 euros y un pequeño paquete plástico que contenían una sustancia blanca que igualmente resultó ser cocaína (0,865 gramos), con una pureza del 13,951 y tasada en 26,09 euros respectivamente.

En fecha 29 de marzo de 2012 se acordó por auto del Juzgado de Instrucción número 3 de Lugo la entrada y registro en dicho domicilio, en el cual se encontró un pequeño paquete plástico que contenía una sustancia blanca que resultó ser cocaína (2,635 gramos),- con una pureza del 7,111 (que ha sido tasada en 40,52 euros) y que el acusado pretendía destinar al tráfico ilegal de estupefacientes. También se encontraron 4350 euros procedentes de su actividad ilícita.

Epifanio había sido condenado en fecha 25-1-07 por la Audiencia de Pontevedra, por un delito contra la salud pública, a la pena de tres años.

SEGUNDO.- El acusado Hilario, sobre las 21,50 del día 23 de febrero de 2012 acudió a la calle Lamas de Prado de Lugo, a bordo del Kia Picanto HXK, manteniendo breve conservación con Juan Ramón a la altura del



establecimiento "Barabar" y a continuación éste se introdujo en el vehículo conducido por el acusado y le entregó una cantidad indeterminada de dinero a cambio de lo cual, el acusado le entregó dos bolsitas que contenían una sustancia vegetal que resultó ser cannabis (1,682 gramos) cuya tasación pericial asciende a 7,85 euros.

En el registro de su domicilio, sito en la CALLE001 NUM003 , NUM002 de Lugo, acordado por auto de fecha 29 marzo de 2012 , se intervinieron dos bolsitas que contenían un total de 1,19 gramos de cannabis (tasada en 5,56 euros) y una planta fresca de unos 80 centímetros, que arrojó un peso (sin raíz) de 15,18 gramos, que le proporcionaría unos ingresos de 70,89 euros; además se incautó un envoltorio plástico que contenía una sustancia apelmazada en polvo blanco que resultó ser cocaína (17,071 gramos) con una pureza expresada en cocaína base del 18,28%, que podría alcanzar el valor de 674,86 euros. Todas estas sustancias las tenía destinadas el acusado al tráfico ilegal de estupefacientes.

Ambos acusados era consumidores de estupefacientes(sic)".

Segundo.- La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

"Que condenamos:

Al acusado, Epifanio como autor del delito contra la salud pública descrito, con la agravante de reincidencia, a la pena de **cuatro años y seis meses de prisión**, con inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena y doscientos euros de multa, con diez días de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago

Al acusado Hilario como autor del delito contra la salud pública descrito a la pena de **tres de prisión**, con inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena y mil quinientos euros de multa, con treinta días de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago.

Se acuerda el comiso del dinero y de los efectos y sustancias intervenidas a los acusados.

Los acusados deberán de abonar, cada uno de ellos, la cuarta parte de las costas procesales(sic)".

Tercero.- Notificada la resolución a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional, así como por quebrantamiento de Forma, por **Epifanio y Hilario** , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los presentes recursos.

Cuarto.- El recurso interpuesto por Epifanio , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

- 1.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ , por vulneración del art. 24.2 de la Constitución Española que consagra el derecho al Juez Natural Predeterminado por la Ley.
- 2.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ , por vulneración del art. 18.3 de la CE que consagra el derecho al secreto de las comunicaciones.
- 3.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ , por vulneración del art. 24.1 y 2 de la Constitución Española .
- 4.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ , por vulneración del art. 24.1 y 2 de la Constitución Española .
- 5.- Al amparo del art. 849.2 de la L.E.Crim ., por existir error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos y demuestran la equivocación del juzgador.
- 6.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ , por vulneración del art. 24.1 y 2 de la Constitución Española que establecen el derecho a un procedimiento con todas las garantías.
- 7.- Al amparo del art. 849.2 de la L.E.Crim ., por existir error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos y demuestran la equivocación del juzgador.
- 8.- Al amparo del art. 849.1 de la L.E.Crim . por aplicación indebida del art. 368 del Código Penal .
- 9.- Al amparo del art. 849.1 de la L.E.Crim . por aplicación indebida del art. 368 del Código Penal .
- 10.- Al amparo del art. 849.1 de la L.E.Crim . por aplicación indebida del art. 21.6 del C. Penal .

