

Roj: **STS 217/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:217**Id Cendoj: **28079120012014100020**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **30/01/2014**Nº de Recurso: **824/2013**Nº de Resolución: **16/2014**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Enero de dos mil catorce.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, e infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por **Fructuoso Gonzalo**, contra sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Tercera, que condenó al acusado como autor penalmente responsable de un delito de cohecho; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal,, y dicho recurrente representado por la Procuradora Sra. Marta López Barreda..

## I. ANTECEDENTES

**Primero.-** El Juzgado Central de Instrucción número 1 de Madrid, instruyó sumario con el número 26 de 2009, contra Fructuoso Gonzalo y otros, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 3.ª, con fecha 30 de octubre de 2010, dictó sentencia, que contiene los siguientes:

*HECHOS PROBADOS: Primero. Relativos a la actuación policial.*

*A) En la ya mencionada solicitud policial de 30/Agosto/07 dirigida al Juzgado Central de Instrucción en funciones de guardia se interesó, por razón de encontrarse los tradicionales medios de investigación totalmente agotados", autorización judicial para la intervención, escucha y grabación de diversas líneas telefónicas correspondientes a números utilizados por un tal Ruperto Aurelio (" Pelosblancos "), persona domiciliada en Madrid y de quien se afirmaba su calidad de miembro de una importante organización integrada por ciudadanos españoles y sudamericanos con la finalidad de introducir en España importantes cantidades de cocaína en contenedores frigoríficos desde Venezuela y utilizando como destino el puerto de Algeciras, donde contaban con colaboradores. Asimismo, se utilizarían buques de gran calado para transportar la droga, con destino final en un puerto español o en un punto del Océano Atlántico al que acudirían para el trasvase lanchas rápidas de narcotraficantes gallegos.*

*Tal organización era encabezada por el colombiano Teodosio Jose " Mantecas " calificado como conocido narcotraficante, quien cuenta en España con dicho Ruperto Aurelio, a su vez en contacto con "narcotransportistas" gallegos Adriano Leonardo, Leon Dario y Romeo Hernan.*

*En dicho oficio se consigna el resultado de dos seguimientos: uno a Adriano Leonardo; el día 9/Mayo/07 en que; junto con otra persona, se reúnen durante una hora en un restaurante de la localidad de Cuntis (Pontevedra) con cuatro individuos -tres de ellos de aspecto sudamericano y uno de ellos el tal Ruperto Aurelio-, marchando luego este último a Pontevedra en compañía de los otros dos sudamericanos, otro, a Ruperto Aurelio, el día 7/ Agosto/07, en que se reúne en una gasolinera de Madrid con un individuo colombiano conocido como Damaso Herminio, precedentemente investigado por la policía española por su relación con el tráfico de estupefacientes, desplazándose ambos al aeropuerto de Barajas, que abandonan al cabo de media hora, dirigiéndose al barrio de Sanchinarro, permaneciendo otra media hora en un restaurante, separándose luego.*



Las líneas telefónicas para cuya intervención se solicita autorización judicial son las correspondientes a los números NUM000 , NUM001 y NUM002 , utilizados por Ruperto Aurelio , quien fue observado por funcionarios policiales cuando contestó a "llamadas de control" realizadas.

En dicha primera solicitud se hace constar que el conocimiento de la existencia de la mencionada organización delictiva es fruto de la "colaboración internacional en el marco de la lucha contra el narcotráfico

La referida solicitud policial fue atendida mediante Auto dictado el 5/Sept./07 por el Juzgado Central de Instrucción N° Uno, autorizándose las antedichas intervenciones y expidiéndose en la misma fecha las pertinentes comunicaciones a las correspondientes empresas de telefonía ("Happy Móvil" y "Vodafone"), resolución que se sustenta en que mediante las intervenciones telefónicas solicitadas pueden descubrirse hechos y circunstancias de interés sobre la comisión de un delito de tráfico de drogas, en que pudiera estar implicado ( Ruperto Aurelio ).

A partir de esa autorización inicial, la investigación emprendida determinó nuevas solicitudes policiales y autorizaciones judiciales para muy numerosas nuevas intervenciones telefónicas, prórrogas y ceses de las mismas.

B) Con fecha 28/Mayo/08 la Dirección Adjunta de Vigilancia Aduanera remitió al Juzgado Central de Instrucción n° Seis comunicación interesando autorización para la Intervención de la línea correspondiente al teléfono móvil n° NUM003 , utilizado por un tal " Pesetero " , miembro de una organización delictiva radicada en España, así como para la entrega controlada de determinada cantidad de cocaína con destino a las islas Canarias, y para la intervención de agentes encubiertos de la "Drug Enforcement Administration" (DEA) que habían contactado con la organización suministradora de la droga, dictando dicho Juzgado Auto de 29/Mayo/08, dictándose otros de 30/Mayo y 4 y 11/Junio/08 autorizando la intervención de los teléfonos NUM004 , NUM005 y NUM006 , con los que comunicaba " Pesetero " , y NUM007 , Utilizado por el mismo. En Auto de 10/Junio/08 se autorizó la entrega controlada y la actuación de los agentes encubiertos, tal como se interesaba en la precitada comunicación policial, finalizando la investigación con la detención de Ramon Roque y Lorenzo Baldomero , como antes se dijo.

Segundo.- Relativo a las .conductas enjuiciadas con la imputación del delito contra la salud pública.

Sobre las 21:15, horas del día 114/Junio/08 funcionarios del servicio de Vigilancia Aduanera en Las Palmas de Gran Canaria se hicieron cargo en el aeropuerto de Gando de 25 bultos que contenían unos 500,63 kgs de cocaína con una pureza del 44,57% y un valor de mercado de 26.346.933,79 E, sustancia estupefaciente llegada a dicho aeropuerto en un avión de la unidad policial "Drug Enforcement Agency" (DEA) el día precitado. Tal mercancía fue trasladada, debidamente custodiada por funcionarios españoles, a las dependencias del precitado Servicio en Las Palmas, quedando precitada y cerrada en una habitación. asimismo custodiada. En la mencionada aeronave viajaron los agentes encubiertos de la DEA " Chispas " , " Cojo " y " Bucanero " .

El día 18/Junio/08 fue trasladada la cocaína al aparcamiento del Centro comercial "Las Arenas", de dicha ciudad, en el interior de una furgoneta conducida por un agente" de la DEA, quien se encontró allí con el acusado fallecido Ramon Roque . Tras entregar Ramon Roque 20.000 € al mencionado agente a cambio de la droga, fue detenido junto con el acusado Lorenzo Baldomero , encargado de la conducción posterior de la furgoneta con destino no acreditado.

Tercero.- Relativos a las conductas enjuiciadas con la imputación del delito de cohecho a! acusado Fructuoso Gonzalo .

A partir del mes de Enero/08 el acusado Fructuoso Gonzalo , funcionario del Cuerpo Nacional de Policía integrado en la Unidad UDYCO Central, con destino en Galicia, contactó mediante mensajes telefónicos SMS desde el teléfono móvil n° NUM008 y de correo electrónico desde su dirección DIRECCION000 , con los acusados Domingo Ruperto y C Ildefonso Nazario ( DIRECCION001 ), ofreciéndose como colaborador partícipe en alguna operación de tráfico de estupefacientes que decía saber proyectada por dichos dos coacusados -entre otras personas- y a la sazón investigada por la unidad policial precitada, exigiendo amenazadoramente a dicho Ildefonso Nazario una compensación económica como contravalor de la información que podía proporcionar -y que efectivamente proporcionó- acerca del estado de las investigaciones policiales información de la que disponía por razón de su oficio, si bien tal oficio policial del acusado fue largamente desconocido por los mencionados receptores de la oferta.

La dirección "IP" desde la que Fructuoso Gonzalo se conectaba a Internet era la NUM009 , habiéndose creado la cuenta a nornbre ficticio de " Hugo Fructuoso " domiciliado en Ciudad Real, estableciéndose las conexiones mediante correo electrónico desde un "cibercafe" sito en Pontevedra.



Atendiendo a tal solicitud dinerada del acusado -que en un principio fue de 300.000 E- el también acusado Domingo Ruperto , conocedor de la situación por haberle informado Ildefonso Nazario , le entregó 30.000€ en única ocasión en fecha 22/Feb/08 en el Polígono O CEAO de Lugo, al que Fructuoso Gonzalo llegó en el vehículo "Volkswagen Polo' con matrícula ....-XCW previamente alquilado por el mismo en nombre propio a "Europcar" en la estación de ferrocarril de Pontevedra sobre las 16:35 horas del día 22/Feb /08, habiendo dejado Domingo Ruperto , siguiendo las instrucciones de Fructuoso Gonzalo , un sobre con dicha cantidad de dinero en el vehículo de su propiedad, sobre que fue luego recogido por Fructuoso Gonzalo , en tanto Domingo Ruperto deambulaba por las inmediaciones tratando de localizar e identificar al primero, a quien únicamente conocía como el "invisible" localización que consiguió, anotando los datos del antedicho "Volkswagen Polo".

Cuarto. Relativos a las conductas enjuiciadas con la imputación delito de falsedad al acusado Ildefonso Nazario .

Con ocasión de la detención de dicho acusado el día 8/Julio/08, el mismo dijo ser " Serafin Iñigo ", mostrando a tal efecto dos documentos de identidad españoles un pasaporte N° NUM010 y un DNI NUM011 , a dicho nombre, manipulados con alteración de los originales y colocación de la fotografía del acusado.

Quinto - No resultan probados los restantes hechos imputados a los acusados por el Ministerio Fiscal.

**Segundo.-** La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

FALLAMOS: 1) Debemos absolver y absolvemos a los acusados Ildefonso Nazario , Emiliano Bernardino , Tania Zulima , Felicísima Sonsoles , Ovidio Herminio , Octavio Segundo , Saturnino Higinio , Alfredo Paulino , Avelino Javier , Domingo Ruperto , Landelino Valeriano , Celestino Ignacio , Lorenzo Baldomero , Gines Baldomero , Valentin Gines , Gines Valeriano , Felix Landelino , Secundino Sixto y Fructuoso Gonzalo de los delitos contra la salud pública respectivamente imputados por el Ministerio Fiscal, con los demás pronunciamientos favorables a tal absolución, declarando de oficio el pago de las costas causadas por los mismos.

2) Debemos condenar y condenamos a Fructuoso Gonzalo , en calidad de autor responsable del delito de cohecho precedentemente descrito, a las penas de cuatro años de prisión, multa de 45.000 €, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de nueve años y seis meses, así como al pago de las costas causadas por ratón del delito referido.

3) Debemos condenar y condenamos a Ildefonso Nazario , en calidad de autor responsable del de falsedad en documento oficial precedentemente descrito, a las penas de prisión de un año y diez meses, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena y multa de nueve meses con una cuota diaria de cinco E con aplicación de lo dispuesto en el Art. 53.1 del CP para caso de impago, así como al pago de las costas causadas por razón del delito referido.

