



Roj: **STS 3661/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3661**

Id Cendoj: **28079150012021100089**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Militar**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/10/2021**

Nº de Recurso: **1/2021**

Nº de Resolución: **90/2021**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Disciplinario Militar (L.O. 7/2015)**

Ponente: **FERNANDO PIGNATELLI MECA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STMC 101/2020,**
ATS 5444/2021,
STS 3661/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Militar

Sentencia núm. 90/2021

Fecha de sentencia: 07/10/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION CONTENCIOSO

Número del procedimiento: 1/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 05/10/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Pignatelli Meca

Procedencia: Tribunal Militar Central

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José Palazuelos Morlanes

Transcrito por: NCM

Nota:

RECURSO CASACION CONTENCIOSO núm.: 1/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Pignatelli Meca

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José Palazuelos Morlanes

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Militar

Sentencia núm. 90/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jacobo Barja de Quiroga López, presidente

D. Fernando Pignatelli Meca

D^a. Clara Martínez de Careaga y García

D. José Alberto Fernández Rodera



D. Fernando Marín Castán

En Madrid, a 7 de octubre de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación contencioso-disciplinario militar ordinario número 201/1/2021 de los que ante ella penden, interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Rodrigo Pascual Peña, en nombre y representación del Sargento de la Guardia Civil don Arturo , con la asistencia del Letrado don Fernando Castellanos López, contra la sentencia dictada por la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central con fecha 29 de octubre de 2020 en el recurso contencioso-disciplinario militar ordinario número 193/19. Habiendo sido partes el recurrente y el lltmo. Sr. Abogado del Estado, en la representación que por su cargo ostenta, y han concurrido a dictar sentencia los Excmos. Sres. Presidente y Magistrados anteriormente referenciados, quienes, previa deliberación y votación, expresan el parecer del Tribunal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Fernando Pignatelli Meca.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso-disciplinario militar ordinario número 193/19, deducido en su día por el Sargento de la Guardia Civil don Arturo contra la resolución del Sr. Director General del Instituto Armado de fecha 25 de noviembre de 2019, confirmatoria, en vía de alzada, de la del Excmo. Sr. General de Brigada Jefe Accidental de la Jefatura de Unidades Especiales y de Reserva de fecha 5 de agosto anterior, recaída en el Expediente Disciplinario por falta grave núm. NUM000 , de registro de la Dirección General de la Guardia Civil, por la que se impuso al demandante la sanción de pérdida de cinco días de haberes con suspensión de funciones como autor de una falta grave consistente en "cualquier reclamación, petición o manifestación contrarias a la disciplina debida en la prestación del servicio o basadas en aseveraciones falsas", en su modalidad de "cualquier manifestación contraria a la disciplina debida en la prestación del servicio o basada en aseveraciones falsas", prevista en el apartado 21 del artículo 8 de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del régimen disciplinario de la Guardia Civil, la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central dictó, con fecha 29 de octubre de 2020, sentencia en la que expresamente declaró probados los siguientes hechos:

"I) El demandante, Sargento de la Guardia Civil con destino en el Grupo de Reserva y Seguridad número 7 (Pontevedra) don Arturo , en fechas inmediatamente posteriores al día 11 de mayo de 2018 había mostrado su interés por asistir al 30 curso de intervención rápida, organizado por la Guardia Nacional Republicana de Portugal (GNR), para el que la División de Planeamiento Estratégico y Relaciones Internacionales de la GNR había ofrecido a la Guardia Civil dos plazas para que Oficiales o Suboficiales del Cuerpo pudieran realizar el mismo, que se desarrolló entre los días 03 y 21 de septiembre de 2018. Por ello, fue designado para asistir al mismo por el Director General del Cuerpo en fecha 24 de agosto de 2018.

Incorporado al curso el Sargento Arturo , con fecha 04 de septiembre de 2018 dirigió al mando de la Guardia Nacional Republicana una instancia solicitando la baja en el referido curso, manifestando que no se ajustaba a la información que sobre el mismo había recibido en su unidad, por tratarse de un curso de capacitación para optar a una vacante en Unidades Territoriales similares a lo que en España son las Unidades de Seguridad Ciudadana de Comandancia, que dista en mucho de la doctrina nuestra de control de masas y que de ningún modo se justifica la formación del cuadro de mando, dado que estas Unidades trabajan con equipos de 10 componentes, en tanto que en el GRS se requiere un mínimo de 18 componentes. A ello añadía que su participación en dicho curso es en calidad de alumno y no de asistente, ayudante o auxiliador, como se le había informado. La instancia fue cursada el mismo día mediante correo electrónico por la Consejería de Interior de la Embajada de España en Lisboa a la Secretaría de Cooperación Internacional de la Dirección General de la Guardia Civil, que con fecha 13 del mismo mes contestó por la misma vía comunicando que la Jefatura de Unidades Especiales y de Reserva y el Mando de Operaciones consideraban improcedente la baja del demandante en el curso, por lo que el Sargento Arturo realizó el mismo en su totalidad y lo finalizó con notable aprovechamiento.

II) Una vez solicitada la baja, con fecha 06 de septiembre de 2018 mantuvo una conversación por medio de la aplicación telefónica WhatsApp con el Capitán Jefe de la Compañía de su destino en el GRS nº NUM001 , en la que el Oficial le informo de que su solicitud de baja iba a ser informada negativamente. A ello contesto el recurrente que entendía que la Agrupación de Reserva y Seguridad (ARS) Entiendo se había equivocado enviándole a un curso distinto al que había publicado la GNR, añadiendo que "no contentos con eso me coaccionan a hacer dicho curso", respondiendo el Capitán que "la ARS te ha enviado a un curso que pediste voluntario. A ti no te están coaccionando nada". Tras ello, en el mensaje siguiente el Sargento Arturo manifestó que "yo pedí voluntario un curso cuyos objetivos y finalidades no son los que publicó la ARS, con lo cual me han engañado, solo tiene de cierto la denominación del curso (30 curso de intervención rápida). Y en el momento que informan en sentido negativo, haciéndome permanecer contra mi voluntad, vulnerando un derecho que



tengo, renuncia voluntaria, a mi entender mas que motivada e imponiéndome a realizar algo contra mi voluntad a eso se le denomina coacción"".

SEGUNDO.- El fallo de la referida sentencia es del tenor literal siguiente:

"Que debemos DESESTIMAR y DESESTIMAMOS el RECURSO CONTENCIOSO DISCIPLINARIO MILITAR ORDINARIO número 193/19, interpuesto por el Sargento de la Guardia Civil Don Arturo contra la resolución del Director General de la Guardia Civil de fecha 25 de noviembre de 2019, que agotó la vía administrativa al confirmar enalzada el acuerdo del General Jefe accidental de Unidades Especiales y Reserva de 05 de agosto del mismo año, que le impuso la sanción de PÉRDIDA DE CINCO DÍAS DE HABERES CON [DE] SUSPENSIÓN DE FUNCIONES como autor de una falta grave consistente en efectuar "cualquier manifestación contraria a la disciplina debida en la prestación del servicio", prevista en el apartado 21 del artículo 8 de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil. Resoluciones que confirmamos por ser enteramente ajustadas a Derecho".

TERCERO.- Notificada a las partes dicha sentencia, la representación procesal del Sargento de la Guardia Civil sancionado presentó escrito, que tuvo entrada en el Registro de Relatorías del Tribunal Militar Central con fecha 21 de diciembre de 2020, solicitando se tuviera por preparado recurso de casación contra aquella, lo que se acordó por el Tribunal de instancia en virtud de auto del mismo día, ordenándose al propio tiempo remitir los autos originales a esta Sala así como emplazar a las partes para comparecer ante la misma en el plazo improrrogable de treinta días.

CUARTO.- Recibidos por esta Sala los autos originales y personadas las partes en tiempo y forma ante la misma, mediante providencia de fecha 27 de abril de 2021 se convoca la Sección de Admisión para el día 4 de mayo siguiente, a los efectos previstos en los artículos 90 y siguientes de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, reformada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio.

QUINTO.- Acordada, por auto de 4 de mayo de 2021, la admisión del presente recurso de casación contencioso-disciplinario militar ordinario, la precisión de las cuestiones que se entiende presentan interés casacional objetivo y las normas que, en principio, serán objeto de interpretación y continuar con arreglo a derecho la tramitación del mismo, por la representación procesal del recurrente se formalizó, mediante escrito que tuvo entrada, a través de LexNet, en este Tribunal Supremo el 22 de junio de 2021, el preanunciado recurso de casación, con fundamento en las siguientes alegaciones o consideraciones:

Primera.- Al amparo del artículo 92 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia proclamado en el artículo 24.2 de la Constitución, al no existir prueba de cargo que sustente la resolución sancionadora, al considerar ilícitamente obtenida la prueba obtenida y valorada por la Sala de instancia para la conformación del relato de hechos probados, arguyendo, asimismo, que se ha vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones.

Segunda.- Por la vía que habilita el artículo 92 de la Ley Jurisdiccional, por infracción del principio de legalidad sancionadora y su complemento de tipicidad garantizado en el artículo 25.1 de la Constitución y la jurisprudencia que lo desarrolla, al considerar que no puede entenderse contrario a la disciplina lo manifestado por el recurrente.

SEXTO.- Teniéndose por interpuesto el presente recurso, se confirió traslado del mismo y de las actuaciones de instancia por plazo de treinta días al Ilmo. Sr. Abogado del Estado a fin de que formalizara escrito de oposición, evacuando este dicho trámite en tiempo y forma, solicitando, por las razones que aduce y se dan aquí por reproducidas, su desestimación, con confirmación de la sentencia recurrida.

SÉPTIMO.- No habiendo solicitado las partes la celebración de vista y no conceptuándola tampoco necesaria esta Sala, se declaró concluso el presente rollo, señalándose, por providencia de fecha 14 de septiembre de 2021, el día 5 de octubre siguiente, a las 11:30 horas, para la deliberación, votación y fallo del recurso, lo que se llevó a efecto por la Sala en dichas fecha y hora con el resultado decisorio que a continuación se expresa.

OCTAVO.- La presente sentencia ha quedado redactada por el ponente con fecha de 6 de octubre de 2021 y se ha pasado, a continuación, a la firma del resto de miembros de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la primera de las alegaciones en que articula su impugnación, y al amparo del artículo 92 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, denuncia la representación procesal del recurrente haberse conculcado por la sentencia de instancia el derecho fundamental a la presunción de inocencia proclamado en el artículo 24.2 de la Constitución, en razón de no existir prueba de cargo que sustente la resolución sancionadora, al considerar ilícitamente obtenida la prueba obtenida y valorada por la



Sala de instancia para la conformación del relato de hechos probados, pues la única prueba de cargo -que aduce también que ha sido erróneamente valorada- son los mensajes de WhatsApp que presuntamente el recurrente remitió al Capitán Celestino, prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales lo que impide su valoración según lo dispuesto en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pues la Administración sancionadora no ha aportado al procedimiento cotejo por parte del Secretario del Expediente Disciplinario que certifique la autenticidad de dichos mensajes -en concreto, que dentro del *chat* o conversación se acreditare que el teléfono remitente era el del recurrente y el receptor el del oficial que aportó los mismos-, ni se certificó que el terminal móvil al que se remitieran perteneciera al oficial o, en su defecto, que fuera mostrado físicamente al Secretario del procedimiento administrativo, lo que lleva a dicha representación procesal a concluir que no se ha garantizado la cadena de custodia de los mensajes, su autenticidad y ni tan siquiera la identidad de las personas que supuestamente emitieron y recibieron los mismos -alegando que no figura ni la imagen del perfil de WhatsApp del recurrente-, no reuniendo la prueba de mérito los requisitos exigidos por la jurisprudencia para poder ser considerada válida, arguyendo, además, que se ha vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones, pues el aludido Capitán evidenció una comunicación cuyo único destinatario era él mismo, sacando del ámbito de la esfera íntima -sin autorización de ningún tipo, ni del otro interlocutor ni de la autoridad judicial- una conversación únicamente a él dirigida, por lo que dicha prueba no puede ser valorada, de manera que, excluida del acervo probatorio la prueba indicada, concluye la parte que recurre que no existe ninguna prueba de cargo que sustente la declaración de hechos probados de la sentencia impugnada, por lo que se infringe el derecho fundamental a la presunción de inocencia del demandante.

Hemos de adelantar, desde ahora, que mientras la pretensión de infracción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones que se contiene en esta alegación no puede ser acogida, la que se refiere a la conculcación del derecho fundamental a la presunción de inocencia en base a la falta de validez de la prueba documental de que ha dispuesto la Sala sentenciadora -la transcripción de los mensajes de WhatsApp que se asevera en el relato probatorio que el ahora recurrente remitió el 6 de septiembre de 2018 al Capitán don Celestino, Jefe de la Compañía de su destino- debe, por el contrario, prosperar.

Comenzando nuestro análisis por el examen de la argüida vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones en razón de que Capitán Celestino evidenció una comunicación cuyo único destinatario era él mismo, sacando del ámbito de la esfera íntima -sin autorización de ningún tipo, ni del otro interlocutor ni de la autoridad judicial- una conversación únicamente a él dirigida, por lo que dicha prueba no puede ser valorada, a la vista de las actuaciones la tesis del recurrente no encuentra sustento ni en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ni en la de las Salas Segunda y Quinta de este Tribunal Supremo.

En relación con la garantía del secreto de las comunicaciones, en especial postales, telegráficas y telefónicas, que proclama el apartado 3 del artículo 18 de la Constitución, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, en su sentencia 114/1984, de 29 de noviembre, seguida por la núm. 56/2003, de 24 de marzo, de la misma Sala, tras poner de relieve que "sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de "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", concreta que "no hay "secreto" **para aquél a quien la comunicación se dirige**, ni implica contravención de lo dispuesto en el art. 18.3 de la Constitución la retención, por cualquier medio, del contenido del mensaje. Dicha retención (la grabación, en el presente caso) podrá ser, en muchos casos, el presupuesto fáctico para la comunicación a terceros, pero ni aun considerando el problema desde este punto de vista puede apreciarse la conducta del interlocutor como preparatoria del ilícito constitucional, que es el quebrantamiento del secreto de las comunicaciones. Ocurre, en efecto, que el concepto de "secreto" en el art. 18.3 tiene un carácter "formal", en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado. Esta condición formal del secreto de las comunicaciones (la presunción iuris et de iure de que lo comunicado es "secreto", en un sentido sustancial) ilumina sobre la identidad del sujeto genérico sobre el que pesa el deber impuesto por la norma constitucional. Y es que tal imposición absoluta e indiferenciada del "secreto" no puede valer, siempre y en todo caso, para los comunicantes, de modo que pudieran considerarse actos previos a su contravención (previos al quebrantamiento de dicho secreto) los encaminados a la retención del mensaje. Sobre los comunicantes no pesa tal deber, sino, en todo caso, y ya en virtud de norma distinta a la recogida en el art. 18.3 de la Constitución, un posible "deber de reserva" que -de existir- tendría un contenido estrictamente material, en razón del cual fuese el contenido mismo de lo comunicado (un deber que derivaría, así del derecho a la intimidad reconocido en el art. 18.1 de la Norma fundamental)", para concluir que "quien entrega a otro la carta recibida o quien emplea durante su conversación telefónica un aparato amplificador de la voz que permite captar aquella conversación a otras personas presentes no está violando el secreto de las comunicaciones, sin perjuicio de que estas mismas conductas, en el caso de que lo así transmitido a otros entrase en la esfera "íntima" del



interlocutor, pudiesen constituir atentados al derecho garantizado en el artículo 18.1 de la Constitución. Otro tanto cabe decir, en el presente caso, respecto de la grabación por uno de los interlocutores de la conversación telefónica. Este acto no conculca secreto alguno impuesto por el art. 18.3 y tan sólo, acaso, podría concebirse como conducta preparatoria para la ulterior difusión de lo grabado. Por lo que a esta última dimensión del comportamiento considerado se refiere, es también claro que la contravención constitucional sólo podría entenderse materializada por el hecho mismo de la difusión (art. 18.1 de la Constitución). Quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de toda otra consideración, al derecho reconocido en el art. 18.3 de la Constitución; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado. Si se impusiera un genérico deber de secreto a cada uno de los interlocutores o de los corresponsables ex art. 18.3, se terminaría vaciando de sentido, en buena parte de su alcance normativo, a la protección de la esfera íntima personal ex art. 18.1, garantía ésta que, "a contrario", no universaliza el deber de secreto, permitiendo reconocerlo sólo al objeto de preservar dicha intimidad (dimensión material del secreto, según se dijo). Los resultados prácticos a que podría llevar tal imposición indiscriminada de una obligación de silencio al interlocutor son, como se comprende, del todo irrazonables y contradictorios, en definitiva, con la misma posibilidad de los procesos de libre comunicación humana".