Cuarto.- El recurso interpuesto por Hilario , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

- 1.- Infracción del derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley, que consagra el art. 24.2 CE , motivo basado en el art. 852 LECrim , en relación con el art. 5.4 LOPJ .
- 2.- Infracción del derecho al secreto de las comunicaciones, que consagra el art. 18.3 CE , motivo basado en el art. 852 LECrim , en relación con el art. 5.4 LOPJ .



- 3.- Infracción del derecho a la presunción de inocencia, que consagra el art. 24.2 CE , motivo basado en el art. 852 LECrim , en relación con el art. 5.4 LOPJ .
- 4.- Infracción del derecho a un proceso con todas las garantías, que consagra el art. 24.2 CE , motivo basado en el art. 852 LECrim , en relación con el art. 5.4 LOPJ .
- 5.- Error de hecho en la apreciación de la prueba, al amparo de lo establecido en el art. 849.2º de la LECrim .
- 6.- Error de hecho en la apreciación de la prueba, al amparo de lo establecido en el art. 849.2º de la LECrim .
- 7.- Infracción de Ley, al amparo de lo prevenido en el art. 849.1 de la LECrim , en relación con los arts. 368 y 28 del Código penal .
- 8.- Infracción de Ley, al amparo de lo prevenido en el art. 849.1 LECrim , por indebida inaplicación de art. 368.2 C.P .
- 9.- Infracción de Ley, al amparo de lo prevenido en el art. 849.1 LECrim , por indebida inaplicación de los arts. 21.2 y 21.6 del Código Penal .

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, por parte del mismo solicita la inadmisión de los recursos de casación interpuestos, o subsidiariamente su desestimación, por las razones vertidas en el escrito que obra unido a los presentes autos; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró el mismo prevenido para el día catorce de Julio de dos mil quince.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los dos recurrentes han sido condenados, por conductas independientes, como autores de un delito contra la salud pública por tráfico de drogas que causan grave daño a la salud. Epifanio , con la agravante de reincidencia, a la pena de cuatro años y seis meses de prisión y multa de 200 euros.; y Hilario a la pena de tres años de prisión y multa de 1.500 euros. Contra la sentencia interponen recurso de casación

Recurso interpuesto por Epifanio

En el primer motivo, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ , denuncia la vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, que entiende producido al inicio del procedimiento y durante su instrucción, ya que, según sostiene, resulta indudable el interés mostrado para que la instrucción de esta causa correspondiera al Juzgado nº 3 de Lugo. Argumenta que el oficio policial inicial, fechado el 21 de setiembre de 2011, se dirigió al juzgado nº 3, y aunque reconoce que estaba de guardia, dice que no se precisa cuando habrían ocurrido los hechos. El Ministerio Fiscal se opuso a la intervención telefónica, sin que el Juzgado resolviera; y el nuevo oficio, presentado varios días después, con fecha 2 de noviembre siguiente, se dirigió igualmente al mismo Juzgado, coincidiendo con un nuevo periodo de guardia.

1. El derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley exige para su efectividad que el órgano jurisdiccional haya sido creado previamente por una norma jurídica, esté investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho que motiva la actividad o proceso judicial, que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional, y que su titularidad y composición esté determinada legalmente con las debidas garantías de independencia e imparcialidad. Así lo ha señalado el Tribunal Constitucional, entre otras en la STC nº 210/2009 , en la que señaló que " *este derecho constitucional exige que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional* ".

La Jurisprudencia de esta Sala ha señalado que las discrepancias interpretativas relativas a la competencia entre órganos de la jurisdicción penal ordinaria no pueden dar lugar a la infracción del derecho constitucional al Juez predeterminado por la Ley (SSTS, entre otras, 132/01 o 1864/02 y 1980/2000, de 25 de enero), al menos en los casos en los que la interpretación de las normas que establecen la competencia no pueda considerarse manifiesta o nítidamente arbitraria (STS nº 1058/2013, de 17 de setiembre). Así lo ha entendido también el Tribunal Constitucional que, entre otras en la STC 134/2010 de 2 de diciembre , decía: " *que las cuestiones relativas a la interpretación de las normas sobre atribución de competencias a los órganos jurisdiccionales son, en principio, cuestiones de legalidad ordinaria y ajenas, por tanto, al derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, salvo que esa interpretación suponga una manipulación manifiestamente arbitraria de las reglas legales sobre atribución de competencias (por todas, STC 115/2006, de 24 de abril , FJ 9). De forma que no puede confundirse el contenido de este derecho fundamental con el derecho a que las normas sobre distribución de*



competencias entre los órganos jurisdiccionales se interpreten en un determinado sentido (entre otras, SSTC 164/2008, de 15 de diciembre, FJ 4, y 220/2009, de 21 de diciembre, FJ 3) ".