Se decreta el comiso y: destrucción de la totalidad de la droga ocupada en las presentes actuaciones, así como la destrucción de los documentos de identidad falsos hallados en poder de Ildefonso Nazario .

A los dos condena les será de abono el tiempo que hayan esta do privados provisionalmente de libertad por esta causa desde la fecha de su detención, siempre que no les haya sido ya abonado, lo que se certificará en fase ejecutoria.

Se acuerda el levantamiento de cualesquiera medidas cautelares reales o personales precedentemente adoptadas respecto de los acusados que han resultado absueltos de las conductas delictivas de las que venían siendo acusados por el Ministerio Fiscal procediéndose a la devolución a los mismos del importe de las fianzas carcelarias y de los vehículos, dinero, objetos y efectos que respectivamente se intervinieron a los mismos por razón de los hechos enjuiciados.

**Tercero.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, por Fructuoso Gonzalo que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**Cuarto.-** La representación del recurrente, basa su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACION.

**PRIMERO .-** Al amparo del art. 5.4 LOPJ . y art. 852 LECrim . por vulneración de los arts. 18.3 , 24.1 y 2 CE .

**SEGUNDO .-** Al amparo del art. 5.4 LOPJ . y art. 852 LECrim , por vulneración del art. 11.1 LOPJ , en relación con los arts. 18.3 , 24.1 y 2 CE .

**TERCERO .-** Al amparo del art. 849.1 LECrim , por aplicación indebida del art. 419, infracción e inaplicación indebida del art. 21.6 y 7 en relación con el art. 66.1.2 CP , e infracción del art. 66 CP .

**CUARTO .-** Al amparo del art. 849.2 LECrim .



**Quinto.-** Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y solicitó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación del mismo por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

**Sexto.-** Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día dieciséis de enero de dos mil catorce.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO: El motivo primero por infracción de Ley por vía casacional del art. 5.4 LOPJ , y del art. 852 LECrim , por vulneración de los arts. 18.3 , 24.1 y 2 CE , que garantizan el derecho a la tutela judicial efectiva, a un procedimiento publico con todas las garantías sin indefensión, el derecho a la presunción de inocencia y el derecho al secreto de las comunicaciones.**

Dos son los puntos que, según el recurrente, tienen autonomía y suficiencia cada uno, para aparejar la estimación del motivo.

1.- Ausencia de prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia en relación a la condena del recurrente por delito de cohecho del art. 419 CP .

2.- Concurrencia de conexión de antijuricidad respecto de la imputación y condena por dicho delito derivada de las previas y causales nulidades concurrentes (siendo estas diversas, dimanantes tanto de la vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones como de las incomparecencias en plenario de los agentes de la DEA y por ende de la absolución general por el delito contra la salud pública). Segunda cuestión que el recurrente remite al siguiente motivo casacional.

-En relación a la primera cuestión es necesario partir de que es doctrina jurisprudencial reiterada, STS. 480/2012, de 29-5 , 1236/2011, de 22-11 ; 371/2011 de 19-5 ; 285/2011, de 5-3 ; 383/2010 de 5.5 , 84/2010 de 18.2 , 14/2010 de 28.1 y 1322/2009 de 30.12 , entre las más recientes, la que establece, que nuestro sistema casacional *no queda limitado al análisis de cuestiones jurídicas y formales* y a la revisión de las pruebas por el restringido cauce que ofrece el art. 849.2 LECrim . pues como señala la STC. 136/2006 de 8.5 ; en virtud del art. 852 LECrim , el recurso de casación puede interponerse, en todo caso, fundándose en la infracción de un precepto constitucional, *de modo que a través de la invocación del 24.2 CE (fundamentalmente, en cuanto se refiere al derecho a la presunción de inocencia ) , es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas (por todas STC. 60/2008 de 26.5 )*.

Por ello a través de un motivo de casación basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia, se puede cuestionar no solo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia haya deducido de su contenido. Por tanto el acusado tiene abierta una vía que permite a este Tribunal Supremo *"la revisión íntegra" entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad*, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba ( SSTC. 70/2002 de 3.4 y 116/2006 de 29.4 ).

Como hemos explicitado en numerosas resoluciones de esta Sala, por ejemplo SS. 1126/2006 de 15.12 , 742/2007 de 26.9 y 52/2008 de 5.2 *cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a éste solo corresponde esa función valorativa, pero si puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal "a quo" contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y sus correctas condiciones de oralidad, publicidad, intermediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de su raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales , que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia ( STS. 1125/2001 de 12.7 )*.

Así pues, al Tribunal de casación le corresponde comprobar que el Tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de intermediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora





de la condena impuesta en la instancia obliga al Tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional a la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo ( STS. 299/2004 de 4.3 ). Esta estructura racional del discurso valorativo si puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias ( art. 9.1 CE ), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur" ( STS. 1030/2006 de 25.10 ).

Doctrina esta que ha sido recogida en la STC. 123/2006 de 24.4 , que recuerda en cuanto al derecho de presunción de inocencia, art. 24.2 CE . que "se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo validas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos.

En definitiva, el ámbito de conocimiento de esta Sala de casación cuando se alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia queda delimitado por estos tres aspectos:

- a) La comprobación de si el juzgador de instancia contó con suficiente prueba de cargo, aunque fuese mínima para dictar un fallo condenatorio. Ello integra la afirmación de que la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión concretada en la pretensión penal, corresponde exclusivamente a la parte acusadora, sin que le sea exigible a la defensa una *probatio* diabólica de los hechos negativos.
- b) La comprobación de que tales pruebas se han obtenido sin violar los derechos fundamentales, lo que las haría inválidas a los efectos probatorios, debiendo estar incorporadas dichas pruebas con respeto a los principios de inmediación y contradicción.
- c) Constatación de la racionalidad de las declaraciones y conclusiones alcanzadas por la Sala sentenciadora, lo que es de mayor importancia en los supuestos de prueba indiciaria.

En efecto, a falta de prueba directa, hemos dicho en STS. 391/2010 de 6.5 , que, también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento de condena sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que:

- 1) El hecho o los hechos bases (o indicios) han de estar plenamente probados.
- 2) Los hechos constitutivos del delito o la participación del acusado en el mismo, deben deducirse precisamente de estos hechos bases completamente probados.
- 3) Para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia.
- 4) Y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, en palabras de la Sentencia del Tribunal Constitucional 169/1989, de 16 de octubre , (FJ. 2) "en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes" ( SSTC 220/1998 , 124/2001 , 300/2005 , y 111/2008 ). El control de constitucionalidad de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o coherencia (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él), como desde **su suficiencia o calidad concluyente** (no siendo, pues, razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa), si bien en este último caso se debe ser especialmente prudente, puesto que son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio. Por ello se afirma que sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada' ( STC 229/2003 de 18.12 , FJ. 24).



En este sentido las sentencias del Tribunal Constitucional 189/1998 y 204/2007 , partiendo en que además de los supuestos de inferencias ilógicas o inconsecuentes, deben considerarse asimismo insuficientes las inferencias no concluyentes, incapaces también de convencer objetivamente de la razonabilidad de la plena convicción judicial, ha señalado que un mayor riesgo de una debilidad de este tipo en el razonamiento judicial se produce en el ámbito de la denominada prueba de indicios que es la caracterizada por el hecho de que su objeto no es directamente el objeto final de la prueba, sino otro intermedio que permite llegar a éste a través de una regla de experiencia fundada en que usualmente la realización del hecho base comporta la de la consecuencia. En el análisis de la razonabilidad de esa regla que relaciona los indicios y el hecho probados hemos de precisar ahora que solo podemos considerarla insuficiente desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia, si a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado o desde una perspectiva externa y objetiva que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos... no cabrá estimar como razonable bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente ("más allá de toda duda razonable"), bien la convicción en si ( SSTC. 145/2003 de 6.6 , 70/2007 de 16.4 ).

**SEGUNDO:** Expuestas estas consideraciones previas el motivo parte en que tanto la sentencia inicialmente dictada el 25.4.2011 -casada- como la ahora impugnada el 30.10.2012, en su fundamento de derecho segundo para considerar enervada la presunción de inocencia tiene en cuenta básicamente las declaraciones prestadas en sede policial por dos de los inicialmente detenidos Ildelfonso Nazario (" Sordo ") y Domingo Ruperto (" Gallina "), y luego en el plenario (a todas las cuales considera formalmente validas), en virtud de las cuales, según la propia sentencia, huelgaría ya siquiera plantearse la concurrencia de nulidades precedentes y/o concurrentes en la instrucción -incluidas las derivadas de las intervenciones telefónicas practicadas, ni ninguna otra-, declaraciones aquellas que, según ambas sentencias- la casada y la ahora dictada- se encontrarían corroboradas principalmente por las comunicaciones obrantes en autos respecto de los correos electrónicos intercambiados entre las cuentas de correo atribuida a Sordo DIRECCION001 y el nominado " Chipiron " -cuya identidad y autoría se atribuye finalmente al recurrente Fructuoso Gonzalo DIRECCION000 amén de otras supuestas comunicaciones vía SMS con Domingo Ruperto (" Gallina ").

1º.- En cuanto a las declaraciones de " Sordo y Gallina " es necesario precisar que el hecho de que pueden derivarse para los mismos beneficios penológicos por la delación, ha de ser tomado en consideración, pero no necesariamente puede llevar a negar valor probatorio a su declaración como coimputados.

Este dato puede empañar su fiabilidad, pero si no basta para explicarlas y pese a ello, se rebelan como convincentes y capaces de generar certeza, pueden servir para dictar una sentencia condenatoria. La posibilidad de beneficios penológicos no es suficiente por sí sola para negar virtualidad probatoria a las declaraciones del coimputado. Solo será así cuando de ahí quepa inferir racionalmente una falta de credibilidad. El Tribunal Constitucional ha afirmado que el testimonio obtenido mediante promesa de reducción de pena no comporta una desnaturalización del testimonio que suponga en si una lesión de derecho fundamental alguno ( AATC 1/89 de 13.1 , 899/13 de 13.12 ). Igualmente esta Sala Segunda del Tribunal Supremo ha expresado que la búsqueda de un trato de favor no excluye el valor de las declaraciones del coimputado, aunque en estos casos exista una mayor obligación de graduar la credibilidad ( SSTS 29.10 ., 90, 28.5.91 , 14.2.95 , 23.6.98 , 3.3.2000 ). La Decisión de inadmisión del TEDH de 25 de mayo de 2004, caso CORNEILS v. Holanda abunda en esas ideas: se rechaza la demanda del condenado por pertenecer a una organización dedicada al tráfico de drogas, condena que se basaba en las declaraciones de otro integrante de la organización que había llegado a un pacto de inmunidad con el Fiscal. En la medida en que el demandante pudo contradecir esas pruebas y cuestionar su fiabilidad y credibilidad, aunque no llegase a tener acceso a todas las conversaciones entre el procurador y el testigo inmune, no habría afectación de ninguno de los preceptos del Convenio.