Por su parte, la Sala Segunda de este Tribunal Supremo en su sentencia núm. 623/2020, de 19 de noviembre de 2020 -R. 384/2019-, tras señalar que "esta Sala de forma reiterada ha declarado la no afectación al derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad cuando una persona, graba sus propias conversaciones con terceros, con exclusión de aquellos supuestos relacionados con la provocación delictiva o su empleo como medio de indagación desde estructuras oficiales de investigación delictiva, o que afectan al núcleo de la intimidad. También ha de añadirse los supuestos en los que el contenido de lo grabado es divulgado, ocasionando un daño a la intimidad para lo que habría de estarse al contenido, íntimo o no, de lo que se divulga y ha sido obtenido de forma irregular. Salvados esos escollos, de provocación, de empleo por parte de una institución pública de investigación, o de vulneración del derecho a la intimidad, su utilización podrá ser considerada inapropiada, o cuestionada éticamente, pero no supone una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones", precisa que "así la STS 421/2014, de 16 de mayo, nos dice, "Comenzando por la denuncia de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, es claro que su rechazo por parte del Tribunal Superior se ajusta tanto a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como a la de esta Sala. Pues ya en la sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984, de 29 de noviembre, después recordada en la 56/2003, de 24 de marzo, se estableció que 'no hay secreto para aquél a quien la comunicación se dirige, ni implica contravención de lo dispuesto en el art. 18.3 CE la retención, por cualquier [medio] del contenido del mensaje. Dicha retención (la grabación, en el presente caso) podrá ser, en muchos casos, el presupuesto fáctico para la comunicación a terceros, pero ni aun considerando el problema desde este punto de vista puede apreciarse la conducta del interlocutor como preparatoria del ilícito constitucional, que es el quebrantamiento del secreto de las comunicaciones. Quien entrega a otro la carta recibida o quien emplea durante su conversación telefónica un aparato amplificador de la voz que permite captar aquella conversación a otras personas presentes no está violando el secreto de las comunicaciones, sin perjuicio de que estas mismas conductas, en el caso de que lo así transmitido a otros entrase en la esfera <<íntima>> del interlocutor, pudiesen constituir atentados al derecho garantizado en el art. 18.1 CE. Otro tanto cabe decir, en el presente caso, respecto de la grabación por uno de los interlocutores de la conversación telefónica. El acto de la grabación por uno de los interlocutores de la conversación no conculca secreto alguno impuesto por el art. 18.3 y tan sólo, acaso, podría concebirse como conducta preparatoria para la ulterior difusión de lo grabado. Por lo que a esta última dimensión del comportamiento considerado se refiere, es también claro que la contravención constitucional sólo podría entenderse materializada por el hecho mismo de la difusión (art. 18.1 CE). Quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de toda otra consideración, al derecho reconocido en el art. 18.3 CE; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado. Si se impusiera un genérico deber de secreto a cada uno de los interlocutores o de los corresponsables ex art. 18.3, se terminaría vaciando de sentido, en buena parte de su alcance normativo, a la protección de la esfera íntima personal ex art. 18.1, garantía ésta que, a contrario, no universaliza el deber de secreto, permitiendo reconocerlo sólo al objeto de preservar dicha intimidad (dimensión material del secreto, según se dijo). Los resultados prácticos a que podría llevar tal imposición indiscriminada de una obligación de silencio al interlocutor son, como se comprende, del todo irrazonables y contradictorios, en definitiva, con la misma posibilidad de los procesos de libre comunicación humana". Esta misma doctrina ha sido también recogida en numerosas sentencias de esta Sala de casación en las que se excluyó la conculcación del derecho al secreto de las comunicaciones por el hecho de grabar y almacenar una conversación por parte de alguno de los intervinientes en la misma (SST 2081/2001, de 9-11; 2008/2006, de 2-2; 1051/2009, de 28-10; 682/2011, de 24-6; y 298/2013, de 13-3, entre otras). La STS 652/2016, realiza, a la luz de esa reiterada jurisprudencia, las siguientes conclusiones al respecto: En primer



lugar, parece existir consenso en que la utilización en el proceso penal de grabaciones de conversaciones privadas grabadas por uno de los interlocutores, no vulnera en ningún caso el derecho constitucional al secreto de las comunicaciones. En segundo lugar, también existe consenso en que no vulneran el derecho constitucional a la intimidad, salvo casos excepcionales en que el contenido de la conversación afectase al núcleo íntimo de la intimidad personal o familiar de uno de los interlocutores. En tercer lugar, existe una mayor polémica en lo que se refiere a la posible vulneración del derecho fundamental a no declarar contra si mismo y a no confesarse culpable, que recoge el principio "*nemo tenetur*". El planteamiento restrictivo de la STS citada en el caso actual por la parte recurrente, STS 178/96, de 1 de marzo, que considera que la utilización de estas grabaciones vulnera el citado derecho fundamental, no ha sido seguido de modo generalizado por la doctrina jurisprudencial, que matiza diversos supuestos. La doctrina criticó esta resolución aduciendo que los derechos a guardar silencio, a no declarar contra si mismo y a no declararse culpable son garantías constitucionales que despliegan sus efectos en relación con las declaraciones del imputado ante la Autoridad o sus agentes (STC 197/95, de 21 de diciembre o STC 313/97, de 2 de octubre), por lo que no deben aplicarse a manifestaciones realizadas entre particulares y fuera del procedimiento. La propia STS núm 421/2014, de 16 de mayo, ya citada, que sigue el criterio de la STS 178/96, destaca la diferencia que concurre en el caso entonces enjuiciado precisamente porque "se dan en el caso unas circunstancias especiales o singulares, habida cuenta que no se está ante un supuesto en el que sean las autoridades o agentes estatales los que obtienen all[la] declaración, excluyéndose así la relación Estado/ciudadano que es el ámbito natural donde operan los derechos fundamentales", lo que permite entender que los casos de invalidez deben reservarse, en realidad, para los supuestos de grabaciones realizadas por la autoridad o sus agentes, como sucede por ejemplo en la STS de 9 de noviembre de 2001, también citada en la anterior resolución, en la que las grabaciones subrepticias se realizaron directamente por dos agentes de la Guardia Civil". Por último, debemos citar la reciente STS 214/2018, de 8 de mayo, que a la luz de la extensa doctrina jurisprudencial, de la doctrina del TC y del TEDH, sienta una serie de conclusiones: 1º) La utilización en el proceso penal de grabaciones de conversaciones privadas grabadas por uno de los interlocutores, no vulnera en ningún caso el derecho constitucional al secreto de las comunicaciones. 2º) Tampoco vulnera el derecho constitucional a la intimidad, salvo casos excepcionales en que el contenido de la conversación afectase al núcleo íntimo de la intimidad personal o familiar de uno de los interlocutores. 3º) Vulneran el derecho fundamental a no declarar contra si mismo y a no confesarse culpable, y en consecuencia incurrir en nulidad probatoria, cuando las grabaciones se han realizado desde una posición de superioridad institucional (agentes de la autoridad o superiores jerárquicos) para obtener una confesión extraprocesal arrancada mediante engaño, salvo los supuestos de grabaciones autorizadas por la autoridad judicial conforme a los art 588 y siguientes de la LECrim. 4º) No vulneran el derecho fundamental a no declarar contra si mismo y a no confesarse culpable, cuando se han realizado en el ámbito particular. 5º) Pueden vulnerar el derecho a un proceso con todas las garantías, cuando la persona grabada ha sido conducida al encuentro utilizando argucias con la premeditada pretensión de hacerle manifestar hechos que pudieran ser utilizados en su contra, en cuyo caso habrán de ponderarse el conjunto de circunstancias concurrentes. 6º) La doctrina jurisprudencial prescinde de calificar las manifestaciones realizadas por el inculpado en estas grabaciones como confesión, utilizando las grabaciones como ratificación de las declaraciones de los demás intervinientes en la conversación, que tienen el valor de testimonio de referencia sobre las declaraciones del inculpado", añadiendo que "el Tribunal de instancia analiza la cuestión previa planteada en los términos que ahora se alegan en el recurso en el FD 2º, afirmando que las grabaciones aportadas que hizo el testigo ... mantenidas entre él y el acusado, así como con el hermano del mismo, fueron escuchadas en el juicio oral, que el otro interviniente en la conversación declaró y confirmó su contenido, y que la reunión se produjo después de que el acusado llamara al testigo y no al revés, sin que aprecie el Tribunal duda alguna sobre una posible alteración" y concluyendo que "la Sala no tiene ningún problema para valor la citada prueba, argumento que compartimos, puesto que no existe vulneración del secreto de las comunicaciones conforme a la Jurisprudencia que hemos citado, si como ocurre en este caso el denunciante graba su conversación con el acusado, por lo que en el caso de autos, sólo cabría cuestionar si su inclusión como medio probatorio pudo afectar al derecho a la intimidad del perjudicado, lo cual ni si quiera se pone de relieve por el recurrente, además, no consta que en la conversación se reflejan datos íntimos del acusado referidos a creencias ideológicas, personales o de salud, sino que el contenido de las conversaciones gira en torno a los hechos que ocurrieron el día 25 de octubre de 2014, en definitiva nada que afecte a la intimidad parece desprenderse de su contenido", como ocurre en el presente caso.

A su vez, esta Sala, en el Quinto de los Fundamentos de Derecho de su sentencia de 16 de julio de 2008, afirma que "por lo que se refiere a la grabación magnetofónica efectuada por el Alférez de una parte de sus encuentros con el acusado, corresponde efectuar dos precisiones. La primera es que, como ya recogíamos en Sentencia de 10 de marzo de 2003, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984, de 29 de noviembre (ratificada posteriormente en Sentencia 56/2003, de 24 de marzo), al referirse a la posible violación del secreto de las comunicaciones, señala que el acto de la grabación de una conversación en la que se participa no conculca



secreto alguno impuesto por el artículo 18.3 de la Constitución, pues no es lo mismo grabar una conversación "de otros", que grabar una conversación "con otro" y que "tan sólo, acaso, podría concebirse como conducta preparatoria para la ulterior difusión de lo grabado", difusión que podría vulnerar el derecho a la intimidad personal, reconocido en el artículo 18.1 de la Constitución, cuando el contenido de la conversación afectara a la esfera íntima de la persona constitucionalmente protegida. En segundo lugar, hemos de precisar que en el caso presente la grabación no se produjo sobre una conversación en la que se contuvieran aspectos íntimos o personales de los intervinientes, sino que la grabación se realizó respecto de conversaciones relacionadas con el cumplimiento del servicio, en las que no se nos muestran datos que deban ser preservados por afectar a la esfera de la intimidad. Todo lo cual supone que el mencionado instrumento probatorio, hubiera podido desplegar su eficacia para acreditar los hechos, validada la autenticidad de su contenido por el juzgador".

Nuestra sentencia núm. 68/2019, de 28 de mayo de 2019, tras indicar que "constituye doctrina constante del Tribunal Constitucional, expresada ya en su sentencia 114/84, de 29 de noviembre (FJ 8.º) [que] "no constituye contravención alguna del secreto de las comunicaciones la conducta del interlocutor en la conversación que graba ésta (que graba también, por lo tanto, sus propias manifestaciones personales ...). La grabación en sí -al margen de su empleo ulterior- sólo podría constituir un ilícito sobre la base del reconocimiento de un hipotético 'derecho a la voz' que no cabe identificar en nuestro ordenamiento["]; y añade que "(la) protección de la propia voz existe sólo en el Derecho español, como concreción del derecho a la intimidad y, por ello mismo, sólo en la medida en que la voz ajena sea utilizada ad extra y no meramente registrada, y aun en este caso cuando dicha utilización lo sea con determinada finalidad (art. 7.6 de la citada Ley Orgánica 1/1982): 'utilización de la voz de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga[']", que no es lo que ha ocurrido en el caso a la vista. La grabación, pues, fue lícita", así como que "la garantía constitucional del secreto de las comunicaciones solo opera cuando la injerencia es realizada por una persona ajena al proceso de comunicación, ya que lo que persigue la norma es garantizar la impenetrabilidad de la comunicación por terceros ajenos a la misma. Así lo declaró ya la STC n.º 56/2003, de 24 de marzo "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", dice que "solo podrá vulnerarse el derecho fundamental reconocido en el art. 18.3 cuando se graba la conversación de otro, pero no cuando se graba una conversación con otro. Conforme a la STC no[º] 114/1984, de 29 de noviembre "no hay secreto para aquél a quien la comunicación se dirige, no implica contravención de lo dispuesto en el art. 18.3 de la Constitución la retención, por cualquier medio, del contenido del mensaje, pues sobre los comunicantes no pesa el deber del secreto". En igual sentido la STS n.º 239/2010, de 24 de marzo, sostiene que la grabación por uno de los interlocutores de la conversación telefónica "no conculca secreto alguno impuesto por el art. 18.3 y tan solo, acaso, podría concebirse como conducta preparatoria para la ulterior difusión de lo grabado. Por lo que a esta última dimensión del comportamiento considerado se refiere, es también claro que la contravención constitucional solo podría entenderse materializada por el hecho mismo de la difusión ... Los resultados prácticos a que podría llevar tal imposición indiscriminada de una obligación de silencio al interlocutor son, como se comprende, del todo irrazonables y contradictorios, en definitiva, con la misma posibilidad de los procesos de libre comunicación humana", razón por la que asevera que "conforme a dicha doctrina la grabación de las palabras de los acusados realizadas por el Sr. ..., incluso con el propósito de su posterior revelación, no vulnera ningún derecho al secreto, ni a la discreción, ni a la intimidad, pues "no se alcanza a comprender el interés constitucional que podría existir en proteger el secreto de los propósitos delictivos" (SSTS n.º 386/2002, de 27 de febrero, 883/1994, de 11 de mayo, 977/1999, de 17 de junio). En el mismo sentido la STS sala 2.ª de fecha 24.3.10 dice que: "Dicho esto, es claro, en primer lugar, que no existe una vulneración del derecho a la intimidad cuando el propio recurrente es el que ha exteriorizado sus pensamientos sin coacción de ninguna especie. Tal exteriorización demuestra que el titular del derecho no desea que su intimidad se mantenga fuera del alcance del conocimiento de los demás. Pretender que el derecho a la intimidad alcanza inclusive al interés de que ciertos actos, que el sujeto ha comunicado a otros, sean mantenidos en secreto por quien ha sido destinatario de la comunicación, importa una exagerada extensión del efecto horizontal que se pudiera otorgar al derecho fundamental a la intimidad. Dicho en otras palabras: el art. 18 C.E. no garantiza el mantenimiento del secreto de los pensamientos que un ciudadano comunica a otro. c) Asimismo, el derecho al secreto de las comunicaciones, que, reiteramos, como todo derecho fundamental se refiere esencialmente a la protección de los ciudadanos frente al Estado, tampoco puede generar un efecto horizontal, es decir, frente a otros ciudadanos, que implique la obligación de discreción o silencio de éstos. Por lo tanto, pretender que la revelación realizada por el denunciante de los propósitos que le comunicaron los acusados vulnera un derecho constitucional al secreto, carece de todo apoyo normativo en la Constitución. De ello se deduce sin la menor fricción que la grabación de las palabras de los acusados realizada por el denunciante con el propósito de su posterior revelación no vulnera ningún derecho al secreto, ni a la discreción, ni a la intimidad del recurrente. La Constitución y el derecho ordinario, por otra parte, no podrían establecer un derecho a que la exteriorización de propósitos delictivos sea mantenida en secreto por el destinatario de esta. En principio,