De otro lado, las normas de reparto tienen como finalidad distribuir los asuntos entre órganos jurisdiccionales previamente dotados de la misma competencia territorial, objetiva y funcional, que, aunque, pudiera, según el caso, afectar al derecho a un juez imparcial, no trasciende sin embargo al derecho al juez predeterminado por la ley.

2. En el caso, el recurrente se queja de la infracción de las normas de reparto, aunque no precisa a qué norma en concreto se refiere, ni tampoco razona en qué se aprecia la arbitrariedad que parece denunciar. En cualquier caso, el Juzgado de instrucción que instruyó la causa era en ese momento uno de los competentes territorial y objetivamente, y, además, era el juzgado de guardia en el momento en el que se presenta el oficio policial que provoca el inicio de la actuación judicial. Aunque no se hubiera resuelto acerca de la primera solicitud de intervención telefónica, nada tiene de extraño que el segundo oficio se dirigiera al mismo Juzgado, que ya disponía de antecedentes sobre el particular.

En definitiva, no se aprecia vulneración alguna del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, por lo que el motivo se desestima.

SEGUNDO.- En el segundo motivo, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ, denuncia la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas. Entiende que el auto dictado por el Juzgado de instrucción acordando las intervenciones telefónicas iniciales, de fecha 7 de noviembre de 2011, carece de justificación material. El Ministerio Fiscal ya apreció la inexistencia de indicios suficientes en el primer oficio policial y en la nueva solicitud se añaden elementos que no constituyen indicios relevantes.

1. La jurisprudencia de esta Sala sobre las intervenciones telefónicas y las exigencias que deben cumplirse para que puedan considerarse justificadas, es amplia, reiterada y bien conocida, lo que hace innecesaria una cita pormenorizada. Baste recordar la importancia que en una sociedad democrática reviste el derecho a la intimidad, especialmente frente a la actuación de los poderes públicos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la STEDH de 24 abril 1990, Caso *Kruslin contra Francia*, ya declaró que " (33). *Las escuchas y los demás procedimientos para interceptar las conversaciones telefónicas son un grave ataque a la vida privada...* ". No es, sin embargo, un derecho absoluto, y puede ser restringido temporalmente en función de la necesidad de atender a intereses que, en el caso, sean considerados prevalentes en una sociedad democrática. Así resulta del artículo 8 del CEDH, que, muy expresivamente, se refiere a medidas "necesarias". La Constitución atribuye al Juez la responsabilidad de acordar la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas y exige que lo haga a través de una resolución suficientemente fundada. Tanto en el aspecto fáctico, respecto a los indicios de comisión de un delito y de la participación del sospechoso en él, como en relación a su necesidad. Al tiempo se exige que la restricción sea proporcional al fin perseguido, y que se contraiga a hechos concretos suficientemente identificados.

Como hemos reiterado en numerosas ocasiones, uno de los elementos imprescindibles para justificar las escuchas telefónicas es la existencia de indicios objetivos de la existencia del delito y de la participación del sospechoso. En la precisión de lo que deba entenderse por indicio, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la de esta Sala han señalado que la sospecha no puede ser considerada un indicio, por más contundente que sea su expresión, ni tampoco, consecuentemente, puede serlo la afirmación de la existencia del delito y de la participación; o de su posibilidad o probabilidad. Por el contrario, lo que se exige son datos o elementos, que, desde una perspectiva racional justifiquen la sospecha.

Y ha exigido que se trate de datos objetivos, accesibles por terceros, verificables, seriamente sugestivos de la comisión del delito y de la participación del sospechoso, y que estén al alcance del Juez en el momento previo a su decisión, de modo que éste los conozca y los pueda valorar; y que se expresen de tal forma en su resolución que aquella valoración pueda luego ser controlada, en su racionalidad, por otro Tribunal.