En efecto, a jurisprudencia ha establecido con reiteración ( SSTS.60/2012k de 8-2 , 84/2010 de 18.2 , 1290/2009 de 23.12 , 1142/2009 de 24.11 ) que las declaraciones de coimputados son pruebas de cargo válidas para enervar la presunción de inocencia, pues se trata de declaraciones emitidas por quienes han *tenido un conocimiento extraprocesal* de los hechos imputados, sin que su participación en ellos suponga necesariamente la invalidez de su testimonio, aunque sea un dato a valorar al determinar su credibilidad (Cfr. STC 68/2002, de 21 de marzo y STS nº 1330/2002, de 16 de julio , entre otras). Sin embargo, ambos Tribunales han llamado la atención acerca de la especial cautela que debe presidir la valoración de tales declaraciones a causa de la posición que el coimputado ocupa en el proceso, *en el que no comparece como testigo, obligado como tal a decir la verdad* y conminado con la pena correspondiente al delito de falso testimonio, sino como acusado y por ello asistido de los derechos a no declarar en su contra y a no reconocerse como culpable, por lo cual no está obligado legalmente a decir verdad, pudiendo callar total o parcialmente.



En orden a superar las reticencias que se derivan de esa especial posición del coimputado, la doctrina de esta Sala ha establecido una serie de parámetros o pautas de valoración, referidas a la comprobación, a cargo del Tribunal de instancia, de la inexistencia de motivos espurios que pudieran privar de credibilidad a tales declaraciones, como la existencia de razones de enemistad o enfrentamiento, odio o venganza, afán de autoexculpación u otras similares. A estos efectos, han de valorarse, de existir, las relaciones existentes entre quien acusa y quien es acusado.

En el examen de las características de la declaración del coimputado el Tribunal Constitucional ha afirmado que "la declaración inculpativa del coimputado carece de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo única, no resulta mínimamente corroborada por otras pruebas", lo que ha sido matizado en otras sentencias ( STC 115/1998 , 68/2001, de 17 de marzo y la antes citada STC 68/2002 ) en el sentido de que "el umbral que da paso al campo de libre valoración judicial de la prueba practicada está conformado en este tipo de supuestos por la adición a las declaraciones del coimputado de algún dato que corrobore mínimamente su contenido. Antes de ese mínimo no puede hablarse de base probatoria suficiente o de inferencia suficientemente sólida o consistente desde la perspectiva constitucional que demarca la presunción de inocencia".

No ha definido el Tribunal Constitucional lo que haya de entenderse por corroboración, "más allá de la idea de que la veracidad de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún dato, hecho o circunstancia externa, debiendo dejar la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no al análisis caso por caso" ( STC nº 68/2002, de 21 de marzo ). Lo que el Tribunal Constitucional ha exigido, como recuerda la STC 68/2001 , es que "la declaración quede «mínimamente corroborada» ( SSTC 153/1997 y 49/1998 ) o que se añada a las declaraciones del coimputado «algún dato que corrobore mínimamente su contenido» ( STC 115/1998 ), dejando, como no puede ser de otro modo, a la casuística la determinación de lo que deba ser entendido por corroboración", ( SSTC. 118/2004 de 12.7 , 190/2003 de 27.10 , 65/2003 de 7.4 , SSTCS. 14.10.2002 , 13.12.2002 , 30.5.2003 , 12.9.2003 , 30.5.2003 , 12.9.2003 , 29.12.2004 ).

En este sentido las sentencias Tribunal Constitucional 102/2008 de 28.7, FJ. 3 y 91/2008 de 21.7 , FJ. 3, recuerdan que este Tribunal viene declarando por lo que hace a la invocada vulneración del derecho a la presunción de inocencia, que "la declaración de un coimputado es una prueba "sospechosa" en la medida en que el acusado, a diferencia del testigo, no sólo no tiene obligación de decir la verdad, de modo que no puede convertirse en el único fundamento de una condena penal ( STC 17/2004, de 23 de febrero , FJ 3). En sentencias recientes, resumiendo nuestra doctrina al respecto, hemos afirmado que "las declaraciones de los coimputados carecen de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo únicas, no resultan mínimamente corroboradas por otras pruebas. Las reglas de corroboración se concreta, por una parte, en *que no ha de ser plena* , sino mínima, y, por otra, en *que no cabe establecer que ha de entenderse por corroboración* en términos generales, más allá de que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, debiendo dejarse el análisis caso por caso la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no. Igualmente hemos afirmado que *los diferentes elementos de credibilidad objetiva de la declaración* -como pueden ser la inexistencia de animadversión, el mantenimiento o no de su declaración o su coherencia interna- *carecen de relevancia como factores de corroboración*, siendo necesario que existan datos externos a la versión del coimputado que la corroboren, no en cualquier punto, *sino en relación con la participación del recurrente* en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados. Por último este Tribunal también ha declarado que la declaración de un coimputado no puede entenderse corroborada, a estos efectos, por la declaración de otro coimputado y que los elementos cuyo carácter corroborador ha de ser valorada por este son exclusivamente los que aparezcan expresados en las resoluciones judiciales impugnadas como Fundamentos probatorios de la condena (por todas, SSTC. 230/2007 de 5.10 FJ. 3º y 34/2006 de 13.2 ),, teniendo en cuenta en primer lugar, que la exigencia de que la declaración inculpativa del coimputado cuente con un elemento externo de corroboración mínima *no implica la existencia de una prueba directa o indiciaria sobre la participación del condenado* en los hechos que se le imputan sino, más limitadamente, *una prueba sobre la veracidad objetiva* de la declaración del coimputado respecto de la concreta participación del condenado ( STC. 57/2009 de 9.3 ); y en segundo lugar, que son los órganos de instancia los que gozan de la inmediación y de un contacto directo con los medios de prueba, en el presente caso, y desde la posición que ocupa este tribunal, debe concluirse que los concretos elementos de corroboración referidos en la sentencia impugnada cumplen con las exigencias constitucionales para superar los mínimos necesarios que doten de suficiencia a la declaración del coimputado para enervar la presunción de inocencia del recurrente. En efecto, si bien, como ya se ha señalado, no cabe considerar elementos de corroboración mínima la inexistencia de contradicciones o de enemistad manifiesta, el Tribunal Constitucional ya ha reiterado que la existencia de una coincidencia entre lo declarado por un coimputado y las circunstancias del condenado atinentes a su conducta delictiva, "configuran una realidad externa e independiente a la propia declaración del coimputado que la avalan" (así, SSTC. 233/2002 de 9.12 , ó 92/2008 de 21.7 ).



2º.- En SSTs 1238/2009, de 11-12 y 1080/2006, de 2-11, 125/2012 de 29.2, 383/2010 de 5.5, hemos dicho que la vigencia efectiva del principio de contradicción tiene directa relación con el derecho a un proceso equitativo, o a un proceso con todas las garantías en términos del art. 24.2 CE. El debate contradictorio sobre las pruebas permite a las partes intervenir activamente en la práctica, y en lo que se refiere concretamente a la defensa le facilita la oportunidad de actuar poniendo de relieve los aspectos que a un juicio anulan, alteran o debilitan su valor probatorio, lo que contribuye a su valoración por parte del tribunal. Cuando se trata de pruebas personales, tal principio se manifiesta en el derecho a interrogar o ha de interrogar a quienes declaran en contra del acusado, derecho expresamente reconocido en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales y de las Libertades Públicas. Por lo tanto como regla, la privación del ejercicio de este derecho tiene que estar especialmente justificada. Y además, aún así habrían de reconocerse algunas consecuencias.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, s. 14-12-99, caso A. M contra Italia, ha entendido que los medios de prueba deben ser presentados, en principio, ante el acusado en audiencia pública para un debate contradictorio y que aunque tal principio tiene excepciones "solo podrían ser aceptadas con la salvaguarda de los derechos de la defensa"; por regla general, los apartados 1 y 3 d, del art. 6 obligan a conceder al acusado una ocasión adecuada y suficiente para rebatir el testimonio presentado en su contra y haber de interrogar a su autor en el momento de la declaración o más tarde (sentencias Van Mechelen y otros y Sindi contra Suiza de 15.6.92). En concreto, los derechos de la defensa están limitados por las garantías del art. 6 cuando una condena se basa únicamente o en una manera determinante, en las declaraciones de un testigo que ni en la fase de instrucción ni durante los debates el acusado ha tenido la posibilidad de interrogar o de hacer interrogar (STEDH Saidi contra Francia, 20-9-93; Unterpedinger contra Austria, s. 24.11.86). Y más recientemente caso Luca s. 27.2.2001 ha declarado que: "los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del art. 6 cuando una condena se funda exclusivamente o de forma determinante en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni en el plenario".

El Tribunal Constitucional se ha manifestado en el mismo sentido atribuyendo al principio de contradicción el carácter de regla esencial del desarrollo del proceso (STC 155/2002, de 22-7), reconociendo la necesaria vigencia del derecho del acusado a su efectividad, si bien ha precisado que "conforme a las exigencias dimanantes del art. 24.2 CE, interpretado conforme el art. 6.3.d, CEDH, el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de la acusación, como manifestación del principio de contradicción, se satisface dando al acusado una ocasión adecuada y suficiente para discutir su testimonio en su contra e interrogar a su autor en el momento en que declare o en un momento posterior (STC 57/2002, de 11-3).

No obstante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional s. 1/2006, ha realizado algunas precisiones. Así, se dice que no es preciso que la contradicción sea efectiva en el momento en que se presta la declaración sumarial inculpatoria "pues para cumplir tal exigencia no siempre legal o materialmente es posible. *Es la posterior posibilidad de contradicción en el acto del juicio oral la que la cumple la exigencia constitucional de contradicción y suple cualquier déficit que conforme a las previsiones legales haya podido observarse en la fase sumarial*" (SSTC 155/2002 de 22-7; 206/2003, de 1.12). En definitiva, no existe vulneración del principio de contradicción cuando "aun existiendo una falta de contradicción inicial, ésta tiene lugar con posterioridad de modo que se posibilita ulteriormente un ejercicio suficiente del derecho de defensa" (STC 187/2003 de 27.10).

3º.- Llegados a este punto en cuanto a las declaraciones en sede policial -nunca declararon en fase de instrucción- y en el plenario a los coimputados Ildefonso Nazario "Sordo" y Domingo Ruperto "Gallina" respecto de los hechos que se atribuyen finalmente al recurrente, el motivo parte de la irregular plasmación en el atestado de la supuesta colaboración e información facilitada por los mismos y la nula e irregular obtención de mandamientos e intervención de correos electrónicos y datos asociados de telefónica a raíz de las mismas.