tal derecho resulta rotundamente negado por la obligación de denunciar que impone a todos los ciudadanos el art. 259 de la LECRIM., cuya constitucionalidad no ha sido puesta en tela de juicio por ninguno de los sujetos del presente proceso", llegando a la conclusión de que "en definitiva, la grabación por uno de los interlocutores de la conversación no conculca derecho alguno impuesto por el art. 18.3 CE, quien graba una conversación "de otro" atenta independientemente [de] toda otra consideración al derecho reconocido en el art. 18.3 CE, por el contrario, quien graba una conversación "con otro" no incurre por este solo hecho en conducta contraria al precepto constitucional citado"; y por lo que hace referencia a la posible vulneración del derecho a no declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable, la sentencia de esta Sala que traemos a colación, tras señalar que "la jurisprudencia se ha pronunciado igualmente y así, entre otras, la sentencia 214/18, de 8 de mayo, donde se recoge la STS 421/2014 de 16 de mayo dice: "que la respuesta a la alegación de la parte recurrente sobre tal derecho fundamental encierra mayores dificultades al suscitar una cuestión procesal notablemente vidriosa, debido al conflicto de intereses que puede darse en estos casos entre el derecho de defensa del acusado y el derecho a la prueba de los posibles perjudicados por un hecho delictivo", afirma que "la sentencia del Tribunal Constitucional 178/1996, de 1 de marzo, examina el supuesto de una escucha en juicio de una cinta que contenía una conversación grabada, mostrando la defensa su desacuerdo con la audición efectuada en el acto del juicio oral. Según su criterio, no debió ser unida a las actuaciones y mucho menos ser escuchada en el acto del plenario, por lo que entiende que se ha vulnerado el art. 24 CE. A ello respondió esta sala que la cuestión de la validez de una grabación subrepticia de una conversación entre cuatro personas realizada por una de ellas sin advertírsele a los demás, no ataca a la intimidad ni al derecho al secreto de las comunicaciones, ya que las manifestaciones realizadas representaban la manifestación de voluntad de los intervinientes que fueron objeto de grabación de manera desleal desde el punto de vista ético pero que no traspasan las fronteras que el ordenamiento jurídico establece para proteger lo íntimo y secreto. No obstante, y de manera clara y terminante, la sala sentenciadora acuerda rechazar la validez de la grabación pues si la hubiese admitido se desconocería el derecho de los acusados a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables. La conversación no surgió espontáneamente y hubiera tenido otros derroteros, como es lógico, si todos los interlocutores supieran que se estaba grabando o por lo menos hubieran acomodado sus preguntas y respuestas a la situación creada por la existencia de un instrumento de grabación. El contenido de una conversación obtenida por estos métodos no puede ser incorporado a un proceso criminal en curso cuando se trata de utilizarlo como prueba de la confesión de alguno de los intervinientes ya que esta se ha producido sin ninguna de las garantías establecidas por los principios constitucionales y es nula de pleno derecho. La sala sentenciadora, de acuerdo con esta doctrina, prescinde por completo de cuantas manifestaciones se hicieron en la conversación grabada ya que, desde un punto de vista estrictamente procesal, se hicieron de manera provocada y con la exclusiva intención de presentarlas como prueba en las diligencias en curso y sin estar revestidas de las garantías que aporta la intervención del juez y del secretario judicial y la advertencia de los derechos a no declarar y a no confesarse culpable. Igualmente, la sentencia núm. 298/2013, de 13 de marzo, señala expresamente que muy diferente sería el supuesto si lo que se hubiese buscado es desde una posición de superioridad institucional (agentes de la autoridad) una "confesión" extraprocesal arrancada mediante engaño. De lo que podemos concluir que conforme a la doctrina jurisprudencial sí estarían afectadas de nulidad las grabaciones realizadas engañosamente por agentes de la autoridad a modo de confesión extrajudicial, por vulnerar el derecho constitucional a no confesarse culpable, pero no en las relaciones privadas", añadiendo que "el análisis de la doctrina del TEDH permite constatar que al examinar el derecho a no auto incriminarse deben tomarse en consideración diversos factores. La naturaleza y grado de la compulsión utilizada para obtener la prueba, el peso del interés público en la investigación y castigo del delito en cuestión (proporcionalidad), la existencia de otras garantías en el procedimiento y el uso que se ha dado al material obtenido. En relación con este último punto, es de destacar que la mayoría de la doctrina jurisprudencial relativa a esta materia prescinde de calificar las manifestaciones realizadas por el inculpado en estas grabaciones como confesión. Generalmente, incluido en los supuestos en que no se consideran válidas las grabaciones, se parte de la base de que son válidas las declaraciones de los demás intervinientes en la conversación, que tienen el valor de testimonio de referencia sobre las manifestaciones del inculpado. Declaraciones que se confirman o ratifican con el contenido de las grabaciones, tomando el Tribunal siempre en consideración la buena fe (carencia de ardid) y el grado de coerción concurrentes", por lo que "en consecuencia, y a la luz de la extensa doctrina jurisprudencial expuesta, de la doctrina del TC y del TEDH, pueden sentarse una serie de conclusiones: 1.º La utilización en el proceso penal de grabaciones de conversaciones privadas grabadas por uno de los interlocutores, no vulnera en ningún caso el derecho constitucional al secreto de las comunicaciones. 2.º Tampoco vulnera el derecho constitucional a la intimidad, salvo casos excepcionales en que el contenido de la conversación afectase al núcleo íntimo de la intimidad personal o familiar de uno de los interlocutores. 3.º Vulneran el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, y en consecuencia incurren en nulidad probatoria, cuando las grabaciones se han realizado desde una posición de superioridad institucional (agentes de la autoridad o superiores jerárquicos) para obtener una confesión extraprocesal arrancada mediante engaño, salvo los supuestos de grabaciones autorizadas por la



autoridad judicial conforme a los art[s.] 588 y siguientes de la LECRIM. 4.º No vulneran el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, cuando se han realizado en el ámbito particular. 5.º Pueden vulnerar el derecho a un proceso con todas las garantías, cuando la persona grabada ha sido conducida al encuentro utilizando argucias con la premeditada pretensión de hacerle manifestar hechos que pudieran ser utilizados en su contra, en cuyo caso habrán de ponderarse el conjunto de circunstancias concurrentes. 6.º La doctrina jurisprudencial prescinde de calificar las manifestaciones realizadas por el inculpado en estas grabaciones como confesión, utilizando las grabaciones como ratificación de las declaraciones de los demás intervinientes en la conversación, que tienen el valor de testimonio de referencia sobre las declaraciones del inculpado".

Y, por último, la sentencia de esta Sala núm. 32/2020, de 19 de mayo de 2020, tras aseverar que "la Sala no puede sino confirmar en este punto el acertado criterio del Tribunal de instancia pues, como reiteradamente viene señalando nuestro Tribunal Constitucional, la garantía constitucional del secreto de las comunicaciones solo opera cuando la injerencia es realizada por una persona ajena al proceso de comunicación, ya que lo que persigue la norma es garantizar la impenetrabilidad de la comunicación por terceros ajenos a la misma (en este sentido, STC nº 56/2003, de 24 de marzo)", sienta que "en la misma línea, esta Sala viene recordando, (por todas, Sentencia de 28 de mayo de 2019) que "solo podrá vulnerarse el derecho fundamental reconocido en el artículo 18.3 cuando se graba la conversación de otro, pero no cuando se graba una conversación con otro", por lo que la grabación por uno de los interlocutores de la conversación propia no conculca derecho constitucional alguno".

A la luz de la doctrina que la jurisprudencia expuesta trasluce, esta Sala no puede sino compartir lo sostenido por el Tribunal de instancia, en el sentido de que la utilización por la autoridad sancionadora de la grabación contenida en el volcado de pantalla o *pantallazo* de que el Capitán Celestino hizo entrega al Instructor del Expediente Disciplinario en manera alguna vulneró el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones del recurrente -ni, obviamente, lo hizo el aludido Capitán al hacer entrega al Instructor del procedimiento sancionador de los mensajes de WhatsApp grabados en su teléfono portátil-, pues no existe constancia -ni el propio demandante lo aduce- de que el recurrente no emitiera voluntariamente sus opiniones a dicho oficial y las mismas, desde luego, dado su contenido, para nada afectan, caso de ser auténticas, a la intimidad personal o familiar del ahora demandante -ni, aunque nada se haya alegado al respecto, el derecho fundamental del recurrente a no declarar contra si mismo y a no confesarse culpable, pues los mensajes grabados no lo han sido desde una posición de superioridad institucional del Capitán Jefe de la Unidad del demandante para obtener una confesión extraprocesal arrancada mediante engaño-, por todo lo cual esta primera pretensión resulta improsperable.

SEGUNDO.- Respecto a la pretensión de haberse incurrido por la sentencia que se combate en vulneración del derecho esencial a la presunción de inocencia del demandante en base a la falta de validez de la prueba documental de que ha dispuesto la Sala sentenciadora -la transcripción de los mensajes de WhatsApp que, a tenor del *factum* sentencial, el ahora recurrente remitió el 6 de septiembre de 2018 al Capitán Celestino, Jefe de la Compañía de su destino- debe, por el contrario, prosperar.

A tal efecto, lo primero que hemos de poner de relieve, siguiendo nuestras sentencias núms. 109/2019, de 24 de septiembre, 132/2019, de 28 de noviembre y 142/2019, de 17 de diciembre de 2019, 1/2020, de 23 de enero, 15/2020, de 13 de febrero, 63/2020 y 67/2020, de 14 y 20 de octubre y 83/2020 y 88/2020, de 2 y 16 de diciembre de 2020 y 9/2021 y 11/2021, de 17 y 22 de febrero, 15/2021, de 1 de marzo y 73/2021, de 20 de julio de 2021, es que, aunque "venimos diciendo repetidamente en relación con la posible vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, que en la nueva regulación del recurso de casación contencioso administrativo, éste se encuentra esencialmente destinado a resolver cuestiones jurídicas. Así, en el vigente artículo 87 bis.1 de la LJCA se establece que el recurso de casación viene limitado a las cuestiones de derecho, con exclusión de las cuestiones de hecho, sin perjuicio de que el artículo 93.3 de la ley permita integrar en los hechos admitidos como probados por la sala de instancia aquéllos que, habiendo sido omitidos por ésta, estén suficientemente justificados en las actuaciones y cuya toma en consideración resulte necesaria para apreciar la infracción alegada de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, incluso la desviación de poder. Es por ello, que al quedar al margen del recurso las cuestiones de hecho, también excede de nuestro examen la valoración de la prueba, por lo que si la alegación que se presenta se limita a plantear la mera discrepancia de la parte recurrente con la valoración realizada por el tribunal de instancia habremos de rechazar la vulneración invocada. Y es que ya en la anterior regulación del recurso de casación excluíamos de él la valoración de la prueba y precisábamos que ésta solo podía ser cuestionada, cuando excepcionalmente se podía comprobar que la valoración de la prueba se había realizado de manera manifiestamente ilógica, irracional o arbitraria; o con clara evidencia de falta de valoración de la prueba de descargo. Por lo que ahora, en la vigente regulación del recurso, no cabe sino mantener este criterio y aplicarlo con mayor rigor, sin que quepa atender a valoraciones alternativas de la parte a un razonamiento de los jueces de instancia que no parece



en forma alguna que se muestre ilógico, irracional o arbitrario", hemos añadido que "sin embargo es lo cierto que dado que nos encontramos en el ámbito del derecho punitivo y más específicamente en la aplicación del derecho disciplinario militar -que contempla la privación de libertad entre las sanciones aplicables- tratamos de realizar una interpretación más laxa y abierta de la casación contencioso disciplinaria y agotar la tutela judicial en una materia tan impregnada por los principios que informan el derecho penal y sus garantías, de los que solo cabe separarse matizadamente y que claramente conducen a poder revisar los hechos en sede judicial en una segunda instancia; lo que en definitiva nos permite extender nuestro análisis a constatar la existencia de un mínimo de actividad probatoria y a si la valoración de la prueba efectuada en la única instancia cabe tildarla de arbitraria o irrazonable (sentencia de 25 de octubre de 2017)".