En consecuencia no es suficiente que quien solicita la medida comunique, sobre la base de sus noticias o informaciones, que sabe o cree saber que el sospechoso ha cometido, está cometiendo, o va a cometer un delito; o que ha practicado una investigación y que exponga a continuación sus conclusiones. Por el contrario, es preciso que traslade al juez las razones de tal afirmación, o el contenido de aquella indagación en su integridad, identificando las diligencias practicadas y los datos objetivos relevantes alcanzados como su resultado, pues precisamente esos elementos son los que deben ser valorados por el Juez para decidir acerca de la consistencia de los indicios y, en consecuencia, de la necesidad y proporcionalidad de la restricción del derecho fundamental que le es solicitada. En este sentido en la STC nº 197/2009, se decía que "... el Tribunal ha considerado insuficiente la mera afirmación de la existencia de una investigación previa, sin especificar en qué consiste, ni cuál ha sido su resultado por muy provisional que éste pueda ser ...".



En definitiva, en el derecho español, el juez, en el cumplimiento de su función de protección del derecho fundamental, no puede operar simplemente sobre el valor que otorgue o la confianza que le proporcione la sospecha policial en sí misma considerada, sino sobre el significado razonable de los datos objetivos que se le aportan, valorados como indicios, obtenidos por la policía en el intento inicial de verificación de la consistencia de sus sospechas. Ello no supone que haya de prescindirse absolutamente de la experiencia policial, pero sí implica que, necesariamente, haya de ser sometida a la crítica racional por parte del Juez.

2. En el caso, la policía dirigió al Juez de instrucción un primer oficio en el que tenían conocimiento de que un grupo de personas de origen colombiano se estaban dedicando a la distribución de cocaína por la ciudad de Lugo. Que esas personas serían dos individuos identificados como Jose Ignacio y Luis Alberto, ambos colombianos, constándole al primero antecedentes policiales del año 2004, sin mayores precisiones, compartiendo ambos el mismo domicilio. Se informa que se suele ver con ellos al recurrente Epifanio, a quien le constan dos antecedentes policiales por tráfico de drogas del año 2005 y del año 2011, ambos sin ninguna precisión o aclaración añadida, el cual suele utilizar un vehículo que está a nombre de su madre. También Luis Alberto utiliza un vehículo a nombre de esa misma persona. Se señala que ninguno de los dos primeros tiene trabajo remunerado y que suelen acudir a lugares de ambiente latino. En uno de ellos, conocido como el Samba Caramba, se sospecha que se consuman sustancias estupefacientes. Se afirma que adoptan medidas de seguridad y que traerían la droga de la zona de Villagarcía de Arosa. Se solicitaba la intervención de las comunicaciones de los dos primeros.

El día 2 de noviembre siguiente, la misma unidad policial dirige nuevo oficio al Juez de instrucción, en el que reiterando lo antes informado, añade que Epifanio, también de nacionalidad colombiana, sería la persona encargada de dirigir el grupo, según todas las informaciones recibidas. Que se le ha visto introducir lo que parecían ser bebidas alcohólicas en el bar El Nido, por lo que es probable que él o alguien cercano hubieran alquilado ese local. Que ha habido varias llamadas telefónicas diciendo que podría venderse droga en ese lugar, aunque no lo han podido confirmar. Se observa a Epifanio y a Luis Alberto salir al exterior en actitud vigilante. Que el día 29 de octubre vieron como un vehículo ocupado por dos personas se detiene frente al bar y de éste sale una persona a la que no han podido identificar, que se sube al asiento trasero, circulando por dos calles y bajándose esta persona que vuelve hacia el bar. Que esta persona está habitualmente en el bar junto con Epifanio y creen que la utiliza para la venta al menudeo. Que seguido e interceptado el vehículo, intervienen a uno de sus ocupantes una papelina con una sustancia, al parecer cocaína, que dice haber adquirido poco antes en la zona de la milagrosa. Se habla de otras dos personas que podrían suministrar cocaína a Luis Alberto y a Jose Ignacio, quienes luego la distribuirían al menudeo. Que ambos carecen de trabajo remunerado a pesar de lo cual llevan un alto nivel de vida, realizando numerosos gastos en establecimientos de ocio y vistiendo ropa y objetos de marca, etc.. Se menciona una pelea en el establecimiento antes mencionado, Samba Caramba, que sospechan que pudiera estar motivada por asuntos de drogas, pues en dicho local han sido intervenidas drogas en varias ocasiones. Las informaciones recibidas, se dice, señalarían que la sustancia estupefaciente podría ser facilitada por Epifanio, Luis Alberto y Jose Ignacio, que acuden frecuentemente a dicho local de copas.