Así se dice que en el atestado policial obrante al tomo 17 se toma como referencia inicial la plasmación por la policía de las manifestaciones "espontáneas de" Sordo y Gallina "ya detenidos y en sede policial, que sin perjuicio de haberse o no realmente producido, es lo cierto que nunca se documentaron en ese momento en forma alguna, ni se prestaron con ninguna formalidad -como pudiera ser la presencia de letrado, así los folios 4171 y 4172 oficio Greco Galicia de fecha 7.7.2008, que se refería a dichas supuestas manifestaciones producidas el 17.6.2008, el mismo día de la detención de aquellos- a modo de "charla" informal, sin recogerse acta escrita, ni con presencia de letrado, lectura de derechos, etc.

Por el contrario en la lectura de derechos días 17 y 18.6.2008 (folios 1775 y 1776), y en su declaración policial (folio 1785), del 18.6.2008, no llegó a declarar, no habiendo declarado tampoco en sede judicial, pues en la obrante al folio 1969, de fecha 20.6.2008, se limitó a no declarar y acogerse a su derecho a guardar silencio, al igual que en su declaración indagatoria. La única declaración policial, que consta en los mismos es con fecha 13.11.2008, casi 5 meses después de su detención- y prestada en la cárcel ante los agentes policiales y su propio letrado (sin la intervención ni citación de ningún otro), a pesar de encontrarse ya judicializada la causa,





y sin embargo la fuerza policial procedió a solicitar al juzgado, durante los meses de julio y agosto 2008, a raíz de esas supuestas e indocumentadas manifestaciones, mandamientos de correos electrónicos a Microsoft y telefónica sobre las cuentas atribuidas a Sordo y al Chipiron , datos de IPs, usuarios, etc. Lo que lleva a afirmar al recurrente que para la obtención de estos datos no se le presentó al Juez instructor dato objetivo alguno que permitiera corroborar o justificar aquellas medidas, al no existir documentada declaración policial -ni por supuesto judicial- alguna ni de Ildefonso Nazario ni de Domingo Ruperto .

El motivo insiste, por ello, en que la solicitud y obtención por la policía de las autorizaciones judiciales de intervención de las cuentas de correo electrónicas y datos asociados a las mismas -que constituyen el único elemento "corroborador" del contenido de las conversaciones entre Ildefonso Nazario ( Sordo y el Chipiron )- debe apreciarse la falta de regularidad y licitud de las mismas.

Así destaca que no es hasta el oficio de 7.7.2008 (folio 4171) cuando por el Greco Galicia se solicita el primer mandamiento judicial a Microsoft para aportar los datos relativos a la cuenta atribuida al "Invisible" (folio 4176), no la de Sordo -sin aportar ninguna declaración, volcado de emails, ni ningún otro dato que no sean las manifestaciones de referencia- no documentadas - de " Sordo ", y de los correos ni tampoco aportados (que se habrían obtenido sin autorización judicial), siendo en este mismo oficio cuando la Policía solicita, a su vez, autorización para el acceso y extracción de los datos de esa cuenta atribuida a " Sordo " -pese a que el agente nº NUM012 , reconoció haber ya accedido con anterioridad al correo electrónico de " Sordo ", dictándose **providencia -que no auto- de 9 de julio** autorizando lo anterior (folios 4177-4178), y dirigiendo oficio como destinatario a la Asesoría Jurídica de Microsoft (no a Greco Galicia) para que Microsoft facilitara dicha información (folio 4179).

Dicho oficio no fue cumplimentado por motivos formales, al no estar dirigido a la dirección de Microsoft en EE.UU, compareciendo el inspector del Greco el 24.7.2008, en la secretaria del Juzgado Central Instrucción 1, solicitando la subsanación o rectificación del oficio, lo que se produjo por providencia con los mandamientos finalmente realizados con la corrección del destinatario fechados el 28.7.2008 (folio 4180).

El siguiente oficio es ya de fecha 30.7.2008, en el que por Greco se solicita que Telefónica informe sobre los datos relativos a las conexiones IPs. (no al contenido de comunicaciones ni correo electrónico alguno) que en dicho oficio se reflejan -atribuidas a la cuenta del " Chipiron " manifestando haber tenido conocimiento de tales conexiones mediante información facilitada el 28 de julio por Microsoft, que les había identificado la IP de la supuesta cuenta del " Chipiron " DIRECCION000 , como correspondiente al NUM009 a nombre de un tal Hugo Fructuoso y que todas las conexiones respecto de dicha cuenta se producen desde dicha IP.

Petición y contenido de dicho oficio de 30.7.2008, que según el recurrente, pone de manifiesto la irregularidad y nulidad en la obtención y plasmación de dichos datos, por cuanto:

1º) no consta en autos ninguna información de Microsoft referente a alguno, que no todos, de tales datos, hasta la remisión del CD por Microsoft mediante oficio de 5.8.2008 (folio 4210 A).

2º) consta la comunicación de Microsoft de 23 julio, sellada en correos el 26 julio y con entrada en el Registro Audiencia Nacional el 30 julio (folio 4169-A), en la que contestan que la información solicitada en su día no la pueden facilitar entre tanto no dirijan el oficio a la dirección americana y respecto del contenido de los mensajes refieren incluso que solicitan se proceda a su petición a través de Comisión rogatoria o mediante el procedimiento específicamente previsto en el tratado de 20.11.90 de Asistencia Jurídica Penal Mutua firmado entre EEUU y España.

3º.- mientras que el CDrom (único) que finalmente Microsoft envía junto con oficio de 5.8.2008 (folio 4201 A), cuando se solicitaron los datos de los IP reflejando ya supuestamente las mismas en oficio de 30.7.2008 respecto de una supuesta información de 28.7 que no consta en la causa, sin que se corresponda la información de las conexiones IPs contenidas en aquel CD con las conexiones IPs, plasmadas en el oficio policial de 30.7.2008 (folio 4168).

Todo ello ha de enlazarse con la supuesta información que en el atestado policial de 25.9.2008 (folio 4190), se dice remitida por telefónica sobre la ubicación de dicha IP, en contestación a la solicitud plasmada en el oficio de 30.7, en un ciber-café llamada Ciberprec sito en la calle José Casal de Pontevedra, que alguna ocasión había frecuentado el Sr. Alfredo Alonso .

Quejas del recurrente que no pueden ser asumidas en su totalidad.

-Que el policía nº NUM012 hubiese accedido al correo electrónico de " Sordo " sin autorización judicial no implica, por sí solo, vulneración del secreto de las comunicaciones.

Es cierto que se ha afirmado en SSTC. 56/2003 de 14.3 y 123/2002 de 20.5 , que el concepto de secreto de la comunicación cubre no sólo el contenido de la comunicación, sino también la identidad subjetiva de los



interlocutores, de forma que "rectamente entendido", el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE. "consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas.

El bien constitucionalmente protegido es así -a través de la imposición a todos del "secreto"- la libertad de las comunicaciones, siendo cierto que el derecho puede conculcarse tanto por la interceptación en sentido estricto (que suponga aprehensión física del soporte del mensaje -con conocimiento o no del mismo- o captación, de otra forma, del proceso de comunicación) como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado (apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo) ... Y puede también decirse que el concepto de "secreto", que aparece en el artículo 18.3, no cubre sólo el contenido de la comunicación, sino también, en su caso, otros aspectos de la misma, como, por ejemplo, la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales.

Ahora bien, sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de la comunicación, la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados: el derecho posee eficacia erga omnes) ajenos a la comunicación misma. La presencia de un elemento ajeno a aquéllos entre los que media el proceso de comunicación, es indispensable para configurar el ilícito constitucional aquí perfilado.

Por ello si bien doctrinalmente se cuestiona que la policía puede interferir en el contenido de las conversaciones mantenidas entre dos partícipes, porque uno de los interlocutores autorice dicho acceso, esto es la irrelevancia constitucional resultaría objetable cuando la conversación está siendo observada o escuchada por agentes estatales con finalidades específicas de persecución, aún cuando alguno de los interlocutores hubiera admitido la injerencia del Estado ( SSTEDH. Caso Kostowski contra Francia de 24.2.90, caso Allan contra Reino Unido de 5.11.2002, caso M.M. contra Holanda de 8.4.2003 ), al ser evidente que en un análisis situacional, los agentes de policía realizaron, la terminología utilizada por el TEDH, una "contribución crucial" a la ejecución del plan de obtención de fuentes de prueba a partir de la observación de la interlocución entre particulares sometidos a una investigación penal. La autorización prestada por uno de los investigados/interlocutores -en situación de detención en las propias dependencias policiales- para la audición por los agentes de las conversaciones telefónicas, no puede servir como mecanismo para eludir el régimen de injerencia cuando es el Estado el que protagoniza finalísticamente el acto investigatorio.

Ahora bien en el caso presente no se trata de una actuación policial de audición y grabación de las conversaciones mantenidas por una persona inculpada con otra persona en el curso de un proceso, aun con su formal autorización, sino del caso en que una persona, ya detenida por un delito contra la salud pública, tras acusar a un policía con el que ha mantenido correspondencia a través de correos electrónicos de exigirle dinero a cambio de información, permite que se acceda a un correo para verificar aquellos mensajes. Consentimiento del afectado que impide hablar de injerencia en el secreto de sus comunicaciones.

- *En cuanto a la referencia a las manifestaciones espontáneas de Sordo y " Gallina "* en los oficios policiales iniciales de 7.7.2008, como hemos dicho en - SSTS. 1236/2011 de 22.11, y en STS. 878/2013 de 3.12 - es preciso diferenciar entre lo que son manifestaciones espontáneas de un sospechoso a terceros o ante los agentes de la Policía, de lo que es una declaración oficial efectuada en sede policial, con asistencia de letrado y previa advertencia de los derechos. En cuanto a las primeras no existe inconveniente en admitir como medio probatorio el testimonio de referencia de los terceros o funcionarios policiales que hayan recibido esas manifestaciones espontáneas del detenido, si bien aclarando que en cualquier caso el testimonio es de referencia -auditio alieno- y así debe ser tratado en cuanto al contenido de la manifestación del acusado. No puede aportar fehaciencia en cuanto a la realidad o veracidad del contenido de lo manifestado, lo que evidentemente queda ajeno a su conocimiento, pero es directo -auditio propio- en cuanto al hecho en sí de haberse producido o exteriorizado por el acusado y de las circunstancias en que se produjo.

En este extremo respecto a las manifestaciones espontáneas del acusado fuera del atestado, la doctrina de esta Sala, (SSTS 418/2006, de 12-4, 667/2008, de 5-11 ) precisó que el derecho a no declarar, que el recurrente habría expresado a los investigadores policiales, no se extiende a las declaraciones libres y espontáneas que el detenido quiera realizar, porque lo prohibido es la indagación, antes de la información de derechos o cuando ya se ha ejercido el derecho a no declarar, pero no la audición de manifestaciones por los funcionarios policiales. Como decimos en sentencia 25/2005, de 21-1, la manifestación que fuera del atestado efectúa el detenido, voluntaria y espontáneamente, no pueden considerarse contrarias al ordenamiento jurídico y pueden ser concluyentes con los fines de la justicia, en definitiva, del interés social.