En sus sentencias núms. 1/2018, de 10 de enero de 2018 y 9/2021 y 11/2021, de 17 y 22 de febrero, 15/2021, de 1 de marzo y 73/2021, de 20 de julio de 2021, esta Sala, tras poner de relieve que "nuestra jurisprudencia constante respecto de la invocación de haberse vulnerado este derecho esencial (contenida en sentencias recientes de 27 de febrero de 2015; 18 de mayo de 2015; 10 de julio de 2015; 21 de septiembre de 2015; 18 de diciembre de 2015; 24 de mayo de 2016 y 10 de octubre de 2016, entre otras muchas, en sintonía con la doctrina constitucional, últimamente reflejada en STC 125/2017, de 13 de octubre), viene declarando que la viabilidad de la queja por haberse producido la lesión constitucional que se aduce, depende de la situación de vacío probatorio en que el tribunal sentenciador hubiera llegado a formular (confirmar en puridad) el reproche disciplinario, porque existiendo prueba de cargo suficiente, válidamente obtenida, regularmente practicada y razonablemente apreciada, no puede pretenderse de esta sala que proceda al nuevo examen del cuadro probatorio, de cargo y de descargo, ya valorado por el tribunal sentenciador sustituyendo a éste en su función más propia de ponderación de la prueba que da soporte al relato fáctico. Nuestro control casacional se contrae a verificar la presencia de aquellos extremos relativos a la existencia de verdadera prueba incriminatoria, su suficiencia, licitud y validez. Comprobado lo cual solo podría esta sala de casación discrepar sobre la racionalidad y la lógica del razonamiento seguido por el tribunal de instancia para fundamentar su convicción probatoria. No se trata en este trance casacional de hacer comparaciones entre la apreciación judicial *a quo* y otras alternativas ofrecidas por el recurrente sobre como pudieron ocurrir los hechos, sino de confirmar que la decisión del tribunal se adecúa y es conforme a las reglas de la lógica, de la ciencia y de la común experiencia", sienta que "una vez que se ha constatado que medió prueba de cargo válida que da soporte a la narración factual y que, por consiguiente, se enervó la presunción interina de inocencia, debemos traer a colación que el objeto de este recurso extraordinario por interés casacional se refiere a las cuestiones de derecho, excluyéndose la revisión de los hechos probados a lo que se opone expresamente el art. 87.bis.1 de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, con la única excepción prevista en su art. 93.3 que no resulta de aplicación al caso".

Hemos de partir de que el derecho a la presunción de inocencia despliega, como afirman nuestras sentencias de 10 de febrero, 14 de marzo, 3, 24 y 31 de mayo, 12 de julio, 22 de septiembre, 23 y 29 de noviembre de 2016, núms. 2/2017, de 13 de enero, 19/2017, de 14 de febrero, 47/2017, de 24 de abril, 51/2017, de 4 de mayo y 101/2017 y 102/2017, de 24 y 25 de octubre de 2017, 12/2018, de 30 de enero, 17/2018, de 7 de febrero, 34/2018 y 37/2018, de 10 y 17 de abril y 68/2018, de 6 de julio de 2018, 32/2019, de 13 de marzo, 48/2019, de 9 de abril, 65/2019 y 71/2019, de 21 y 29 de mayo, 86/2019, de 16 de julio, 132/2019, de 28 de noviembre y 142/2019, de 17 de diciembre de 2019, 1/2020, de 23 de enero, 19/2020, de 25 de febrero, 63/2020, 67/2020 y 69/2020, de 14 y 20 de octubre y 83/2020 y 88/2020, de 2 y 16 de diciembre de 2020 y 9/2021 y 11/2021, de 17 y 22 de febrero, 15/2021, de 1 de marzo y 73/2021, de 20 de julio de 2021, entre otras, siguiendo las de 6 de febrero, 17 de julio y 18 de diciembre de 2008, 22 de enero, 23 de marzo, 8 y 27 de mayo, 21 de septiembre y 18 de diciembre de 2009, 13 y 16 de septiembre y 22 de diciembre de 2010, 4 y 11 de febrero, 15 de marzo, 9 de mayo y 2 y 16 de diciembre de 2011, 5 de marzo, 16 de abril, 6 y 22 de junio, 29 de noviembre y 21 de diciembre de 2012, 22 de febrero, 28 de junio, 27 de septiembre y 5 y 13 de diciembre de 2013, 28 de febrero, 11 de abril, 9 y 29 de mayo, 3 de julio, 24 de octubre y 7 y 12 de noviembre de 2014 y 16 de enero, 27 de febrero, 18 de mayo, 5 de junio, 3, 10 y 16 de julio, 17 de septiembre, 16 de octubre, 20 de noviembre y 4 de diciembre de 2015, "sus efectos también en el procedimiento sancionador (Sentencias del TC desde 18/1981, de 8 de julio, hasta la más reciente 243/2007, de 10 de diciembre; y de esta Sala recientemente 10.10.2006 y 20.11.2007). Y también venimos diciendo que existiendo prueba de cargo válidamente obtenida, regularmente practicada y razonablemente apreciada, su valoración corresponde al Tribunal de enjuiciamiento sin que pueda variarse en este trance casacional la convicción alcanzada por el órgano judicial de la instancia".

A tal efecto, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional en su sentencia 5/2004, de 16 de enero -seguida, entre otras, por las de esta Sala núms. 142/2019, de 17 de diciembre de 2019, 1/2020, de 23 de enero, 19/2020, de 25 de febrero, 63/2020, 67/2020 y 69/2020, de 14 y 20 de octubre y 83/2020 y 88/2020, de 2 y 16 de diciembre de 2020 y 9/2021 y 11/2021, de 17 y 22 de febrero, 15/2021, de 1 de marzo y 73/2021, de 20 de julio de 2021-, pone de relieve que "ya dijimos en la STC 13/1982, de 1 de abril (FJ 2), que "el derecho a la presunción de inocencia



no puede entenderse reducido al estricto campo del enjuiciamiento de conductas presuntamente delictivas, sino que debe entenderse también que preside la adopción de cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional, que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado sancionatorio para las mismas o limitativo de sus derechos".

Hay que recordar, una vez más, como dice la sentencia de esta Sala de 29 de octubre de 1997, seguida por las de 7 de julio y 18 de diciembre de 2008, 8 de mayo y 21 de septiembre de 2009, 16 de septiembre de 2010, 19 de enero de 2011, 28 de junio, 27 de septiembre y 5 y 13 de diciembre de 2013, 7 y 12 de noviembre de 2014, 16 de enero, 27 de febrero, 18 de mayo, 5 de junio, 3, 10 y 16 de julio, 17 de septiembre, 16 de octubre, 20 de noviembre y 4 de diciembre de 2015, 10 de febrero, 14 de marzo, 3, 10, 24 y 31 de mayo, 12 de julio, 22 de septiembre y 23 y 29 de noviembre de 2016, núms. 2/2017, de 13 de enero, 19/2017, de 14 de febrero, 47/2017, de 24 de abril, 51/2017, de 4 de mayo, 69/2017, de 20 de junio, 79/2017, de 24 de julio y 101/2017 y 102/2017, de 24 y 25 de octubre de 2017, 12/2018, de 30 de enero, 17/2018, de 7 de febrero, 34/2018 y 37/2018, de 10 y 17 de abril y 68/2018, de 6 de julio de 2018, 32/2019, de 13 de marzo, 48/2019, de 9 de abril, 65/2019 y 71/2019, de 21 y 29 de mayo, 86/2019, de 16 de julio, 132/2019, de 28 de noviembre y 142/2019, de 17 de diciembre de 2019, 1/2020, de 23 de enero, 19/2020, de 25 de febrero, 63/2020, 67/2020 y 67/2020, de 14 y 20 de octubre y 83/2020 y 88/2020, de 2 y 16 de diciembre de 2020 y 9/2021 y 11/2021, de 17 y 22 de febrero, 15/2021, de 1 de marzo y 73/2021, de 20 de julio de 2021, que "el derecho a la presunción de inocencia reconocido a todos en el artículo 24.2 de la Constitución implica la instauración, en el comienzo del proceso, de una verdad interina de inocencia que, por su naturaleza de <<iuris tantum>>, puede ser desvirtuada por la prueba que se practique ante el juzgador, siempre que la misma sea constitucionalmente legítima y tenga sentido de cargo, pues la proclamación del citado derecho, al más alto nivel normativo, no desapodera a los tribunales de la facultad de valorar libremente y en conciencia la actividad probatoria ante ellos desarrollada".

Afirma nuestra sentencia de 10 de octubre de 2007, seguida por las de 21 de septiembre y 13 de octubre de 2009, 16 de septiembre de 2010, 19 de enero de 2011, 28 de junio, 27 de septiembre y 5 y 13 de diciembre de 2013, 7 y 12 de noviembre de 2014, 16 de enero, 27 de febrero, 18 de mayo, 5 de junio, 3, 10 y 16 de julio, 17 de septiembre, 16 de octubre, 20 de noviembre y 4 de diciembre de 2015, 10 de febrero, 14 de marzo, 3, 24 y 31 de mayo, 12 de julio, 22 de septiembre y 23 y 29 de noviembre de 2016, núms. 2/2017, de 13 de enero, 19/2017, de 14 de febrero, 47/2017, de 24 de abril, 51/2017, de 4 de mayo, 69/2017, de 20 de junio, 79/2017, de 24 de julio y 101/2017 y 102/2017, de 24 y 25 de octubre de 2017, 12/2018, de 30 de enero, 17/2018, de 7 de febrero, 34/2018 y 37/2018, de 10 y 17 de abril y 68/2018, de 6 de julio de 2018, 32/2019, de 13 de marzo, 48/2019, de 9 de abril, 65/2019 y 71/2019, de 21 y 29 de mayo, 86/2019, de 16 de julio, 132/2019, de 28 de noviembre y 142/2019, de 17 de diciembre de 2019, 1/2020, de 23 de enero, 19/2020, de 25 de febrero, 63/2020, 67/2020 y 69/2020, de 14 y 20 de octubre y 88/2020, de 16 de diciembre de 2020 y 9/2021 y 11/2021, de 17 y 22 de febrero, 15/2021, de 1 de marzo y 73/2021, de 20 de julio de 2021, que "es doctrina reiterada de esta Sala, en línea con lo dicho tanto por el Tribunal Constitucional como por la Sala Segunda del Tribunal Supremo (por todas, STC 68/2002, de 21 de marzo) que la presunción de inocencia, además de constituir un principio o criterio informador del ordenamiento jurídico sancionador, es ante todo y como tal ha de subrayarse un derecho fundamental en cuya virtud una persona acusada de una infracción no puede ser considerada culpable hasta que así se declare por la autoridad sancionadora y en su caso por el Tribunal sentenciador, siendo solo admisible y lícita esta sanción cuando haya mediado una actividad probatoria, que practicada con la observancia de las garantías procesales vigentes pueda entenderse de cargo (STC 51/1995)".

TERCERO.- Por lo que se refiere a la argüida vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, siguiendo la sentencia de esta Sala de 20 de febrero de 2007, afirman nuestras sentencias de 21 de abril, 25 de septiembre y 17 y 18 de diciembre de 2009, 2 y 8 de marzo, 26 de mayo -esta última haciéndose eco de la STC 32/2009, de 9 de febrero-, 24 de junio y 3 de diciembre de 2010, 28 de enero y 17 de marzo de 2011, 21 de mayo, 27 de septiembre y 13 de diciembre de 2013, 12 de junio, 3, 10 y 16 de julio, 17 de septiembre, 16 de octubre, 20 de noviembre y 4 de diciembre de 2015, 10 de febrero, 14 de marzo, 3, 12, 24 y 31 de mayo, 12 de julio, 22 de septiembre y 23 y 29 de noviembre de 2016, núms. 2/2017, de 13 de enero, 19/2017, de 14 de febrero, 47/2017, de 24 de abril, 51/2017, de 4 de mayo, 69/2017, de 20 de junio, 79/2017, de 24 de julio y 101/2017 y 102/2017, de 24 y 25 de octubre de 2017, 12/2018, de 30 de enero, 17/2018, de 7 de febrero, 34/2018 y 37/2018, de 10 y 17 de abril y 68/2018, de 6 de julio de 2018, 32/2019, de 13 de marzo, 48/2019, de 9 de abril, 65/2019 y 71/2019, de 21 y 29 de mayo, 86/2019, de 16 de julio, 132/2019, de 28 de noviembre y 142/2019, de 17 de diciembre de 2019, 1/2020, de 23 de enero, 19/2020, de 25 de febrero, 63/2020, 67/2020 y 69/2020, de 14 y 20 de octubre y 88/2020, de 16 de diciembre de 2020 y 9/2021 y 11/2021, de 17 y 22 de febrero, 15/2021, de 1 de marzo y 73/2021, de 20 de julio de 2021, entre otras, que "como ha recordado esta Sala reiteradamente, el Tribunal Constitucional desde su sentencia 11/1981, de 14 de febrero, ha venido señalando que las garantías procesales constitucionalizadas en el art. 24.2 de la CE son de aplicación al ámbito administrativo sancionador, en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la



seguridad jurídica que garantiza el art. 9 de la CE. Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional 272/06, de 25 de septiembre, con cita de su Sentencia 14/1999, recuerda que, partiendo del inicial reproche a la imposición de sanciones de plano, esto es, sin observar procedimiento alguno, se ha ido elaborando progresivamente una doctrina que asume la vigencia en el seno del procedimiento administrativo sancionador de un amplio elenco de garantías del art. 24 CE, citando sin ánimo de exhaustividad "el derecho a la defensa, que proscribiera cualquier indefensión; el derecho a la asistencia letrada, trasladable al ámbito del procedimiento sancionador con ciertas condiciones; el derecho a ser informado de la acusación, con la ineludible consecuencia de la inalterabilidad esencial de los hechos imputados; el derecho a la presunción de inocencia, que implica que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción recaiga sobre la Administración, con la prohibición de la utilización de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales; el derecho a no declarar contra sí mismo; y, en fin, el derecho a utilizar los medios de prueba adecuados para la defensa, del que se deriva que la denegación inmotivada de medios de prueba puede vulnerar el art. 24.2 CE si resulta decisiva en términos de defensa".

Por su parte, nuestras sentencias de 20 de noviembre y 4 de diciembre de 2015, 10 de febrero, 14 de marzo, 3, 24 y 31 de mayo, 12 de julio, 22 de septiembre y 23 y 29 de noviembre de 2016, núms. 2/2017, de 13 de enero, 19/2017, de 14 de febrero, 47/2017, de 24 de abril, 51/2017, de 4 de mayo, 69/2017, de 20 de junio, 79/2017, de 24 de julio y 101/2017 y 102/2017, de 24 y 25 de octubre de 2017, 12/2018, de 30 de enero, 17/2018, de 7 de febrero, 34/2018 y 37/2018, de 10 y 17 de abril y 68/2018, de 6 de julio de 2018, 32/2019, de 13 de marzo, 48/2019, de 9 de abril, 65/2019 y 71/2019, de 21 y 29 de mayo, 86/2019, de 16 de julio, 132/2019, de 28 de noviembre y 142/2019, de 17 de diciembre de 2019, 1/2020, de 23 de enero, 19/2020, de 25 de febrero, 63/2020, 67/2020 y 69/2020, de 14 y 20 de octubre y 88/2020, de 16 de diciembre de 2020 y 9/2021 y 11/2021, de 17 y 22 de febrero, 15/2021, de 1 de marzo y 73/2021, de 20 de julio de 2021, ponen de relieve que "la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 2/2003, de 16 de enero, afirma que "en relación con el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), si bien hemos declarado que en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador rige este derecho sin restricciones (por todas SSTC 170/1990, de 5 de noviembre [RTC 1990\170], F. 4 y 212/1990, de 20 de diciembre [RTC 1990\212], F. 5), no puede desconocerse que hemos negado la extensión del derecho a la publicidad del proceso al ámbito del procedimiento administrativo sancionador (STC 2/1987, de 21 de enero [RTC 1987\2], F. 6) y que hemos admitido la validez como prueba de cargo de los partes de inspección (STC 170/1990, de 5 de noviembre, F. 4) o de los informes obrantes en autos (SSTC 212/1990, de 20 de diciembre, F. 5; 341/1993, de 18 de noviembre [RTC 1993\341], F. 11), con independencia de que carezcan de presunción de veracidad (STC 76/1990, de 26 de abril [RTC 1990\76], F. 8). La admisión de la validez de estas pruebas, en conexión con la inexistencia de la garantía de publicidad en el procedimiento administrativo sancionador, implica que en éste no se proyecta una de las garantías esenciales del derecho al proceso justo y a la presunción de inocencia en el ámbito penal (por todas STC 167/2002, de 18 de septiembre [RTC 2002\167]), esto es, que la valoración de la prueba ha de efectuarse en condiciones de oralidad, publicidad e intermediación y que la declaración de responsabilidad penal y la imposición de una sanción de este carácter sólo puede sustentarse en pruebas valoradas en dichas condiciones".