La policía solicita la intervención de las comunicaciones telefónicas de los tres mencionados y mediante auto de 7 de noviembre es acordada por el Juez, que se limita, citando doctrina jurisprudencial sobre la materia, a recoger los datos contenidos en los oficios policiales.

3. De lo hasta ahora mencionado se desprende que en los oficios policiales se contiene la sospecha de que las personas que se citan se están dedicando al tráfico de drogas. Tal sospecha se basa policialmente en varios datos. En primer lugar, en sus antecedentes policiales, respecto de los cuales, sin embargo, nada más se dice, lo que impide relacionarlos con los hechos que se supone que están ocurriendo y que se pretende investigar. Que acuden a lugares de ambiente latino, lo que no resulta extraño si se tiene en cuenta que se trata de personas de nacionalidad colombiana que, lógicamente, pueden buscar ambientes donde encuentren a personas de su nacionalidad o cercana a ella. Que en uno de esos locales, conocido como Samba Caramba, se consumen drogas y se han producido peleas que sospechan tengan que ver con el tráfico de dichas sustancias, pero no se aporta ningún dato que avale mínimamente esa afirmación, ni tampoco que ponga de relieve, aun cuando fuera nivel de indicio, la relación de los sospechosos con el tráfico o con el favorecimiento del consumo de drogas. Que se sospecha que Epifanio es quien dirige el grupo de traficantes, pero tal afirmación solo se basa en unas indeterminadas "noticias recibidas", sin que tampoco se precise su origen ni tampoco qué actuaciones se han realizado para obtener una mínima corroboración de aquellas y el resultado de las mismas. Igualmente se hace referencia a la presencia de Epifanio en el bar El Nido, para deducir del hecho de haberlo visto introduciendo lo que parecían bebidas alcohólicas, que habría alquilado el local, lo cual no ha sido comprobado. Se menciona que sobre ese local se habían recibido llamadas que hablaban de ventas de droga, pero, al tiempo que omite la referencia al origen concreto, posiblemente por ser desconocido, aclara que es una información que no se ha podido confirmar, lo que la reduce a la mera opinión de un confidente.



Se describe una conducta de una persona, que dicen que está frecuentemente en el bar, el cual entra por poco tiempo en un vehículo que se detiene frente al establecimiento y a cuyos ocupantes se interviene poco después una papelina con una sustancia que parece ser cocaína, pero además de que tal cosa no se confirma, esa persona no ha sido identificada, se desconoce su relación con los sospechosos y no se aportan elementos que indiquen de alguna forma que esa conducta, que, por otra parte, aparece como aislada, se ejecutó por encargo o bajo la dependencia de los sospechosos. Finalmente, se señala que carecen de trabajo remunerado, que llevan un alto nivel de vida y que adoptan medidas de seguridad, aspectos que, por su indeterminación y su imposible comprobación objetiva, han sido considerados insuficientes por sí solos en numerosas ocasiones por la jurisprudencia.

En definitiva, aunque se afirma la existencia de una sospecha policial, que como tal puede ser legítima, de lo expuesto resulta que se basa solo en impresiones obtenidas de fuentes de información que se desconocen, y cuyo contenido no ha podido ser verificado, aun a nivel indiciario, en ningún caso. Las informaciones confidenciales, como reiteradamente hemos señalado, son útiles para iniciar una investigación, pero si no son corroboradas o confirmadas por otros medios, no son suficientes para justificar la restricción de un derecho fundamental.

Por otro lado, la conducta de los sospechosos no ha podido ser vinculada de ninguna forma a actos concretos que por su valor objetivo pongan de relieve una probable relación con el tráfico de drogas, pues no es suficiente a esos efectos el hecho de acudir a lugares donde se consume, pues es perfectamente posible que lo hagan precisamente en esa condición o por cualquier otra razón no relacionada con actos delictivos.