En STS 156/2000 de 7-2 y 844/2007 de 31-10 se insistió en que las manifestaciones que una persona efectúa en sede policial, tras haber sido detenida y antes de ser informada de sus derechos, realizadas voluntaria y espontáneamente, no pueden ser contrarias, sin más, al ordenamiento jurídico, a no ser que dichas



manifestaciones fuesen recogidos por escrito en el atestado instruido con motivo de los hechos y suscritas por el detenido, pues los instructores del atestado no pueden formalizar por escrito este tipo de declaraciones hechas sin la previa información de los derechos que asisten al detenido, pero si así se hiciera la ilegalidad consiguiente tendría carácter de ordinaria y por lo tanto la prueba habría de conceptuarse de irregular, de manera que no deberá afectar a las restantes diligencias practicadas con pleno respeto a las exigencias legales y constitucionales. Por ello la jurisprudencia de esta Sala, nos dice en STS 1266/2003 de 2-10 , ha admitido la validez probatoria de la confesión extrajudicial, aunque ha exigido que se incorpore al juicio oral ( STS 13-5-84 y 1282/200 de 25-9), y ser sometida a debate contradictorio con presencia de aquellos ante quienes se realizó, de forma que las partes hayan podido interrogarlos sobre ese extremo.

Y la STS. 365/2013 de 20.3 , recogida por el Ministerio Fiscal en su informe resume la doctrina jurisprudencial sobre el tratamiento de las manifestaciones espontáneas del detenido a los agentes policiales, doctrina que por su interés es necesario reproducir: "De cualquier forma este Tribunal viene considerando material probatorio utilizable las declaraciones espontáneas prestadas por el detenido antes de ser asistido de Letrado. La STS de 7 de febrero de 1996 , -ya informado de sus derechos constitucionales, sin estar presente ningún Letrado, el detenido hace una manifestación que permitió la detención de sus correos- declaraba: « no existe obstáculo alguno para que los detenidos en una actuación policial proporcionen datos en caliente, de manera espontánea, libre y directa, que permitan continuar o completar la investigación y practicar detenciones preliminares, siempre que después, estos datos se incorporan al atestado con todas las garantías legales y sean contrastados a lo largo de las actuaciones y en el momento del juicio oral ». La STS 1571/2000 , de 17 de octubre admitió como prueba válida las declaraciones prestadas en el acto del juicio oral por los agentes policiales que testimoniaron acerca de las manifestaciones espontáneas realizadas por el acusado, tras su detención y una vez informado verbalmente de sus derechos, en el sentido de que no encontrarían nada en el registro de su vehículo porque la droga la traían los otros coimputados, lo que se comprobó posteriormente".

De la anterior doctrina jurisprudencial se puede concluir que si bien las manifestaciones espontáneas de un detenido en sede policial una vez informado de sus derechos, pueden formar parte del acervo probatorio, resulta evidente que en ningún caso podrán ser el único indicio de la participación del acusado. En efecto si se ha afirmado en SSTC. 68/2010 de 18.10 , 53/2013 de 28.2 , SSTS. 256/2013 de 6.3 , 429/2013 de 21.5 , 608/2013 de 17.7 , que *las declaraciones autoinculpatorias en sede policial asistido de letrado, no son una prueba de confesión ni es diligencia sumarial* , y no es posible fundamentar un pronunciamiento condenatorio con exclusivo apoyo en una declaración policial en la que su emisor hubiere reconocido su participación en los hechos que se le atribuyen, y si se ha sostenido con reiteración que las declaraciones heteroinculpatorias de los coacusados, incluso en sede judicial carecen de consistencia plena cuando, siendo únicas, no resultan minimamente corroboradas por datos externos ( SSTC. 10/2007 de 15.5 , 91/2008 de 21.7 , 57/2009 de 9.3 , 125/2009 de 18.5 , 134/2009 de 1.6 ), mucho menos valor deben tener estas manifestaciones espontáneas ante agentes de policía, sin asistencia letrada.

Pero ello no debe ser obstáculo para que puedan servir como indicio de la investigación y presupuesto material habilitante de las solicitudes policiales en orden a las cuentas de correos electrónicos y extracción de datos de las personas supuestamente implicadas en aquellos.

- En cuanto a la forma de obtención por la Guardia Civil de los I.Ps. y demás datos asociados a las mismas como su ubicación y cuantas conectadas, la STS. 292/2008 de 28.5 , advertía que la obtención por la Guardia Civil del I.P. del acusado -única actuación policial en todo el procedimiento de investigación no controlada y dirigida por la Autoridad judicial- no ha quebrantado el derecho constitucional al secreto de las comunicaciones proclamado en el art. 18.3 C.E , y enfocaba el problema desde la perspectiva de las disposiciones legales que tienen por finalidad desarrollar la protección de la intimidad de las personas que consagra el art. 18.1 C.E ., y, en concreto, la protección de datos personales que afecten a la intimidad. En este ámbito destacan la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y su Reglamento de 21 de diciembre de 2007, que entró en vigor el 31 de marzo de 2.008, y la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, y su Reglamento de 15 de abril de 2005, de cuya normativa parece inferirse que la identificación del titular de una determinada terminal telefónica o usuario de Internet, únicamente podrá obtenerse legalmente con el consentimiento del afectado o por autorización judicial.

Y esto es lo que acaeció en el caso examinado, en la referida STS. 292/2008 , en el que averiguado el Internet Protocol de quien obtenía el material pedófilo, mediante el rastreo policial del espacio público, las subsiguientes actuaciones de identificación y localización de quien tenía asignado ese I.P. se llevaron a cabo bajo control judicial.

No cabe negar que la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de Conservación de Datos Relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones, dé un paso de gigante -excesivo o desmesurado según la doctrina científica especializada-, al desarrollar la Directiva de la Unión Europea 2006-24 C.E. del Parlamento



Europeo y del Consejo. Esta Ley tiene por objeto imponer la obligación a los operadores de telecomunicaciones de retener determinados datos generados o tratados por los mismos con el fin de entregarlos a los agentes facultados, en caso de que le fueran requeridos por éstos, entendiendo por tales agentes los pertenecientes a los Cuerpos Policiales, al Centro Nacional de Inteligencia y a la Dirección de Vigilancia Aduanera.

Esta Ley exige para la cesión de estos datos, con carácter general, la autorización judicial previa y entre los datos que deben conservarse figura la "identificación del usuario asignada" en el acceso a Internet, como expresamente establece el art. 3.a.2º.i), así como "el nombre y dirección del abonado o del usuario registrado al que se le ha asignado en el momento de la comunicación una dirección de protocolo de Internet (I.P.), una identificación del usuario o un número de teléfono". Por su parte, el art. 7 (procedimiento de cesión de datos) determina que los datos a los que se refiere el art. 3 necesitarán una resolución judicial para su cesión a los funcionarios policiales, con lo que, en principio, parece claro que la obtención del I.P. se encontraría sometida a esta exigencia, lo cual no resulta muy congruente con el hecho de que la obtención de ese dato por los servicios policiales se produjo lícitamente, con lo cual la incongruencia se convierte en absurdo cuando se requiere por la norma una autorización judicial para acceder a un dato que el propio interesado ha permitido ser de público conocimiento. Cuestión distinta será en los supuestos en los que en las diligencias de investigación desarrolladas por las Fuerzas y Cuerpos Policiales en la persecución de actividades delictivas de cualquier naturaleza para cuyo progreso sea necesario conocer el IP (o el número telefónico) de una determinada persona que hasta el momento es desconocido, se tenga que acatar esa exigencia legal.

No obstante la referida sentencia 292/2008 , con cita de la STS. 1797/2007 de 9.5 , ya advertida que la complejidad de la materia, su ductilidad, y las singulares características de la normativa que la regula, hace necesario que futuras resoluciones de esta Sala vayan perfilando un cuerpo de doctrina atendiendo a las peculiaridades de cada caso en concreto.

En esta dirección la STS. 842/2010 en un caso en que los agentes policiales rastrearon distintas IPs, cuya numeración determinaron, y con posterioridad solicitaron autorización judicial, que les fue concedida, para acceder a la identidad de los usuarios, destaca como la jurisprudencia de esta Sala, entre otras la STS nº 739/2008, de 12 de noviembre , 680/2010, ha señalado que en esta materia se debe concluir, en primer lugar, que los rastreos que realizan en estos casos los agentes policiales tienen por objeto desenmascarar la identidad críptica de los IPS ( *Internet protocols* ) que habían accedido a los "hush" que contenían pornografía infantil. El acceso a dicha información, calificada de ilegítima o irregular, puede efectuarla cualquier usuario. No se precisa de autorización judicial para conseguir lo que es público y el propio usuario de la red es quien lo ha introducido en la misma. La huella de la entrada queda registrada siempre y ello lo sabe el usuario. Y, en segundo lugar, que, de acuerdo con la legalidad citada en las referidas Sentencias, se hace preciso, sin embargo, acudir a la autorización del juez instructor para desvelar la identidad de la terminal, teléfono o titular del contrato de un determinado IP, en salvaguarda del derecho a la intimidad personal ( *habeas data* ).

Por último la STS. 342/2013 de 17.4 , destaca la razón la defensa cuando exige todas la cautelas precisas para la cesión de los datos que debían llevar a la identificación del usuario de dos determinadas cuentas del programa de mensajería instantánea ofrecido por *Microsoft*. Esa información, pese a su aparente neutralidad técnica, es susceptible de protección en el ámbito de la LO 15/1999, 13 de diciembre, de Protección de Datos Personales, conviene recordar que, conforme a su art. 3 , dato personal es "... *cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables* ". Y para despejar cualquier duda, el art. 5 del Decreto 1720/2007, 21 de diciembre , incluye en el concepto de dato personal "... *cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables* ".

El carácter de la dirección IP como dato personal ha sido reconocido por la jurisprudencia de esta Sala en numerosas sentencias (SSTS 249/2008, 20 de mayo ; 236/2008, 9 de mayo ; 680/2010, 14 de julio y 292/2008, 28 de mayo ), bien entendido que las claves identificativas IPs no concretan a la persona del usuario, sino sólo el ordenador que se ha usado, lo que hace necesario para poder llegar al ulterior conocimiento del número de teléfono y titular del contrato la posterior autorización judicial.