En este sentido, como se pone de manifiesto en las sentencias de esta Sala de 28 de febrero, 11 de abril, 9 de mayo, 3 de julio, 24 de octubre y 7 y 12 de noviembre de 2014, 16 de enero, 27 de febrero, 18 de mayo, 5 de junio, 3, 10 y 16 de julio, 17 de septiembre, 16 de octubre, 20 de noviembre y 4 de diciembre de 2015, 10 de febrero, 14 de marzo, 3, 24 y 31 de mayo, 12 de julio, 22 de septiembre y 23 y 29 de noviembre de 2016, núms. 2/2017, de 13 de enero, 19/2017, de 14 de febrero, 47/2017, de 24 de abril, 51/2017, de 4 de mayo, 69/2017, de 20 de junio, 79/2017, de 24 de julio y 101/2017 y 102/2017, de 24 y 25 de octubre de 2017, 12/2018, de 30 de enero, 17/2018, de 7 de febrero, 34/2018 y 37/2018, de 10 y 17 de abril y 68/2018, de 6 de julio de 2018, 32/2019, de 13 de marzo, 48/2019, de 9 de abril, 65/2019 y 71/2019, de 21 y 29 de mayo, 86/2019, de 16 de julio, 132/2019, de 28 de noviembre y 142/2019, de 17 de diciembre de 2019, 1/2020, de 23 de enero, 19/2020, de 25 de febrero, 63/2020, 67/2020 y 69/2020, de 14 y 20 de octubre y 88/2020, de 16 de diciembre de 2020 y 9/2021 y 11/2021, de 17 y 22 de febrero, 15/2021, de 1 de marzo y 73/2021, de 20 de julio de 2021, " la Sentencia núm. 74/2004, de 22 de abril, de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, tras afirmar que "según tiene reiteradamente afirmado este Tribunal, 'la presunción de inocencia rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, sean penales, sean administrativas ... pues el ejercicio del *ius puniendi* en sus diversas manifestaciones está condicionado por el art. 24.2 de la Constitución al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones. En tal sentido, el derecho a la presunción de inocencia comporta: Que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponde a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia, y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio' [SSTC 76/1990, de 26 de abril, F. 8 b), y 169/1998, de 21 de julio, F. 2]. De entre los contenidos que incorpora el derecho fundamental ahora invocado



(enumerados para el proceso penal en la STC 17/2002, de 28 de enero, F. 2), resulta de todo punto aplicable al procedimiento administrativo sancionador la exigencia de un acervo probatorio suficiente, recayendo sobre la Administración pública actuante la carga probatoria tanto de la comisión del ilícito como de la participación del acusado, sin que a éste pueda exigírsele una *probatio diabolica* de los hechos negativos (por todas, STC 45/1997, de 11 de marzo, F. 4)", sienta que "la percepción directa por los superiores jerárquicos de hechos sancionables realizados por quienes les están subordinados puede constituir válida prueba de cargo capaz de enervar la presunción de inocencia. Y solamente podemos constatar, en el limitado margen de actuación de que dispone este Tribunal en tal materia, que no se ha lesionado en modo alguno el derecho a la presunción de inocencia, pues existe, sin duda alguna, actividad probatoria de cargo".

Y, como ponen de relieve nuestras sentencias de 7 y 12 de noviembre de 2014, 16 de enero, 27 de febrero, 18 de mayo, 5 de junio, 3, 10 y 16 de julio, 17 de septiembre, 16 de octubre, 20 de noviembre y 4 de diciembre de 2015, 10 de febrero, 14 de marzo, 3, 24 y 31 de mayo, 12 de julio, 22 de septiembre y 23 y 29 de noviembre de 2016, núms. 2/2017, de 13 de enero, 19/2017, de 14 de febrero, 47/2017, de 24 de abril, 51/2017, de 4 de mayo, 69/2017, de 20 de junio, 79/2017, de 24 de julio y 101/2017 y 102/2017, de 24 y 25 de octubre de 2017, 12/2018, de 30 de enero, 17/2018, de 7 de febrero, 34/2018 y 37/2018, de 10 y 17 de abril y 68/2018, de 6 de julio de 2018, 32/2019, de 13 de marzo, 48/2019, de 9 de abril, 65/2019 y 71/2019, de 21 y 29 de mayo, 86/2019, de 16 de julio, 132/2019, de 28 de noviembre y 142/2019, de 17 de diciembre de 2019, 1/2020, de 23 de enero, 19/2020, de 25 de febrero, 63/2020, 67/2020 y 69/2020, de 14 y 20 de octubre y 88/2020, de 16 de diciembre de 2020 y 9/2021 y 11/2021, de 17 y 22 de febrero, 15/2021, de 1 de marzo y 73/2021, de 20 de julio de 2021, " en la misma línea, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, en su Sentencia 70/2012, de 16 de abril, reafirma, con respecto al derecho fundamental a la presunción de inocencia, que este, "como es sabido, rige sin excepciones en el procedimiento administrativo sancionador y comporta la exigencia de un acervo probatorio suficiente, recayendo sobre la Administración pública actuante la carga probatoria tanto de la comisión del ilícito como de la participación del interesado (por todas, SSTC 45/1997, de 11 de marzo [RTC 1997\45], F. 4; y 74/2004, de 22 de abril [RTC 2004\74], F. 4) y ello sin perjuicio de que no corresponda a este Tribunal la revisión de la valoración del material probatorio, sino sólo llevar a cabo una supervisión externa de la razonabilidad del discurso que enlaza la actividad probatoria con el relato fáctico resultante (por todas, SSTC 117/2002, de 20 de mayo [RTC 2002\117], F. 9; 131/2003, de 30 de junio [RTC 2003\131], F. 7; y 82/2009, de 23 de marzo [RTC 2009\82], F. 4)".

CUARTO.- Por ello, delimitado así el concepto de actividad probatoria mínima y prueba de cargo, en el caso que nos ocupa procede analizar si ha existido un mínimo de actividad probatoria válida, cuya existencia la representación procesal del recurrente pone en cuestión en esta primera de las alegaciones en que articula su impugnación, pues, como hemos adelantado, lo que discute la parte en esta alegación que examinamos no es sino la validez de la prueba de cargo de que ha dispuesto la Sala sentenciadora y en la que apoya el relato probatorio, prueba que considera ilícitamente obtenida, consistente en "los WhatsApp que presuntamente el Sto. Arturo remitió al Capitán Celestino ", prueba que, según asevera la parte que recurre, "fue obtenida con vulneración de derechos fundamentales, lo que impide su valoración", entendiéndose a tal efecto, en primer lugar, que la Administración sancionadora no ha aportado al procedimiento cotejo por parte del Secretario del Expediente Disciplinario que certifique la autenticidad de los mensajes -en concreto, que dentro del *chat* o conversación se acredite que el teléfono remitente era el del recurrente y el receptor el del oficial que aportó los mismos-, ni se certificó que el terminal móvil al que se remitieran perteneciera al oficial o, en su defecto, que fuera mostrado físicamente al Secretario del procedimiento administrativo, lo que lleva a dicha representación procesal a concluir que no se ha garantizado la cadena de custodia de los mensajes, su autenticidad y ni tan siquiera la identidad de las personas que supuestamente emitieron y recibieron los mensajes -alegando que no figura ni la imagen del perfil de WhatsApp del recurrente-, no reuniendo la prueba de mérito los requisitos exigidos por la jurisprudencia para poder ser considerada válida.

Como afirma la sentencia de esta Sala de 15 de noviembre de 2004, seguida por las de 19 de febrero de 2007, 18 de diciembre de 2008, 8 de mayo, 21 de septiembre y 18 de diciembre de 2009, 16 de septiembre y 3 de diciembre de 2010, 4 de febrero y 2 y 16 de diciembre de 2011, 5 de marzo, 16 de abril, 6 y 22 de junio, 29 de noviembre y 21 de diciembre de 2012, 22 de febrero, 28 de junio, 27 de septiembre y 5 y 13 de diciembre de 2013, 28 de febrero, 11 de abril, 9 de mayo, 3 de julio y 24 de octubre de 2014, 16 de enero, 27 de febrero, 18 de mayo, 5 de junio, 3, 10 y 16 de julio, 17 de septiembre, 16 de octubre, 20 de noviembre y 4 de diciembre de 2015, 10 de febrero, 14 de marzo, 3, 24 y 31 de mayo, 12 de julio, 22 de septiembre y 29 de noviembre de 2016, núms. 2/2017, de 13 de enero, 19/2017, de 14 de febrero, 47/2017, de 24 de abril, 51/2017, de 4 de mayo, 69/2017, de 20 de junio, 79/2017, de 24 de julio y 101/2017 y 102/2017, de 24 y 25 de octubre de 2017, 12/2018, de 30 de enero, 17/2018, de 7 de febrero, 34/2018 y 37/2018, de 10 y 17 de abril y 68/2018, de 6 de julio de 2018, 32/2019, de 13 de marzo, 48/2019, de 9 de abril, 65/2019 y 71/2019, de 21 y 29 de mayo, 86/2019, de 16 de julio y 142/2019, de 17 de diciembre de 2019, 1/2020, de 23 de enero, 19/2020, de 25 de



febrero, 63/2020, 67/2020 y 69/2020, de 14 y 20 de octubre y 88/2020, de 16 de diciembre de 2020 y 9/2021 y 11/2021, de 17 y 22 de febrero, 15/2021, de 1 de marzo y 73/2021, de 20 de julio de 2021, "es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que para enervar la presunción de inocencia se necesita que se haya producido un mínimo de actividad probatoria. Sobre qué debe entenderse por prueba mínima, el Tribunal Constitucional más que desarrollar un concepto, se limita caso por caso a determinar si ha existido o no dicha actividad. Lo mismo hace la Sala II y esta propia Sala. Así hemos dicho que no se desvirtúa la misma cuando hay una penuria probatoria, una total ausencia de pruebas, inexistencia del mínimo de actividades probatorias exigibles o total vacío probatorio, desertización probatoria (STS Sala II de 14 de Junio de 1.985) o, simplemente, vacío probatorio (STS Sala II de 25 de Marzo de 1.985). En la Sentencia de 5 de Febrero de 1.990, la Sala II dijo: "... una condena no puede basarse en meras conjeturas o suposiciones sin ese mínimo sustrato probatorio sobre el que apoyarse ...".

Según aseveran nuestras sentencias de 15 de noviembre de 2004, 19 de febrero de 2007, 18 de diciembre de 2008, 8 de mayo, 21 de septiembre y 18 de diciembre de 2009, 16 de septiembre y 3 de diciembre de 2010, 4 de febrero y 2 y 16 de diciembre de 2011, 5 de marzo, 16 de abril, 6 y 22 de junio, 29 de noviembre y 21 de diciembre de 2012, 22 de febrero, 28 de junio, 27 de septiembre y 5 y 13 de diciembre de 2013, 28 de febrero, 11 de abril, 9 de mayo, 3 de julio, 24 de octubre y 7 y 12 de noviembre de 2014, 16 de enero, 27 de febrero, 18 de mayo, 5 de junio, 3, 10 y 16 de julio, 17 de septiembre, 16 de octubre, 20 de noviembre y 4 de diciembre de 2015, 10 de febrero, 14 de marzo, 3, 24 y 31 de mayo, 12 de julio, 22 de septiembre y 29 de noviembre de 2016, núms. 2/2017, de 13 de enero, 19/2017, de 14 de febrero, 47/2017, de 24 de abril, 51/2017, de 4 de mayo, 69/2017, de 20 de junio, 79/2017, de 24 de julio y 101/2017 y 102/2017, de 24 y 25 de octubre de 2017, 12/2018, de 30 de enero, 17/2018, de 7 de febrero, 34/2018 y 37/2018, de 10 y 17 de abril y 68/2018, de 6 de julio de 2018, 32/2019, de 13 de marzo, 48/2019, de 9 de abril, 65/2019 y 71/2019, de 21 y 29 de mayo, 86/2019, de 16 de julio y 142/2019, de 17 de diciembre de 2019, 1/2020, de 23 de enero, 19/2020, de 25 de febrero, 63/2020, 67/2020 y 69/2020, de 14 y 20 de octubre y 88/2020, de 16 de diciembre de 2020 y 9/2021 y 11/2021, de 17 y 22 de febrero, 15/2021, de 1 de marzo y 73/2021, de 20 de julio de 2021, "el Tribunal Constitucional se refiere a la carencia absoluta de pruebas de carácter incriminatorio en su Sentencia de 23 de Septiembre de 1.987. Más en concreto, la Sentencia nº 138/92 de dicho Alto Tribunal dice que la segunda de las características indicadas anteriormente ofrece un doble aspecto cuantitativo y cualitativo, y puede sintetizarse en la necesidad de que se haya producido una mínima actividad probatoria, pero suficiente. Apreciada la existencia de pruebas, se ha de dar un paso más y constatar que la misma es de cargo. En efecto, el Tribunal Constitucional exige, además, para descartar la presunción de inocencia, que de la prueba practicada se deduzca objetivamente la culpabilidad del encartado. No es suficiente, pues, la existencia de pruebas sino que, además, ha de tenerse en cuenta el contenido objetivo de las mismas a fin de precisar su carácter inculpatario. Este enfoque de la presunción de inocencia ha sido profusamente examinado por el Tribunal Constitucional, entre otras, en su sentencia nº 101/85, que distingue entre: a) Existencia de actividad probatoria. b) El carácter inculpatario del acervo probatorio. En el mismo sentido, la STC nº 159/87, declara que: "... para destruir la presunción de inocencia, no sólo han de existir pruebas sino que éstas han de tener un contenido incriminatorio. La inexistencia de éste, determina la ineptitud para servir de fundamento a la condena ...". Así lo viene entendiendo también la Sala II del Tribunal Supremo que en su Sentencia de 14 de Diciembre de 1.988, dijo: "... el contenido de la prueba no incrimina en cuanto a la violación consumada ...".