En consecuencia, los datos utilizados como base para acordar la intervención telefónica no superan las meras hipótesis subjetivas, por lo que han de reputarse notoriamente insuficientes para justificar la restricción del derecho fundamental afectado en tanto que no resultan seriamente sugestivos de la existencia de una conducta delictiva grave por parte de los sospechosos.

Por todo ello, el motivo se estima. Consecuentemente (artículo 11.1 de la LOPJ), no resulta posible la valoración de ninguna de las pruebas directamente obtenidas a partir de la diligencia de escucha telefónica realizada con vulneración del referido derecho fundamental, y dado que en el caso todas las pruebas tienen el mencionado origen, con la condena resulta vulnerado igualmente el derecho a la presunción de inocencia, lo que determinará la absolución del recurrente.

No es preciso el examen de los demás motivos de su recurso.

Recurso interpuesto por Hilario

TERCERO.- En el segundo motivo denuncia la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas.

El motivo es sustancialmente coincidente con el segundo del anterior recurrente por lo que debe ser igualmente estimado, con las mismas consecuencias.

No es preciso el examen de los demás motivos del recurso.

III. FALLO

Que debemos **DECLARAR y DECLARAMOS HABER LUGAR** al recurso de Casación por infracción de Ley y de Precepto Constitucional, así como por quebrantamiento de Forma, interpuesto por las representaciones de **Epifanio y Hilario** , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Lugo (Sección Segunda), con fecha cinco de Diciembre de dos mil catorce , en causa seguida contra los mismos, casando la Sentencia de la Audiencia Provincial y procediendo a dictar segunda sentencia conforme a Derecho. Con declaración de oficio de las costas procesales.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Candido Conde-Pumpido Tourn Julian Sanchez Melgar **Miguel Colmenero Menendez de Luarca** Francisco Monterde Ferrer Ana Maria Ferrer Garcia

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Julio de dos mil quince.

El Juzgado de Instrucción número 3 de los de Lugo instruyó procedimiento Abreviado nº 278/2013, por delito contra la salud pública, contra Epifanio , alias "J" y "el tigre", con NIE NUM004 , nacido en Bucaramanga,



(Colombia), el NUM005 de 1983, hijo de Onesimo y Eva María , con domicilio en CALLE000 n° NUM001 , NUM006 de Lugo y Hilario , con NIE NUM007 , nacido en Cali Valle, (Colombia) el NUM008 de 1986, hijo de Teodulfo y Carla , con domicilio en CALLE002 , n° NUM003 - NUM002 de Lugo; y una vez decretada la apertura del Juicio Oral, lo remitió a la Audiencia Provincial de Lugo (Sección Segunda, rollo de sala 28/2014) que, con fecha cinco de Diciembre de dos mil catorce dictó Sentencia condenando al acusado, Epifanio como autor del delito contra la salud pública descrito, con la agravante de reincidencia, a la pena de cuatro años y seis meses de prisión, con inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena y doscientos euros de multa, con diez días de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago.- Al acusado Hilario como autor del delito contra la salud pública descrito a la pena de tres de prisión, con inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena y mil quinientos euros de multa, con treinta días de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago.- Se acuerda el comiso del dinero y de los efectos y sustancias intervenidas a los acusados.- Los acusados deberán de abonar, cada uno de ellos, la cuarta parte de las costas procesales.- Sentencia que fue recurrida en casación ante esta Sala Segunda del Tribunal Supremo por la representación legal del acusado y que ha sido **CASADA Y ANULADA**, por lo que los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca, proceden a dictar esta Segunda Sentencia con arreglo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

Único.- Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la sentencia de instancia parcialmente rescindida en cuanto no estén afectados por esta resolución.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Por las razones expuestas en nuestra sentencia de casación procede acordar la absolución de los acusados Epifanio y por Hilario .

III. FALLO

DEBEMOS ABSOLVER y ABSOLVEMOS a los acusados Epifanio y Hilario del delito contra la salud pública, debiendo dejarse sin efecto cuantas medidas se hubieran acordado contra ellos.

Se declaran de oficio las costas de la instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Candido Conde-Pumpido Touron Julian Sanchez Melgar Miguel Colmenero Menendez de Luarca Francisco Monterde Ferrer Ana Maria Ferrer Garcia

PUBLICACIÓN .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.