- *Consecuentemente admitida la posibilidad de que por la Policía se averigüe la numeración de una concreta IP no puede presumirse que su obtención lo haya sido por medios irregulares o ilegítimos, vulneradores de derechos fundamentales. Ellos supondría la paradoja de que mientras tratándose de acusados ha de presumirse su inocencia, en tanto no se prueba su culpabilidad ( art. 24 CE ), a los tribunales y fuerzas del Orden, en el mismo marco procesal, ha de presumirse una actuación contraria a la constitución y a las Leyes, en tanto no se prueba que han actuado conforme a Derecho.*





Estaríamos ante la creación jurisprudencial de la creación jurisprudencial de la *nulidad presunta*, aquella predicable de actos limitativos de derechos, aparentemente válidos, pero a los que privamos de efectos al no constar la legitimidad de otro acto precedente.

En línea de principio proclamar que la legitimidad de un acto jurisdiccional no puede presumirse no se concilia bien con los principios que informan el ejercicio de la función jurisdiccional ( art. 117.1 CE ). Es cierto que la abstracta proclamación de esos principios no blindará a los actos jurisdiccionales de su condición de potencial fuente lesiva de los derechos fundamentales. También lo es -y la experiencia se encarga cada día de recordarlo- que la validez de los actos procesales no puede hacerse descansar en un voluntarioso acto de fe. Pero aceptar la petición de nulidad porque la legitimidad no puede presumirse, no resulta, en modo alguno, una exigencia de nuestro sistema de garantías.

En esta dirección las SSTs. 249/2008 de 20.5, 940/2008 de 18.12, señalan en casos en que se cuestionaba el modo a través del cual la Policía obtuvo los teléfonos y que ello supone injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones:

"ninguna razón se expresa ni se infiere de las actuaciones que pueda sustentar esa alegada irregular obtención de los números de los teléfonos cuya observación se solicitó y fue judicialmente autorizada..." "no existe razón o elementos que permitan sostener que los números de teléfonos cuya observación se solicita se hubieran obtenido con vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, ya que no consta acreditado que para ese fin se hubiera accedido al contenido de las conversaciones sin autorización judicial, ni se hubiera sobrepasado los límites a los que se hace mención en la sentencia citada 249/2008, de 20 de mayo, para la recogida o captación técnica del IMSI sin necesidad de autorización judicial".

Asimismo la STS. 960/2008 de 26.12 recordó: "Se alegan sospechas sobre el modo en los que se obtuvieron los primeros números de los teléfonos y del terminal móvil número ..., especialmente éste número ya que su observación fue determinante para la intervención de la droga, sin que les convenzan las alegaciones realizadas por los funcionarios policiales de que los obtuvieron de los listados de telefónica, de las intervenciones judiciales previas, de observaciones físicas al marcarlos y de gestiones en oficinas públicas y bancos.

No hay datos o elementos que permitan concluir que existieron gestiones ilícitas y vulneradoras de derechos fundamentales por parte de la policía. Los funcionarios policiales, en sus declaraciones en el acto del juicio oral, se refirieron a modalidades perfectamente legítimas para obtener esa información, sin que pueda presumirse lo contrario porque otros funcionarios no tuvieron información o no lo pudieron precisar por el tiempo transcurrido".

En igual sentido la STS. 972/2010 de 4.10, concluye "y en cuanto a la objeción de que los agentes no hayan explicado cómo obtuvieron los números telefónicos de los sospechosos y las suspicacias que muestran los recurrentes sobre ese extremo, esta Sala tiene establecido que no es preciso acreditar la forma de obtención del número de teléfono de un sospechoso cuando no hay indicios de ilegitimidad en el proceso de obtención de la información, pues es exigible a los poderes públicos que justifiquen que la restricción de un derecho fundamental se ha realizado con respeto a las reglas, pero no lo es que demuestren que no lo han hecho ( SSTs 509/2009, de 13-5; y 309/2010, de 31-3; 849/2013 de 12.11 )".

-No obstante lo anterior si bien la actuación policial hasta el momento de la obtención del IP no puede tacharse de vulneradora del derecho al secreto de las comunicaciones, no le falta razón al recurrente cuando afirma la ilicitud y no regularidad en la obtención de los demás datos relacionados con la cuenta atribuida al " Chipiron " y sus conexiones desde dicho IP.

En efecto la información que en el oficio policial de 30.7.2008, dirigido al Juzgado para que, a su vez, solicite información telefónica sobre los datos relativos a las conexiones IPs -se dice facilitada el día 28.7.2008- por Microsoft identificando el IP de la supuesta cuenta del " Chipiron ", DIRECCION000, como la correspondiente de NUM009 a nombre de un tal Hugo Fructuoso, y que todas las conexiones respecto de dicha cuenta se realizan y producen desde dicha IP, **no está documentada en la causa y no resulta posible que Greco Galicia hubiese recibido dicha información vía judicial de las IPs el 28 de julio** por cuanto la providencia autorizando tal petición y los mandamientos con tal finalidad dirigidos a Microsoft, son precisamente de esa misma fecha y tales datos no se remitieron por Microsoft sino por oficio y CDE con escrito de 5 agosto.

-Asimismo en relación a la información que en el mismo oficio de 30.7, se dice remitida por telefónica, sobre que dicho IP estaría ubicada en su Cybercafé llamado Cyberpcr sito en la calle José Casal de Pontevedra y que en alguna ocasión había frecuentado el hoy recurrente, tal información tampoco consta documentada en la causa. Por el contrario la solicitud policial es de fecha 30 julio y la providencia del Juez accediendo



a la petición de los datos es de 6 agosto (FOLIO 4185), sin que conste respuesta ni información alguna de telefónica remitida al Juzgado.

Consecuentemente en su examen inicial a la cuestión y aun partiendo de que la actuación judicial no fue del todo correcta, la omisión de la debida forma de auto en las resoluciones judiciales de 7 y 30 julio, sustituyéndola por la simple providencia, no sería decisiva en orden a la invalidez de las mismas, al no incidir éstas en la captación del contenido de conversaciones y correos a realizar por los investigados sino en datos y conexiones de IPs ya realizadas por lo que no altera ni lesiona el derecho al secreto de las comunicaciones y lógicamente, en cuanto medida investigadora quede amparada por el hecho de que era el propio Juez el que autoriza su investigación en el curso de un procedimiento judicial ya en marcha, bastando -aunque no fuera lo más recomendable, para ello una providencia, pero si existe- tal como se sostiene en el motivo- una total falta de constancia del resultado y contestación de los mandamientos judiciales dirigidos a Microsoft -salvo el CD remitido el 5 agosto- y a telefónica, que permitan corroborar el modo de obtención, no ya del IP, sino del resto de los datos y conexiones asociadas al mismo, al aportarse por la policía al Juez datos de IPs a los que no podía haber tenido acceso en ese momento, y ello con independencia de que los datos de conexiones IPs plasmados por la policía en su oficio de 30 julio no se correspondan con el contenido del CD remitido por Microsoft el 5 agosto, tal como resulta de la pericial informática y del volcado de su contenido cotejado por la fé pública del secretario judicial, lo que priva a dicho contenido de su condición de elemento "corroborador" de las declaraciones inculporias de los coimputados Ildefonso Nazario y Domingo Ruperto .

-En este punto se debe insistir en la necesidad de que la veracidad de la declaración de un coimputado quede mínimamente corroborada, debe referirse a la concreta participación del acusado en el hecho punible que la sentencia considera probado, esto es no tanto la veracidad objetiva, en este caso, de la existencia de un policía " Chipiron " que contactaba con " Sordo " mediante correos electrónicos desde su DIRECCION000 conectándose a Internet desde la IP NUM009 , y creándose la cuenta a nombre ficticio de " Hugo Fructuoso ", estableciéndose las conexiones mediante correo electrónico desde un "cibercafe", sito en Pontevedra, exigiendo una compensación económica por informar acerca del estado de las investigaciones policiales sobre operaciones de tráfico de drogas proyectadas por " Sordo y Gallina ", sino más limitadamente si aquella persona " Chipiron " es el hoy recurrente Fructuoso Gonzalo

Siendo así la sentencia alude al inequívoco contenido de aquellos 44 mensajes entre el periodo 11.2 y 23.9.2008, tras el examen del Disco CD remitido por Microsoft y el de la transcripción de su contenido obrante en autos... desprendiéndose lo mismo de los mensajes SMS recibidos desde el teléfono NUM013 de Fructuoso Gonzalo por Domingo Ruperto en su teléfono móvil NUM014 , puesto voluntariamente a disposición judicial.

-Pues bien respecto al contenido del CD la sentencia recurrida continua sin hacer un análisis de la pericial informática, ni referencia a la diligencia de volcado en presencia del secretario judicial del contenido CD cuyo resultado se refleja en aquel informe aportado por la defensa que contradice el texto de los mensajes electrónicos aportados policialmente fuera del control judicial y sin contradicción por las partes y desvirtúa la realidad de su emisión.

En efecto el informe pericial realizado por los peritos informáticos Sres. Belarmino Segundo y Ignacio Alexander el 30.8.2010, ratificado en el plenario, explica que en el CD remitido por Microsoft con escrito de 5.8.2008 /folio 4201) los datos que contiene son relativos al registro y numero de conexión IP de las cuentas atribuidas a Sordo y al " Chipiron ", destacando que debe accederse al mismo mediante contraseña "asdfasdt", que no fue facilitada hasta el 16.2.2010 (folio 6734), sin que en ningún momento en dicho CD se hubieran incluido los mensajes que en las referidas direcciones de correo electrónico se pudieran encontrar salvaguardadas, y analizado el contenido del CD comprueban que no contiene ninguna clase de listado o relación de los posibles mensajes intercambiados, entre ambas direcciones de correos electrónicos, y sin que conste en las actuaciones vía alguna de la posible aportación de fuente oficial del listado de correos obrantes en las actuaciones.

Asimismo que examinados los datos proporcionados por Microsoft en el CD relativos a la cuenta atribuida al "invisible" se constata la existencia de 15 accesos efectivos -o conexiones IP:s atribuidas al mismo a dicha cuenta- y sin embargo los correos electrónicos atribuidos al " Chipiron " realizados en el mismo periodo de tiempo en el listado de correos obrantes en las actuaciones suponen 33 conexiones con envíos de correos electrónicos en los meses de marzo y abril en los que no se registra actividad en la dirección electrónica indicada, según el registro proporcionado por Microsoft.

Por todo ello los peritos en el plenario concluyeron que el listado de correos aportado en las actuaciones comprensivo de las supuestas comunicaciones intercambiadas entre " Sordo " y el " Chipiron " resulta absolutamente inviable e incompatible con las conexiones IP:s remitidas por Microsoft, lo que supone, por



tanto, que dichos mensajes no se han podido crear ni emitir desde dichas cuentas ni corresponderse tampoco con la IP que se asigna; y por otro lado, que tampoco se constata ni en los autos ni en ninguno de los CDs examinados la información que permita establecer o determinar la correspondencia de la IP atribuida al " Chipiron " con una línea telefónica correspondiente a la empresa domiciliada en la calle José Casal nº 8 Pontevedra, que se correspondería con el locutorio del Cibercafé.