Como dicen las sentencias de esta Sala de 20 de abril de 2007, 22 de enero y 23 de marzo de 2009, 13 de julio, 13 de septiembre y 22 de diciembre de 2010, 4 y 11 de febrero, 15 de marzo, 9 de mayo y 2 y 16 de diciembre de 2011, 13 de febrero, 5 de marzo, 16 de abril, 6 y 22 de junio, 29 de noviembre y 21 de diciembre de 2012, 22 de febrero, 28 de junio, 27 de septiembre y 5 y 13 de diciembre de 2013, 28 de febrero, 11 de abril, 9 y 29 de mayo, 10 de junio, 3 de julio, 24 de octubre y 7 y 12 de noviembre de 2014, 16 y 23 de enero, 27 de febrero, 18 de mayo, 5 de junio, 3, 10 y 16 de julio, 17 de septiembre, 16 de octubre, 20 de noviembre y 4 de diciembre de 2015, 10 de febrero, 14 de marzo, 3, 24 y 31 de mayo, 12 de julio, 22 de septiembre y 29 de noviembre de 2016, núms. 2/2017, de 13 de enero, 19/2017, de 14 de febrero, 47/2017, de 24 de abril, 51/2017, de 4 de mayo, 69/2017, de 20 de junio, 79/2017, de 24 de julio y 101/2017 y 102/2017, de 24 y 25 de octubre de 2017, 12/2018, de 30 de enero, 17/2018, de 7 de febrero, 34/2018 y 37/2018, de 10 y 17 de abril y 68/2018, de 6 de julio de 2018, 32/2019, de 13 de marzo, 48/2019, de 9 de abril, 65/2019 y 71/2019, de 21 y 29 de mayo, 86/2019, de 16 de julio y 142/2019, de 17 de diciembre de 2019, 1/2020, de 23 de enero, 19/2020, de 25 de febrero, 63/2020, 67/2020 y 69/2020, de 14 y 20 de octubre y 88/2020, de 16 de diciembre de 2020 y 9/2021 y 11/2021, de 17 y 22 de febrero, 15/2021, de 1 de marzo y 73/2021, de 20 de julio de 2021, "de nuestra jurisprudencia forma parte las siguientes declaraciones a propósito del derecho esencial que se considera vulnerado: a) Su indudable operatividad en el procedimiento administrativo sancionador en términos semejantes a los que rigen en el proceso penal; b) La inexcusable exigencia de la constancia de prueba de cargo válidamente obtenida y practicada, así como su valoración razonable por el Tribunal sentenciador; c) La prueba de cargo ha de producirse por la Administración que promueve la corrección del encartado; d) La apreciación razonable de la



prueba corresponde al Tribunal sentenciador; y e) Que únicamente las situaciones de vacío probatorio pueden dar lugar a la infracción del reiterado derecho fundamental (Sentencias 23.11.2005; 13.03.2006 y 10.10.2006). A propósito de la función controladora que a este Tribunal de Casación incumbe, hemos dicho también que no cabe pretender en esta sede una revaloración del acervo probatorio, limitándose esta Sala a comprobar la realidad de la prueba de cargo practicada (prueba existente); que se ha aportado y practicado con las garantías constitucionales y legales (prueba lícita), y finalmente que dentro de su valoración lógica deba considerarse bastante para sustentar la convicción alcanzada por el Tribunal de instancia (prueba suficiente)".

QUINTO.- En definitiva, que lo que ahora ha de analizarse es, siguiendo nuestras sentencias de 20 de febrero de 2006, 17 de julio y 18 de diciembre de 2008, 8 de mayo, 21 de septiembre y 18 de diciembre de 2009, 16 de septiembre y 3 de diciembre de 2010, 4 de febrero y 2 y 16 de diciembre de 2011, 5 de marzo, 16 de abril, 6 y 22 de junio, 29 de noviembre y 21 de diciembre de 2012, 22 de febrero, 28 de junio, 27 de septiembre y 5 y 13 de diciembre de 2013, 28 de febrero, 11 de abril, 9 de mayo, 3 de julio, 24 de octubre y 4 y 12 de diciembre de 2014, 16 de enero, 27 de febrero, 6 y 18 de mayo, 5 de junio, 3 de julio y 17 de septiembre de 2015, 24 y 31 de mayo, 12 de julio, 22 de septiembre y 29 de noviembre de 2016, núms. 2/2017, de 13 de enero, 19/2017, de 14 de febrero, 47/2017, de 24 de abril, 51/2017, de 4 de mayo, 69/2017, de 20 de junio, 79/2017, de 24 de julio y 101/2017 y 102/2017, de 24 y 25 de octubre de 2017, 12/2018, de 30 de enero, 17/2018, de 7 de febrero, 34/2018 y 37/2018, de 10 y 17 de abril y 68/2018, de 6 de julio de 2018, 32/2019, de 13 de marzo, 48/2019, de 9 de abril, 65/2019 y 71/2019, de 21 y 29 de mayo, 86/2019, de 16 de julio y 142/2019, de 17 de diciembre de 2019, 1/2020, de 23 de enero, 19/2020, de 25 de febrero, 63/2020, 67/2020 y 69/2020, de 14 y 20 de octubre y 88/2020, de 16 de diciembre de 2020 y 9/2021 y 11/2021, de 17 y 22 de febrero, 15/2021, de 1 de marzo y 73/2021, de 20 de julio de 2021, "si ha existido o no prueba de cargo que, en la apreciación de las autoridades llamadas a resolver, destruya la presunción de inocencia (ATC nº 1041/1986), de ahí que: "... toda resolución sancionadora sea penal o administrativa, requiere a la par certeza de los hechos imputados obtenida mediante prueba de cargo y certeza del juicio de culpabilidad sobre los mismos hechos, de manera que el art. 24.2 de la CE, rechaza tanto la responsabilidad presunta y objetiva como la inversión de la carga de la prueba en relación con el presupuesto fáctico de la sanción ..." (STC nº 76/90 de 26 de abril)". En conclusión, pues, como siguen diciendo las aludidas sentencias, "la traslación de la presunción de inocencia al ámbito administrativo sancionador perfila su alcance, y sólo cobra sentido cuando la Administración fundamenta su resolución en una presunción de culpabilidad del sancionado carente de elemento probatorio alguno. Cualesquiera otras incidencias acaecidas en la tramitación del expediente (ponderación por la Administración de los materiales y testimonios aportados, licitud de los mismos ...) son cuestiones que, aunque pueden conducir a la declaración judicial de nulidad de la sanción por vicios o falta de garantías en el procedimiento (SSTC 68/1985 y 175/1987), en modo alguno deben incardinarse en el contenido constitucional del derecho a la presunción de inocencia, pues éste no coincide con las garantías procesales que establece el art. 24.2 CE, cuya aplicación al procedimiento administrativo-sancionador sólo es posible "con las matizaciones que resulten de su propia naturaleza" (STC 120/1994, fundamento jurídico 2)".

Y según dice la sentencia de esta Sala de 26 de enero de 2004, seguida por las de 10 y 16 de julio, 17 de septiembre, 16 de octubre, 20 de noviembre y 4 de diciembre de 2015, 10 de febrero, 14 de marzo, 3, 10, 24 y 31 de mayo, 12 de julio, 22 de septiembre y 29 de noviembre de 2016, núms. 2/2017, de 13 de enero, 19/2017, de 14 de febrero, 47/2017, de 24 de abril, 51/2017, de 4 de mayo, 69/2017, de 20 de junio, 79/2017, de 24 de julio y 101/2017 y 102/2017, de 24 y 25 de octubre de 2017, 12/2018, de 30 de enero, 17/2018, de 7 de febrero, 34/2018 y 37/2018, de 10 y 17 de abril y 68/2018, de 6 de julio de 2018, 32/2019, de 13 de marzo, 48/2019, de 9 de abril, 65/2019 y 71/2019, de 21 y 29 de mayo, 86/2019, de 16 de julio y 142/2019, de 17 de diciembre de 2019, 1/2020, de 23 de enero, 19/2020, de 25 de febrero, 63/2020, 67/2020 y 69/2020, de 14 y 20 de octubre y 88/2020, de 16 de diciembre de 2020 y 9/2021 y 11/2021, de 17 y 22 de febrero, 15/2021, de 1 de marzo y 73/2021, de 20 de julio de 2021, "el presupuesto para la apreciación de la presunción constitucional que se invoca, viene representado por la existencia de vacío probatorio acerca de los hechos con relevancia disciplinaria. Tal situación que da lugar a que se aprecie [la vulneración del] expresado derecho fundamental puede surgir no solo de la ausencia de prueba, sino de la ilicitud de la practicada, de su irregular producción y de la valoración ilógica, errónea, arbitraria o absurda de la misma".

En consecuencia, antes de examinar si el Tribunal *a quo* ha valorado o no lógicamente y conforme a las reglas de la experiencia y la sana crítica la prueba practicada, resulta necesario, en un orden lógico, determinar, como paso previo a entrar a conocer acerca de la supuesta arbitrariedad -o déficit de motivación- en que pudo incurrir la Sala sentenciadora en la valoración del caudal probatorio de que dispuso, si en el caso de autos ha existido o no un mínimo de actividad probatoria válida sobre los hechos que la sentencia de instancia declara acreditados, pues, como hemos dicho en reiteradas ocasiones - nuestra sentencia de 15 de noviembre de 2004, seguida, entre otras, por las de 27 de septiembre de 2005, 19 de febrero de 2007, 18 de diciembre de 2008, 8 y 27 de mayo y 21 de septiembre de 2009, 16 de septiembre de 2010, 28 de junio y 5 de diciembre



de 2013, 7 y 12 de noviembre de 2014, 16 de enero, 27 de febrero, 18 de mayo, 5 de junio, 10 y 16 de julio, 16 de octubre, 20 de noviembre y 4 de diciembre de 2015, 10 de febrero, 14 de marzo, 3, 10 y 31 de mayo, 12 de julio, 22 de septiembre y 29 de noviembre de 2016, núms. 2/2017, de 13 de enero, 19/2017, de 14 de febrero, 47/2017, de 24 de abril, 51/2017, de 4 de mayo, 69/2017, de 20 de junio y 101/2017 y 102/2017, de 24 y 25 de octubre de 2017, 12/2018, de 30 de enero, 17/2018, de 7 de febrero y 68/2018, de 6 de julio de 2018, 32/2019, de 13 de marzo, 48/2019, de 9 de abril, 65/2019 y 71/2019, de 21 y 29 de mayo, 86/2019, de 16 de julio y 142/2019, de 17 de diciembre de 2019, 1/2020, de 23 de enero, 63/2020 y 67/2020, de 14 y 20 de octubre y 88/2020, de 16 de diciembre de 2020 y 11/2021, de 22 de febrero, 15/2021, de 1 de marzo y 73/2021, de 20 de julio de 2021-, "alegada la presunción de inocencia, esta Sala ha de limitarse a verificar: a) Si ha existido un mínimo de actividad probatoria de cargo. b) En caso afirmativo, si el proceso intelectual seguido por el Tribunal a quo en orden a la valoración de la prueba ha sido racional. Efectivamente, no sólo hemos de comprobar la existencia de una prueba de cargo que sea suficiente y válidamente obtenida sino que, además, hemos de estudiar si en la valoración de la prueba el Tribunal a quo ha procedido de forma acorde con la lógica y las reglas de la experiencia o, por el contrario, de forma irrazonada o abiertamente absurda. Así, en la Sentencia de esta Sala de 28 de Mayo de 1.996, señalamos que: "... corresponde a esta Sala únicamente verificar la existencia de aquella prueba y la racionalidad del proceso intelectual seguido por el órgano a quo en su valoración, puesto que, aunque no cabe modificar los hechos probados en la Sentencia por ese camino de la nueva valoración de la prueba en que se adentra el recurrente, en el control casacional de la Sentencia de instancia esta Sala puede entrar en el tema de valoración probatoria con cautelas ...".

En conclusión, delimitado así el concepto de actividad probatoria mínima y prueba de cargo, ha de determinarse, en primer lugar, si en el caso de autos cabe apreciar la existencia de una mínima actividad probatoria de cargo, válidamente obtenida y practicada, como paso previo -de ser resuelta positivamente la anterior cuestión- a entrar a conocer la supuesta falta de motivación o arbitrariedad en que pudo incurrir la Sala sentenciadora en la valoración de la prueba de que dispuso.

SEXTO.- Examinada la explicitación que, en el fundamento de convicción de la sentencia impugnada, formula el Tribunal de instancia respecto de la prueba sobre la que asienta su convicción acerca de la certeza de los hechos que declara acreditados en aquella resolución, hemos de poner de manifiesto que la forma en que tuvieron acceso al Expediente Disciplinario núm. NUM000 los mensajes de WhatsApp incorporados a los folios 119 y 120 de dicho procedimiento sancionador -mediante el sistema de captura de pantalla o *pantallazo*-, resulta de todo punto irregular y que, por otra parte, dicha documental no se ha obtenido y practicado de manera válida, además de que el parte disciplinario emitido por el Sr. Comandante Jefe del GRS núm. NUM001 -parte que, según el indicado fundamento de convicción, recoge "el contenido íntegro" de la "conversación mantenida mediante el sistema WhatsApp con el recurrente" por el Capitán Celestino - no fue, inexplicablemente, ratificado por este ante el Instructor del Expediente Disciplinario.

A la vista de las actuaciones, hemos de señalar, en primer lugar, que, no obstante lo que se afirma en el fundamento de convicción de la sentencia impugnada, no se hace mención alguna -ni siquiera parcial- del texto de los citados mensajes de WhatsApp intercambiados entre el ahora recurrente y el Capitán Celestino ni en el parte disciplinario de 12 de diciembre de 2018, emitido por el Comandante Jefe del Grupo de Reserva y Seguridad núm. NUM001 de Pontevedra don Jesús Luis -folios 14 a 20 del procedimiento administrativo- ni en el acuerdo de incoación de 25 de febrero de 2019 -folios 1 y 2 del Expediente Disciplinario-, debiendo poner de relieve que en su extensa y prolija declaración obrante a los folios 100 a 105 del expediente administrativo dicho Comandante Jesús Luis ni siquiera ratifica dicho parte disciplinario -bien es cierto que por no haberle sido interesada dicha ratificación por el Instructor, prueba patente de la deficiente instrucción de que, en términos generales, adolece el Expediente Disciplinario-, parte en el que, entre la numerosa documentación que al mismo se acompaña, tampoco figuran tales mensajes de WhatsApp -pues, como veremos, solo tuvieron acceso al procedimiento sancionador muy posteriormente, en concreto el 22 de mayo de 2019-, y en que se califican los hechos -que se vienen a concretar en la circunstancia de pretender el recurrente darse de baja en el curso y en mantener, a todo trance, la opinión de que no tenía porqué permanecer en él- como legalmente constitutivos de las faltas graves consistentes en la "falta de subordinación" y en "la emisión de informes o partes del servicio que no se ajusten a la realidad o la desvirtúen", previstas en los apartados 5 y 9 del artículo 8 de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del régimen disciplinario de la Guardia Civil, muy distintas, pues, de aquella que fue calificada en el Pliego de Cargos -folios 181 a 183- y por la que finalmente resultó sancionado el recurrente -la falta grave disciplinaria consistente en "cualquier reclamación, petición o manifestación contrarias a la disciplina debida en la prestación del servicio o basadas en aseveraciones falsas", en su modalidad de "cualquier manifestación contraria a la disciplina debida en la prestación del servicio", prevista en el apartado 21 del artículo 8 de la citada Ley Orgánica 12/2007-.