- *Respecto a la diligencia de volcado*, la defensa solicitó en su escrito de conclusiones provisionales que **bajo la fé pública del secretario judicial y en sede judicial, se procediera a la comprobación y volcado en soporte de papel y archivos contenidos en el CD aportado por Microsoft Corporation obrante a la pagina 183 del folio 17, relativa a los datos de registro y conexiones de las cuentas DIRECCION000 y DIRECCION001 , a fin de comprobar la ausencia en el mismo de ningún archivo en documento consistente en la relación y/o transcripción de los mensajes y correos supuestamente enviados y recibidos desde dichas cuentas.**

Dicha prueba fue admitida y practicada el 10.11.2011 en sede judicial a presencia del Sr. Secretario Judicial (folio 688 pieza separada de prueba) cuyo resultado " **realizándose el acceso, el examen y análisis del contenido de dicha cuenta, verificando que hay 457 correos electrónicos entre las fechas 13.4.2009 y 9.11.2010** ( cuando los correos atribuidos a Sordo y al Chipiron contenidos en el listado aportado se contraen del 11.2.2008 al 23.9.2008, folios 4372-4385) **todos ellos pertenecientes a la cuenta escoras-new @platynum.com.ar, que son noticias diarias, por lo que no se procede al volcado de toda la información, no encontrándose correos relacionados con los hechos objeto de enjuiciamiento, de lo que doy fé**", es también recogido en el informe pericial 104/2011, emitido por los mismos peritos en relación al examen y análisis del correo electrónico atribuido a Sordo (dirección electrónica DIRECCION001 ), en presencia judicial, accediendo desde su ordenador, y sin embargo no es ponderado y valorado en la sentencia recurrida, cuando es evidente que pone de manifiesto que aquellos correos aportados sin contradicción al proceso que la sentencia considera elemento corroborador de las declaraciones de los acusados pueden no haber tenido existencia real.

- Igualmente en orden a la falta de correspondencia y autenticidad del listado de mensajes electrónicos obrantes en autos en relación con la información remitida por Microsoft en los CDs, es relevante destacar que la sentencia vuelve a omitir pronunciarse sobre el resultado de la prueba documental interesada por la defensa consistente en la certificación por el representante legal del horario de apertura del Cibercafé sito en la calle José Casal nº 8 bajo de Pontevedra, durante el año 2008, cuyo resultado -10 de la mañana todos los días con excepción de los domingos y festivos que se abría a las 11 horas, cuestiona el envío de alguno de los correos, como los enviados supuestamente el 1.4, a las 9,25 am, 14.4 a las 8,27 am, el 1.6 a las 9,34 am (folios 4208, 4200, 4211, 4113), y con ello la falta de compatibilidad de ubicar dicho local como correspondiente a la IP cuyas activaciones y conexiones se atribuyen desde dicho lugar al " Chipiron " .

La sentencia recurrida se limita a señalar que *el recurrente era usuario* del Cibercafe, al que se atribuía la IP antedicha, al haber sido reconocido fotográficamente por dos empleados del local en declaraciones policiales el 19.11.2008.

Argumentación inaceptable. En cuanto al reconocimiento fotográfico en sede policial, por si solo, no constituye prueba apta para destruir la presunción de inocencia, al ser meras actuaciones policiales que constituyen la apertura de una línea de investigación, a veces imprescindible porque no hay otra forma de obtener una pista que pueda conducir a la identificación del autor. Así hemos dicho en STS. 525/2011 de 8.6 , 169/2011 de 22.3 , 331/2009 de 18.5 , que entre las técnicas ampliamente permitidas a la Policía, como herramienta imprescindible para la realización de sus tareas investigadoras, se encuentra, por supuesto, la del denominado reconocimiento fotográfico, que ha sido reiteradamente autorizado, tanto por la Jurisprudencia de esta Sala como por la del Tribunal Constitucional, con ese específico alcance meramente investigador, que permite concretar en una determinada persona, de entre la multitud de hipotéticos sospechosos, las pesquisas conducentes a la obtención de todo un completo material probatorio susceptible de ser utilizado en su momento en sustento de las pretensiones acusatorias.

La STS. 617/2010 de 24.6 , con cita de las sentencias 1386/2009 de 30.12 y 503/2008 de 17.7 , sintética la doctrina general sobre su operatividad procesal y eficacia probatoria, argumentando que "los reconocimientos efectuados en sede policial, o en sede judicial en fase sumarial, bien a través del examen de fotografías o bien mediante ruedas de reconocimiento, son en realidad medios de investigación que permiten, cuando es necesario, determinar la identidad de la persona a la que los testigos imputan la realización del hecho denunciado, y avanzar en el esclarecimiento de los hechos. Solamente alcanzan el nivel de prueba, como regla general, cuando el reconocimiento se ha realizado en sede judicial, con todas las garantías, entre ellas la presencia del Juez, y quien ha realizado el reconocimiento comparece en el juicio oral y ratifica lo antes manifestado o reconoce en el plenario al autor de los hechos, pudiendo ser sometido a interrogatorio cruzado de las partes sobre los hechos que dice haber presenciado y sobre el reconocimiento realizado. **Por tanto, el derecho a la presunción de inocencia no se desvirtúa por el resultado del reconocimiento fotográfico, sino**



**por el resultado del medio de prueba practicado en el acto del juicio, consistente en la ratificación del testigo sometido al interrogatorio cruzado de las partes".**

En definitiva, para que pueda ser entendida como prueba válida y suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, la diligencia ha de ser reproducida en el juicio oral mediante la ratificación de la víctima o testigo en dicho juicio, a fin de poder ser sometida su declaración a contradicción con oralidad e intermediación, como las garantías constitucionales del proceso exigen. Es esencial, pues, que, siendo posible, la víctima o testigo acudan al plenario para ratificar dicha diligencia ya que, como prueba testifical, es, por su naturaleza, perfectamente reproducible en el acto del juicio oral y debe ser, por tanto, sometida a contraste y contradicción por las partes de forma oral y sin mengua de los derechos de defensa del imputado.

En el caso presente aquellos testigos que realizaron en sede policial el reconocimiento fotográfico el 19.11.2008, no fueron propuestos ni declararon en fase de instrucción ni en el juicio oral, por lo que aquella diligencia carece de valor probatorio, sin perjuicio de que, como se resalta en el recurso, en cualquier caso lo relevante no es tanto esa posible asistencia de Fructuoso Gonzalo como usuario a dicho locutorio, sino si existe prueba que desde el mismo se conectara y pudiera remitir los correos dubitados, lo que viene a desacreditar dicha diligencia.

En consecuencia no existe prueba válida acreditativa del contenido de los mensajes intercambiados entre Sordo y el " Chipiron " y por lo tanto de la realidad de la solicitud típica del art. 419 CP .

-Por último la sentencia atribuye al recurrente la identidad del " Chipiron ", a partir de la declaración del otro coacusado Domingo Ruperto " Gallina ", quien habría acudido al Polígono Ocea, de Lugo, la noche del 22.2.2008, al haberse citado, a través de un tercero, mediante conversación con un teléfono publico, con el " Chipiron ", para entregarle un sobre con 30.000 euros, como precio exigido por éste por su colaboración, y haber identificado el vehículo ocupado por aquél -Wpolo 1.4-, anotando su matrícula - ....XCW - en su teléfono móvil, acreditándose luego su alquiler en nombre propio por Fructuoso Gonzalo a las 16,35 horas de ese mismo día, 22.2.2008, a la empresa "Europcar" en la estación de Renfe de Pontevedra, tal como consta en el contrato facilitado por la arrendadora (folios 119 a 122), en el que figuran los datos personales del arrendatario, su domicilio y DNI. NUM015 .

-Como cuestión previa debemos plantearnos la impugnación de la defensa relativa a la validez de la información que se dice facilitada por la empresa propietaria del vehículo usado por el cobrador de la dádiva, que se dice correspondería con el recurrente. La defensa aduce la nulidad de la obtención por la policía de los datos relativos al contrato de alquiler suscrito por Fructuoso Gonzalo con la empresa Europcar, dado que al no constar el consentimiento del recurrente, tal información no se encontraría amparada por los arts. 4.1 y 11 LO Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en relación con el art. 11 Ley Protección de Datos , cuestión sobre la que la sentencia recurrida omite dar respuesta alguna, y que no debe ser asumida.

En efecto, es cierto que la intimidad es concebida como un bien jurídico que se relaciona con la libertad de acción del sujeto, con las facultades positivas de actuación para controlar la información relativa a su persona y a su familia en el ámbito público:"el derecho a la intimidad garantiza al individuo su poder jurídico sobre la información relativa a una persona o a su familia, pudiendo imponer a terceros (sean estos simples particulares o poderes públicos) su voluntad de no dar a conocer dicha información, prohibiendo su difusión no consentida" ( STS. 1328/2009 de 30.12 ).

Ahora bien, dado que con carácter general la limitación de derechos fundamentales corresponde ser acordada mediante resolución judicial motivada -de ahí el contenido del art. 11.2 d) Ley Protección de Datos que prescinde del consentimiento del interesado solo cuando la comunicación que debe efectuarse tenga por destinataria al Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal o los Jueces o Tribunales o el Tribunal de Cuentas, en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas-, el Tribunal Constitucional -por ejemplo sentencia 207/96 - admite que debido a la falta de reserva constitucional a favor del Juez, la Ley pueda autorizar a la policía judicial para la practica de inspecciones, reconocimientos e incluso intervenciones corporales leves, siempre que se respetan los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

En cuanto a la preceptiva habilitación legal para que la policía judicial pueda practicar la inferencia en el derecho a la intimidad, el Tribunal Constitucional refiere el art. 282 LECrim , que establece son obligaciones de la Policía Judicial "averiguar los delitos públicos que se cometen en su territorio o demarcación, practicar según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobar y descubrir a los delincuentes y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro poniéndolos a disposición de la Autoridad judicial". En esta misma línea, el art. 11.1 de la LO 2/1986 , de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, establece como funciones de éstos, entre otras: f) "prevenir la comisión de actos delictivos"; g)"investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del Juez o Tribunal competente y





elaborar los informes técnicos y periciales procedentes". Concluye el Tribunal Constitucional, por tanto, que la policía judicial está facultada legalmente para recoger los efectos, instrumentos y pruebas del delito y ponerlos a disposición judicial y para practicar las diligencias necesarias para la averiguación del delito y el descubrimiento del delincuente.

Pues bien entre las diligencias que no se enumeran casuísticamente en la Ley, pero sí en cuanto las orienta a su fin, podría encontrarse la averiguación del propietario de un vehículo sospechoso de haber intervenido en un hecho delictivo, y al ser ésta una empresa de alquiler, interesar de la misma si fue alquilado y por quien un día determinado.

El conocimiento de la persona que celebra un contrato de alquiler de un vehículo no es un dato que el hombre medio de nuestra cultura considera "sensible" por ser inherente al ámbito de su intimidad más estricta, o dicho de otro modo, un dato perteneciente al reducto de los que, normalmente, se pretende no trasciendan fuera de la persona y de su familia, y al verificarse tal dato por la policía judicial está cumpliendo con su función de averiguar la comisión de delitos y posible identidad de sus autores.

-No obstante es importante resaltar que el conocimiento de la titularidad contractual no presupone, por sí mismo la veracidad de la declaración del coacusado Domingo Ruperto de que fuese aquel vehículo el que se encontraba en el lugar de los hechos, que fuese su usuario Fructuoso Gonzalo y menos aun que éste fuese el "Chipiron", esto es, la persona que contactó mediante correos electrónicos con el otro coacusado Ildelfonso Nazario, les suministro información sobre investigaciones policiales y pretendía cobrar por ello.

En efecto, la sentencia recurrida -al igual que la anterior casada- no hace exposición de elementos que corroboran aquella declaración en el aspecto esencial de la efectiva realidad de que se hizo entrega de 30.000 E al recurrente -máxime cuando no se ha aportado justificación documental sobre la obtención y disposición de esa cantidad por cualquiera de los dos coacusados. Tampoco se concreta en la sentencia qué operación u operaciones policiales facilitó información el "Chipiron" y en qué consistió tal información.

Y en cuanto a la anotación de la matrícula del vehículo -...-XCW- que Domingo Ruperto afirma utilizó la persona que recogió el pago, la sentencia omite hacer valoración o referencia alguna sobre el resultado de la prueba realizada por los peritos Belarmino Segundo y Ignacio Alexander sobre la terminal telefónica donde Santiago le había anotado y guardado. Prueba pericial que concluyó cómo analizados todos los SMS enviados y recibidos que contienen dicha terminal y tarjeta "así como todos los posibles registros donde guardar algún dato, no hay constancia de que en ésta tarjeta se haya alojado alguna vez, el dato ...-XCW" ni similar a él con otra forma de escritura"; e igualmente realizado un examen y volcado de la memoria Flash de dicho teléfono, que recoge cualquier registro o archivo en su día guardado y que hubiera podido ser borrado, siendo, por tanto, recuperables "no se encuentra ninguna imagen que pueda corresponder a una placa de matrícula de la serie ...-XCW ni similar, como tampoco en los SMS borrados recuperados".

Por último la sentencia no explica como si el coimputado Domingo Ruperto habría sido la única persona que físicamente habría observado al "Chipiron", e incluso en sede policial (folio 4399), manifestó que creía que sí le podría reconocer, no se practicó ninguna clase de diligencia de reconocimiento -fotográfico o en rueda- por su parte del acusado hoy recurrente, como la persona que estuvo presente en el polígono OCEAO y recibió el sobre con el dinero, e incluso en el mismo acto del plenario -el Tribunal Constitucional ha estimado prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia el reconocimiento efectuado en el juicio oral, sin ningún género de dudas, por parte del testigo, a pesar de las irregularidades de los reconocimientos fotográficos e incluso en rueda anteriores (SSTC. 323/93 y 172/97) y esta Sala ha declarado también (SSTS. 177/2003 de 5.2, 1202/2003 de 22.9, 617/2010 de 24.6), que "cuando el testigo señala inequívocamente a una persona durante el plenario, su fuerza probatoria radica en la credibilidad o fiabilidad del testimonio de quien realiza la identificación".

En base a lo razonado puede concluirse que las declaraciones inculpatórias de los coacusados Ildelfonso Nazario y Domingo Ruperto no se encuentran corroboradas por dato externo válido alguno.

Los factores que a juicio de la sentencia de instancia justifican la corroboración no son admisibles en la medida que son elementos de credibilidad objetiva de las declaraciones, pero no datos externos a su versión que la corroboren, al no establecer ninguna conexión objetiva entre los hechos y el recurrente en el extremo esencial de su participación en los mismos, esto es ser la persona nominada como "Chipiron" que contactó por correos electrónicos desde su DIRECCION000, con aquellos (DIRECCION001), siendo la dirección IP desde la que se conectaba a Internet la NUM009, creando la cuenta a nombre ficticio de "Hugo Fructuoso" y establecimiento las conexiones mediante correos electrónicos desde un Cybercafe, sito en Pontevedra, se ofreció como colaborador para participar en alguna operación de tráfico de drogas, exigiendo una compensación económica como contravalor de la información que podía proporcionar -y proporcionó



acerca del estado de las investigaciones policiales, y ser la misma persona que el 22.2.2008, recogió un sobre con 30.000 E del vehículo del coacusado Domingo Ruperto en el Polígono OCEAO de Lugo por tal información.

Falta de elementos corroboradores o indicios suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia que implica la estimación del motivo y la absolución del recurrente en la segunda sentencia que se dicte, sin que sea necesario el análisis del resto de los motivos articulados por el recurrente.

**TERCERO:** Estimándose el recurso las costas se declaran de oficio. ( art. 901 LECrim .)

### III. FALLO

Que debemos **declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación**, interpuesto por **Fructuoso Gonzalo** , contra sentencia de 30 de octubre de 2010, dictada por la Audiencia Nacional, **Sala de lo Penal** , Sección Tercera ; y en su virtud CASAMOS y ANULAMOS dicha resolución, dictando nueva sentencia conforme a derecho, y declaramos de oficio las costas causadas en la tramitación de su recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, 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 D. Andres Martinez Arrieta D. Jose Ramon Soriano Soriano D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Manuel Marchena Gomez D. Antonio del Moral Garcia

### SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Enero de dos mil catorce.

En la causa incoada por el Juzgado Central de Instrucción nº 1 de Madrid con el número 26 de 2009, y seguida ante la Sala Penal, de la Audiencia Nacional, Sección Tercera, por delito contra la salud pública, contra:

1.- Ildefonso Nazario , nacido en Lima (Perú) el NUM016 /1954, indocumentado, condenado en Sentencia firme de 10/Dic./01 dictada por la Audiencia Provincial de Tarragona en el Sumario nº 12/95 a las penas de 10 años de prisión en calidad de autor de un delito contra la salud pública y de seis meses de prisión como autor de un delito de falsedad documental, en situación de libertad provisional por ésta causa.

2.- Emiliano Bernardino , .nacido en Cali (Colombia) el NUM017 /71, con documento de identidad NIE nº NUM018 , sin antecedentes penales, en situación de libertad provisional por esta causa.

3.- Tania Zulima nacida en Bucaramanga (Colombia) el NUM019 /1963, con documento de identidad NIE nº NUM020 , condenada en Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid el 27/Abril/03 (Sumario nº2/91) a la pena de nueve: años de prisión en calidad de autora de un delito contra la salud pública, en situación de libertad provisional por esta causa.

4.- Felicísima Sonsoles , nacida en Colombia el NUM021 /1971, con documento de identidad DNI/N1E nº NUM022 , sin antecedentes penales, en situación de: libertad provisional por esta causa.

- Ovidio Herminio , nacido en Lima (Perú) el NUM023 /1964, con documento de identidad DNI nº NUM024 , sin antecedentes penales, en situación de libertad provisional por esta causa.

6.- Octavio Segundo , nacido en Badajoz el NUM025 /1977, con documento de identidad DNI/NIE nº NUM026 , sin antecedentes penales, en situación de libertad provisional por esta causa

7.- Saturnino Higinio , nacido en Madrid el NUM027 /1978, con documento de identidad DNI. nº NUM028 , sin. antecedentes penales, en situación de libertad provisional por esta causa.

8:- Alfredo Paulino , nacido en Medellín (Colombia) el NUM029 ./1987; con documento de identidad DNI/NIE. nº NUM030 , sin antecedentes penales, en situación de libertad provisional por esta causa.

9.- Avelino Javier , nacido en Barcelona el NUM031 ./1961, con documento de identidad DNI nº NUM032 , sin antecedentes penales, en situación de libertad provisional por esta bausa

10.- Domingo Ruperto , nacido en Barcelona el NUM033 ./1974, con documento de identidad DNI nº NUM034 , sin antecedentes penales, en situación de libertad provisional por está causa.

11.- Landelino Valeriano , nacido en Bucaramanga (Colombia) el NUM035 /1966, con documento de identidad pasaporte colombiano nº NUM036 , sin antecedentes penales, en situación de Libertad provisional por esta causa.



- 12.- Celestino Ignacio , nacido en Colombia el NUM037 ./1961, con documento de identidad DNI/NIE nº NUM038 , sin antecedentes p en situación de libertad :provisional por esta causa.
- 13.- Lorenzo Baldomero , nacido en Las Palmas de Gran Canaria el NUM039 /1971, con DNI nº NUM040 , sin antecedentes penales, en situación de libertad provisional por esta causa.
- 14.- Gines Baldomero , nacido en Colombia el NUM041 /1964, con documento de identidad pasaporte colombiano nº NUM042 , sin antecedentes penales, en situación de libertad provisional por esta causa.
- 15.- Valentin Gines , nacido en Medellín (Colombia) el NUM043 ./1978, con documento de identidad NIE nº NUM044 , sin antecedentes penales, en situación de libertad provisional por esta causa.
- 16.- Gines Valeriano , nacido en Caldas (Colombia) el NUM045 /1965, con documento de identidad NIE n NUM046 , sin antecedentes penales, en situación de libertad, provisional por esta causa, .
- 17.- Felix Landelino , nacido en Madrid el NUM047 /1954, sin antecedentes penales en situación de libertad provisional por esta causa.
- 18.- Secundino Sixto nacido en Madrid el NUM048 ./1975, sin antecedentes penales, e11 situación. de libertad provisional por esta causa.
- 19.- Fructuoso Gonzalo , nacido en Villablino-Villaseca de Laciana (León) el NUM049 /1978, con documento de identidad DNI nº NUM015 , sin antecedentes penales, en situación de libertad provisional por esta causa.

El acusado. Segismundo Sabino se encuentra en situación procesal de rebeldía..

El acusado Ramon Roque falleció durante la celebración del juicio oral.; se ha dictado sentencia que ha sido CASADA Y ANULADA por la pronunciada en el día de hoy, por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, hace constar los siguientes:

#### I. ANTECEDENTES

Se aceptan los de la sentencia recurrida, suprimiendo de los hechos probados toda mención a que el acusado Fructuoso Gonzalo sea el conocido por " Chipiron " .

#### II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** Tal como se ha argumentado en la sentencia precedente no se ha practicado prueba lícita, válidamente aportada al proceso, que sea suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia de Fructuoso Gonzalo .

#### III. FALLO

Que debemos **absolver y absolvemos** al acusado, Fructuoso Gonzalo , del delito del que venía acusado, con declaración de oficio de las costas causadas en la instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Andres Martinez Arrieta D. Jose Ramon Soriano Soriano D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Manuel Marchena Gomez D. Antonio del Moral Garcia

**PUBLICACIÓN** .- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.