En el nombrado Pliego de Cargos se hace referencia a tales mensajes de WhatsApp que se dicen intercambiados entre el ahora recurrente -que en todo momento niega su autenticidad- y el Capitán Celestino ,



Jefe de la Compañía de su destino, si bien es de reseñar que en la declaración testifical de este oficial, de 21 de mayo de 2019, obrante a los folios 110 a 113 de las actuaciones, se asevera por el deponente, en lo que ahora interesa, de manera ciertamente confusa, que "en la nota interna que remitió al Jefe de Grupo, en el párrafo 12, en la que pedía que diera cuenta de los hechos, le realizó llamada telefónica y al no contestar, le remitió los mensajes, quedando pendiente la remisión de los mensajes a este Instructor", y más claramente que "cuando ocurrieron los hechos le recriminó [al recurrente] por WhatsApp, las formas que empleó para transmitir la intención de causar baja del curso" y que el motivo que empleó para comunicarle al recurrente por WhatsApp tal recriminación "fue que no eran las formas adecuadas", procediendo, por mensaje de "PO.GRS7,PONTEVEDRA/REGISTRO", de fecha 22 de mayo de 2019 -es decir, al día siguiente de prestar declaración el citado Capitán Celestino ante el Instructor del Expediente Disciplinario-, dirigido a "LE.GRS6.LEON/REGISTRO" -figurando como "Tema: N° 1139 RDO DECLARACIÓN TESTIFICAL" y "Adjuntos: carpeta 7z; carpeta 27z"-, suscrito por el indicado oficial, y que obra unido al folio 118 del procedimiento disciplinario con un sello del Registro de entrada del Grupo de Reserva y Seguridad de la Dirección General de la Guardia Civil datado el 22 de mayo de 2019 -en el que se dice, textualmente, que "adjunto se remiten archivos -encriptados- conteniendo declaración testifical realizada por el Capitán Jefe de Compañía de este GRS- NUM001.- Pontevedra con fecha 21/05/19, a través de videoconferencia, así como archivo conteniendo información solicitada por el Teniente Instructor del Expediente NUM000 y la cual le fue requerida al testigo durante la citada declaración. Lo que se participa a Vd. para conocimiento y efectos estime oportunos"-, a remitir al aludido Instructor del Expediente Disciplinario los mensajes de WhatsApp que figuran a los folios 119 y 120 de este, en los que solo consta la fecha "6 DE SEPTIEMBRE DE 2018" y el nombre "Sgt Arturo", sin referencia o mención del número de teléfono del remitente ni del receptor y con textos que, únicamente en parte, se reproducen en el apartado II) del relato de hechos probados de la sentencia impugnada, mientras que el apartado II) del fundamento de convicción de tal resolución textualmente afirma que "por su parte, los hechos realmente constitutivos de la infracción disciplinaria apreciada por las resoluciones recurridas se desprenden de los documentos aportados por el Capitán don Celestino a requerimiento del Instructor del expediente, mediante impresión en papel de los archivos que contienen los términos exactos de la conversación mantenida mediante el sistema WhatsApp con el recurrente, en el curso de la cual se realizaron por éste las manifestaciones que se recogen en el apartado II) de la declaración de hechos probados".

Pues bien, esta prueba documental, consistente en el volcado de pantalla o *pantallazo* de una conversación mantenida por WhatsApp que obra a los folios 119 y 120 de los autos -y que resulta ser, como el Tribunal *a quo* expresamente señala, la única y esencial prueba de cargo en derredor de la cual pivota el convencimiento de dicho órgano judicial acerca de la realidad de los hechos que declara probados y, en definitiva, para tener por enervado el derecho fundamental a la presunción de inocencia que amparaba, y ampara, al ahora recurrente, según manifiesta dicha Sala de instancia en la sentencia que se impugna- no reúne las condiciones de validez en su obtención y de regularidad en su práctica precisas para ser tenida por válida prueba de cargo susceptible de destruir el derecho fundamental a la presunción de inocencia del recurrente.

SÉPTIMO.- En relación con lo anterior, hemos de comenzar señalando que la Sala de lo Penal de este Tribunal Supremo, en su, a los efectos de que se trata, primigenia y fundamental sentencia núm. 300/2015, de 19 de mayo de 2015 -R. 2387/2014-, tras sentar que "respecto a la queja sobre la falta de autenticidad del diálogo mantenido por Evangelina con Carlos Antonio a través del DIRECCION000, la Sala quiere puntualizar una idea básica. Y es que la prueba de una comunicación bidireccional mediante cualquiera de los múltiples sistemas de mensajería instantánea debe ser abordada con todas las cautelas. La posibilidad de una manipulación de los archivos digitales mediante los que se materializa ese intercambio de ideas, forma parte de la realidad de las cosas. El anonimato que autorizan tales sistemas y la libre creación de cuentas con una identidad fingida, hacen perfectamente posible aparentar una comunicación en la que un único usuario se relaciona consigo mismo. De ahí que la impugnación de la autenticidad de cualquiera de esas conversaciones, cuando son aportadas a la causa mediante archivos de impresión, desplaza la carga de la prueba hacia quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria. Será indispensable en tal caso la práctica de una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y, en fin, la integridad de su contenido", señala que "pues bien, en el presente caso, dos razones son las que excluyen cualquier duda. La primera, el hecho de que fuera la propia víctima la que pusiera a disposición del Juez de instrucción su contraseña de DIRECCION000 con el fin de que, si esa conversación llegara a ser cuestionada, pudiera asegurarse su autenticidad mediante el correspondiente informe pericial. La segunda, el hecho de que el interlocutor con el que se relacionaba Evangelina fuera propuesto como testigo y acudiera al plenario. Allí pudo ser interrogado por las acusaciones y defensas acerca del contexto y los términos en que la víctima - Evangelina - y el testigo - Carlos Antonio - mantuvieron aquel diálogo. Con toda claridad lo explican los Jueces de instancia en el FJ 2º de la resolución combatida: "... respecto de la conversación de DIRECCION000 cuya impresión fue aportada por la Acusación Particular, porque las dos personas que la mantuvieron, Evangelina y su amigo Carlos Antonio, en el plenario han manifestado que efectivamente mantuvieron esa conversación y en



esos términos, sin que ninguno de los dos hiciera referencia a que se hubiera producido ninguna manipulación en la impresión de dicha conversación, que consta no solamente aportada por la Acusación Particular en los folios 178 a 190 sino también en las fotografías que del teléfono móvil de la menor adjuntó la Guardia Civil (folios 199 y siguientes), ya que según consta en el oficio, Evangelina accedió en su presencia a su cuenta de DIRECCION000 a través de un ordenador, pero el historial solo permitía retroceder hasta el 26 de Octubre de 2013, por lo que únicamente pudieron visualizarlo a través de la aplicación de DIRECCION000 para teléfonos móviles, haciendo los agentes fotografías de las pantallas correspondientes a la conversación, que coinciden exactamente con las hojas impresas que fueron aportadas por la Acusación Particular. Precisamente, en el escrito con el que se adjuntaban estas impresiones, la Acusación Particular facilitó las claves personales de Evangelina en DIRECCION000 y solicitaba que, si había alguna duda técnica o probatoria, que se oficiara a ' DIRECCION000 ', indicando su dirección, para que se certificara el contenido de esa conversación, sin que la Defensa haya hecho petición alguna al respecto. Teniendo en cuenta que tanto Evangelina como Carlos Antonio han reconocido el contenido de la conversación que se ha facilitado tanto por la Acusación Particular como por la Guardia Civil, no puede estimarse la impugnación de la Defensa, quedando dicha documental dentro del acervo probatorio para su valoración con el conjunto de las restantes pruebas que han sido practicadas", concluyendo que "en suma, ninguna quiebra de los derechos a la tutela judicial efectiva o el derecho a la presunción de inocencia detecta la Sala. El Tribunal de instancia, con un esfuerzo argumental encomiable, sistematiza los elementos de cargo que militan, con absoluta suficiencia, para respaldar la versión de la víctima y aborda para neutralizar su significado los argumentos de descargo hechos valer por la defensa".

Por su parte, la sentencia de la aludida Sala Segunda de este Alto Tribunal núm. 375/2018, de 19 de julio de 2018 -R. 1461/2017-, afirma, tras poner de relieve lo que la antedicha sentencia núm. 300/2015, de 19 de mayo de 2015, indica respecto a la necesidad de abordar la comunicación bidireccional mediante cualquiera de los múltiples sistemas de mensajería instantánea con todas las cautelas, dada la posibilidad de una manipulación de los archivos digitales mediante los que se materializa ese intercambio de ideas -de manera que la impugnación de la autenticidad de cualquiera de esas conversaciones, cuando son aportadas a la causa mediante archivos de impresión, desplaza la carga de la prueba hacia quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria, resultando indispensable en tal caso la práctica de una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y la integridad de su contenido-, así como lo que, en relación con los mensajes de WhatsApp, se manifiesta -en términos similares- en la sentencia de dicha Sala núm. 754/2015, de 27 de noviembre de 2015, señala que "no es posible entender, como se deduce del recurso, que estas resoluciones establezcan una presunción *iusuris tantum* de falsedad de estas modalidades de mensajería, que debe ser destruida mediante prueba pericial que ratifique su autenticidad y que se debe practicar en todo caso; sino que, en el caso de una impugnación (no meramente retórica y en términos generales) de su autenticidad -por la existencia de sospechas o indicios de manipulación- se debe realizar tal pericia acerca del verdadero emisor de los mensajes y su contenido. Ahora bien, tal pericia no será precisa cuando no exista duda al respecto mediante la valoración de otros elementos de la causa o la práctica de otros medios de prueba. En el presente caso, no hay razones para mantener una duda al respecto. En primer lugar, porque la propia víctima pone a disposición del Juez de Instrucción su teléfono móvil, del que directamente se consultan y transcriben los mensajes por el Letrado de la Administración de Justicia. Éste, como indica la sentencia recurrida, realiza una transcripción, que obra al folio 19 y siguientes del Tomo II de la causa en instrucción, y en ella se recoge íntegramente el contenido de los mensajes cruzados, el teléfono donde se encuentran y aquel del que proceden, que es número NUM002. Además, el uso de este número es atribuido a la acusada. Con todo ello, se garantiza, en primer lugar, que si las conversaciones hubieran llegado a ser cuestionadas en cuanto a su origen y/o contenido se hubiera podido asegurar su autenticidad mediante el correspondiente informe pericial; y, en segundo lugar, la forma y modo en que los mensajes se obtuvieron despeja cualquier duda sobre tales extremos, que no surgen por el mero hecho de que el recurrente indique que pudieron haber sido objeto de manipulación o que existen serias dudas sobre la cadena de custodia de los mensajes, ya que se trata de argumentos puramente retóricos y no sustentados en un indicio mínimamente objetivo sobre que ello hubiera sucedido así".

A su vez, en su sentencia núm. 291/2019, de 31 de mayo de 2019 -R. 10864/2018P-, la nombrada Sala de lo Penal señala, respecto a la validez de este clase de prueba -mensajes de WhatsApp-, que "a estos efectos debemos recordar la **Sentencia [del] Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 300/2015 de 19 May. 2015**, Rec. 2387/2014 que trata sobre el valor de la prueba del contenido de mensajes de Whatsapp, recogándose que: "La prueba de una comunicación bidireccional mediante cualquiera de los múltiples sistemas de mensajería instantánea debe ser abordada con todas las cautelas. La posibilidad de una manipulación de los archivos digitales mediante los que se materializa ese intercambio de ideas, forma parte de la realidad de las cosas. El anonimato que autorizan tales sistemas y la libre creación de cuentas con una identidad fingida, hacen perfectamente posible aparentar una comunicación en la que un único usuario se relaciona consigo mismo. De ahí que la impugnación de la autenticidad de cualquiera de esas conversaciones,



cuando son aportadas a la causa mediante archivos de impresión, desplaza la carga de la prueba hacia quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria. Será indispensable en tal caso la práctica de una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y, en fin, la integridad de su contenido".

Por último, en la misma línea argumental, la sentencia de la tan citada Sala Segunda núm. 499/2019, de 23 de octubre de 2019 -R. 1589/2018-, tras poner de relieve que "también la sentencia de apelación, esto es, la dictada por el TSJ ha valorado la prueba documental consistente en los mensajes de whatsapp aportados por la defensa y que no habían sido tenidos en cuenta por el tribunal de instancia, recogiendo la doctrina de esta Sala recogida en la s. 300/2015, de 19 de mayo, en orden a que la prueba de una comunicación bidireccional mediante cualquiera de los múltiples sistemas de mensajería instantánea debe ser abordada con todas las cautelas. La posibilidad de una manipulación de los archivos digitales mediante los que se materializa ese intercambio de ideas, forma parte de la realidad de las cosas. El anonimato que autorizan tales sistemas y la libre creación de cuentas con una identidad fingida, hacen perfectamente posible aparentar una comunicación en la que un único usuario se relaciona consigo mismo. De ahí que la impugnación de la autenticidad de cualquiera de esas conversaciones, cuando son aportadas a la causa mediante archivos de impresión, desplaza la carga de la prueba hacia quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria. Será indispensable en tal caso la práctica de una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y, en fin, la integridad de su contenido", asevera que la sentencia sometida a su control casacional concluye, tras la valoración de dicha documental aportada por la defensa - los mensajes de Whatsapp-, "que el contenido de los textos no tiene entidad para desvirtuar la concurrencia del engaño, tal como razona en el fundamento jurídico quinto: "no han sido cotejados, no se ha practicado prueba pericial que pudiera acreditar la autenticidad, ni se conoce el texto completo de los mensajes que pudieran haberse intercambiado los interesados, pues lo que tenemos son 'pantallazos' de algunos fragmentos de conversaciones. En absoluto, como manifiesta el apelante, se deduce el alegado error 'de una prueba documental con virtualidad propia para evidenciarlo, sin necesidad de recurrir a su contraste con otros medios, ni a conjeturas, razonamientos o deducciones'. De cualquier modo, la verdad es que el contenido de los textos que se nos ofrecen tampoco tendría entidad para desvirtuar la apreciación de la concurrencia del engaño, obtenida a través de otras pruebas personales y documentales. En especial, del mensaje donde el acusado dice 'Oye q cuando vayais al notario aclararos q lo q firmáis son unos poderes para q yo pueda actuar en vuestro nombre en las diferentes entidades bancarias con las q abriremos líneas de liquidez', ni de los otros en los que se hace referencia a documentación (vida laboral, nóminas y carnets) que tienen que entregar en bancos diferentes del Banco Popular, podría deducirse que los perjudicados eran conocedores de las operaciones en las que se estaban involucrando. Podían ser conscientes, como dice la apelante, de los trámites que realizaban, pero no del alcance de los mismos. Es llamativo, además, que el Wasapp cuyo texto acabamos de reproducir está fechado el propio día de la firma del poder y a las 18,46 horas. Otros mensajes en los que la tía expresa su alarma y por el acusado se responde que lo pagará todo, tampoco cuadran con la versión que se nos da en el sentido de que la voluntad de los tíos era endeudarse por encima de los 20.000 euros y con la situación económica en la que se encontraba ESOEN" ...".

En la misma línea, esta Sala, en el Cuarto de los Fundamentos de Derecho de su sentencia núm. 2/2018, de 10 de enero de 2018, y en orden a la determinación de la eventual vulneración del derecho a la presunción de inocencia y del principio de legalidad, tras indicar que "negada por el sancionado la autoría de los hechos, su participación en los mismos y el origen y circunstancias de los textos publicados en "Facebook" habían de ser acreditados en el expediente. Y resulta que, de los dos testimonios anotados por el tribunal de instancia para sustentar los hechos recogidos en el apartado II de la declaración de hechos probados que contiene la sentencia impugnada, sólo puede considerarse válido y con virtualidad probatoria lo manifestado por el comandante del puesto de la Guardia Civil de DIRECCION001 , que sí declaró ante dicho instructor, ratificando lo expuesto en la información reservada. Pero, en estas circunstancias, lo manifestado por el comandante de puesto de la Guardia Civil -al que el referido Alcalde había relatado lo sucedido y hecho entrega de los textos atribuidos al sancionado- no sirve para suplir la falta de ratificación de dicho Alcalde en el expediente, sin que nada acredite la imposibilidad de poderlo haber hecho. Y luce evidente que lo declarado por el comandante de puesto sobre lo sucedido tan solo puede ser valorado como un testimonio de referencia, únicamente apreciado como prueba complementaria, que en su caso reforzará lo acreditado por otros elementos probatorios, o como prueba subsidiaria, tan sólo tomada en consideración cuando resulte imposible acudir al testigo directo ...", asevera, en lo que ahora interesa, que "y aunque obran en el expediente copias de los "pantallazos" en los que se encuentran dichos textos, hay que significar que en ellas aparecen unas anotaciones escritas a mano en las que se hace constar la condición de guardia civil de quien allí aparece como autor del mensaje, así como el lugar en el que éste vive. Pero resulta que dichas copias fueron aportadas por el Alcalde y tanto el Alcalde de DIRECCION001 , como el administrador del perfil del Ayuntamiento de dicha localidad -que [-]según se desprende de su declaración en la información reservada fue quien obtuvo los pantallazos y posiblemente



hizo tales anotaciones-, no han declarado en el expediente aclarando el origen de los textos y la autoría de los mismos, sin que por parte del instructor del expediente se haya llegado a investigar y acreditar tales extremos", por lo que, tras significar que "hace mérito el recurrente a las recientes sentencias de la sala segunda de este Tribunal Supremo de 19 de mayo y 27 de noviembre de 2015, y aunque no nos encontremos ante supuestos similares al que aquí se contempla, sí debemos poner de relieve la cautela con la que hay que abordar la prueba cuando procede de cualquiera de los múltiple[s] sistemas de mensajería instantánea, y como se desplaza la carga de la prueba hacia quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria" y que "sin los testimonios sometidos a contradicción del Alcalde y del administrador del perfil del Ayuntamiento, quedan sin confirmar los diversos datos que facilitaron al relatar los hechos quienes directamente los obtuvieron, lo que priva de la debida verificación para su válida eficacia a los textos cuya publicación en "Facebook" se atribuye al sancionado. Porque sin las declaraciones corroboradoras del origen de los textos y de la identificación de su autor, no cabe tener por acreditada la redacción y publicación por éste de los mismos, ni su condición de guardia civil, dada a conocer o conocida por quienes hubieran podido acceder a ellos", viene a sentar que "como consecuencia de ello, al no haberse acreditado suficientemente la autoría de los textos atribuidos al sancionado ni la transcendencia de su condición de guardia civil a quienes los pudieron recibir, no cabe confirmar la existencia de la infracción disciplinaria apreciada por la Autoridad sancionadora y confirmada por el Tribunal de instancia ...", concluyendo que "todo lo cual -sin necesidad de pronunciarnos sobre la posible vulneración del derecho a la libertad de expresión, que también se invoca, al no quedar suficientemente constatada la realidad de los hechos que se atribuyen al sancionado- lleva necesariamente a la estimación del recurso de casación interpuesto, anulando la sentencia impugnada y, consiguientemente, las resoluciones dictadas en sede disciplinaria, dejando por tanto sin efecto la sanción impuesta al recurrente, con los efectos económicos y administrativos que de ello se deriven".

Y, finalmente, en nuestra sentencia núm. 82/2018, de 15 de octubre de 2018, tras señalar que "es precisamente en la Sentencia de 19 de mayo de 2015 de la Sala Segunda de este Tribunal Supremo, seguida por la de 27 de noviembre del mismo año de dicha Sala Segunda (que cita el tribunal de instancia y esta Sala Quinta ya recogió en su sentencia de 1 de enero de 2018), que se advierte de la posibilidad real de manipulación de los sistemas de comunicación digitales y como el anonimato que autorizan dichos sistemas y la libre creación de cuentas con una identidad fingida, hacen perfectamente posible aparentar lo que en la realidad no lo es, como bien señaló el perito de la parte en su informe y corrobora en cierta medida el tribunal de instancia, poniéndose de relieve en dicha sentencia la cautela con la que hay que abordar la prueba cuando procede de cualquiera de dichos sistemas: "De ahí -dice la Sala Segunda en su sentencia, refiriéndose al caso concreto- que la impugnación de la autenticidad de cualquiera de esas conversaciones, cuanto son aportadas a la causa mediante archivos de impresión, desplaza la carga de la prueba hacia quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria". Señalando a continuación que: "Será indispensable en tal caso la práctica de una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y, en fin, la integridad de su contenido", que "en el caso concreto que aquí nos ocupa, fuera de la solicitud al Juzgado de instrucción del acusado de obtener información sobre la autenticidad de la cuenta de Facebook, en la que -como bien señala el Ministerio Fiscal- no insistió dicho Juzgado instructor, solo ha sido el mismo acusado el que se ha preocupado de aportar prueba pericial en explicación de su defensa, sin que exista otra opinión experta sobre la autenticidad de los "pantallazos" que su propia existencia, pero sin que ésta por sí misma -según apuntamos- sirva para acreditar su verdadero origen, cuando éste debiera haber sido suficientemente investigado" y que "abunda el tribunal de instancia al explicar su convicción sobre lo sucedido en la propia conducta del acusado, haciendo hincapié en su negativa a declarar cuando prestó declaración en octubre de 2015, su prolongado silencio, la falta de colaboración en la investigación de los hechos y la falta de denuncia sobre la suplantación que mantiene haber sufrido, pero reconoce que desde su declaración indagatoria en la instrucción de la causa ya negó la autoría de los comentarios que se le reprochan y es lo cierto que ya, en momento anterior a su procesamiento, su letrado interesó del instructor que se solicitara la información de Facebook España sobre las "fotos objeto de la prueba contra mi mandante", asevera que "no resulta inconveniente en este caso recordar el derecho a no inculparse y a guardar silencio que rige en cualquier procedimiento punitivo del Estado -de manera particular en el proceso penal- y que impide extraer consecuencias adversas del silencio de aquel a quien se imputan determinados hechos. Porque, en cualquier caso, se requiere respecto de éstos una prueba de cargo regularmente practicada, objetiva y suficiente, apta para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado, que pueda soportar por sí misma su inculcación y la realidad de los hechos que se le atribuyen. Como se recuerda muy recientemente por la Sala Segunda de este Tribunal Supremo, en su sentencia de 16 de mayo de 2018, refiriéndose a la aplicación que hace nuestro Tribunal Constitucional de la doctrina procesal del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a partir de la Sentencia de 8 de febrero de 1996 -Caso Murray contra el Reino Unido-["], que no permite solventar la insuficiencia de la prueba de cargo operando con el silencio del acusado: "La suficiencia probatoria ajena al silencio resulta imprescindible. Esto es: una vez que concurre prueba de cargo 'suficiente' para enervar la presunción de inocencia es cuando puede utilizarse como un



argumento a mayores la falta de explicaciones por parte del imputado. De lo contrario advierte reiteradamente el Tribunal constitucional se correría el riesgo de invertir los principios de la carga de la prueba en el proceso penal, de modo que, tal como señala el supremo interprete de la norma constitucional, el silencio del acusado puede servir como dato corroborador a su culpabilidad, pero no para suplir la insuficiencia de la prueba de cargo contra él". En definitiva, solo cuando existe prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia que asiste al acusado podrá acudir a la falta de explicaciones de éste para corroborar su culpabilidad", sentando tanto que "por ello, en el presente caso, ni la pretendida inactividad del acusado, ni su reprochado silencio -que como reconoce el propio tribunal de instancia, únicamente se produjo en su primera declaración, habiendo contradicho con sus explicaciones, tanto en su declaración indagatoria como en la vista oral, su intervención en la introducción de los textos que se incluían en las fotografías- han de ser utilizados para completar la virtualidad probatoria de unas imágenes que circulan por la red y cuya mera constatación, sin otro dato probatorio adicional que lo soporte, pueden servir por sí solas para establecer ineluctablemente su autenticidad y el origen de las mismas. Sólo prueba suficiente, que acreditara la autenticidad de la intervención del acusado en la creación de los mensajes que se le reprochan, podría sustentar la realidad de la imputación de los mismos" como que "por otra parte, aunque no quepa combatir las declaraciones testificales obrantes en las actuaciones y a las que también se remite el tribunal de instancia, por la vía del error de hecho, por ser pruebas personales, cabe significar que tales declaraciones tampoco sirven para reforzar la realidad de los hechos que la sentencia de instancia declara probados, ni pueden llevar sin más a acreditar el verdadero origen de las imágenes contenidas en la denuncia y soportar la imputación del acusado, puesto que los testigos se limitan a poner de manifiesto la forma en la que se obtuvieron dichas imágenes de los sistemas de comunicación -tanto Facebook, como WhatsApp-, pero no acreditan actividad alguna dirigida a comprobar la identidad real de quien introdujo las imágenes capturadas en la red", conviniendo por último, como consecuencia de lo expuesto, que "todo lo cual, en definitiva, nos lleva a concluir que no se encuentra acreditada la procedencia o el origen de las fotografías introducidas en la red social Facebook a las que se hace referencia por el tribunal de instancia en su relato fáctico, sin que realmente exista prueba incriminatoria de cargo que confirme que fue el recurrente quien introdujo en la red social las fotografías en cuestión y los comentarios susceptibles de reproche que en ellas se contenían, lo que impide al tribunal de instancia acoger el invocado silencio del acusado o a una pretendida falta de diligencia de éste para corroborar su culpabilidad, cuando la identidad de quien realmente introdujo en la red las imágenes con los comentarios reprochados no ha quedado verificada. Como declara la sentencia del Tribunal Constitucional 189/98, de 28 de septiembre, cabe constatar una vulneración del derecho a la presunción de inocencia "cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado". Y vulnerado en este caso el derecho a la presunción de inocencia, en cuanto que la real participación del acusado en los hechos que se declaran probados no ha sido suficientemente constatada, el recurso debe estimarse parcialmente alterando el relato fáctico en este sentido y sin que resulte necesario pronunciarse sobre los restantes motivos de casación planteados".

OCTAVO.- Pues bien, en el caso de autos, no reconocida en ningún momento por el ahora recurrente la autoría de los mensajes de WhatsApp cuyo volcado o *pantallazo* figura a los folios 119 y 120 del Expediente Disciplinario -que, repetimos, según el propio Tribunal *a quo* constituyen la única prueba en la que la Sala sentenciadora fundamenta los hechos relatados en el apartado II) del *factum* sentencial-, en los que ni siquiera consta el número del teléfono desde el que pudieran haberse emitido ni la identidad del remitente -más allá de la frase "Sto. Arturo " que figura al principio de los meritados *pantallazos*-, no habiéndose aportado el dispositivo electrónico en que se contenían tales mensajes de WhatsApp -en concreto, el teléfono portátil del Capitán Celestino , en el que este afirma haberlos recibido y cuyo número tampoco consta en los folios 119 y 120 de las actuaciones, ni a lo largo de las actuaciones- por parte del titular del mismo -garantizándose, además, la cadena de custodia-, ni habiéndose cotejado por el Secretario del Expediente Disciplinario lo transcrito en el volcado o *pantallazo* con el dispositivo que lo contuviera y desde el que se procediera a su volcado o transcripción -o habiéndose llevado a cabo tal volcado por un perito informático, bajo la fe del Secretario del procedimiento sancionador- y no constando tampoco en las actuaciones declaración testifical o prueba alguna corroboradoras del origen de los textos y de la identidad de su autor que pudieran permitir valorar la coincidencia de los mensajes que figuran a los dichos folios 119 y 120 de las actuaciones con lo realmente dicho o manifestado por el ahora recurrente y que fuera el mismo quien los remitió, no podemos sino estimar la pretensión formulada por la representación procesal de este último en el sentido de haberse vulnerado su derecho fundamental a la presunción de inocencia, al no haber dispuesto el Tribunal de instancia de prueba de cargo válida, en cuanto que la actividad probatoria valorada por dicho órgano judicial como fundamental a la hora de tener por enervado dicho derecho fundamental -"la impresión en papel de los archivos que contienen los términos exactos de la conversación mantenida mediante el sistema WhatsApp con el



recurrente", aportados, a requerimiento del Instructor del expediente administrativo, por el Capitán Celestino - resulta carente de cualquier garantía en su práctica u obtención y consecuente aportación a las actuaciones, y, por consecuencia, adolece de cualquier validez probatoria a efectos de destruir la presunción de inocencia del demandante.

Esta Sala, en el ejercicio del control casacional que le corresponde, ante la impugnación de la autenticidad de los mensajes de WhatsApp que se atribuyen al demandante, verifica que, en el presente caso, y tal y como arguye la representación procesal del mismo, no existe prueba de cargo válidamente obtenida y regularmente practicada que sea suficiente y tenga un contenido o carácter incriminatorio bastante o suficiente para quebrar la presunción de inocencia de este, pues la prueba que el Tribunal de instancia estima determinante a la hora de destruir tal presunción *iuris tantum* no se ha aportado al Expediente Disciplinario y practicado con las garantías constitucionales y legales precisas para tenerla por prueba lícita, no habiendo hecho nada la Administración sancionadora para identificar, mediante la pertinente pericial, el verdadero origen de la comunicación, la identidad de los interlocutores -en especial, y sobre todo, al menos del ahora recurrente- y la integridad del contenido de la misma -pues, habiendo sido aportadas las conversaciones o mensajes de WhatsApp que figuran en el volcado de pantalla o *pantallazo* que figura a los folios 119 y 120 del Expediente Disciplinario por el Capitán Celestino, por parte del Instructor del expediente sancionador no se ha llegado a investigar y acreditar tales extremos-, no pudiendo, en consecuencia, deducirse objetivamente de dicho medio de prueba, como hace la Sala de instancia, la culpabilidad del recurrente, entendida como participación de este en los hechos.

En consecuencia, debe, por todo ello, al no poder tener la consideración de válida dicha prueba -lo que no permite conferirle carácter incriminatorio o inculpatario, y tenerla, en definitiva, como de cargo-, prevalecer el derecho fundamental presuntivo de la inocencia del recurrente y, en su consecuencia, procede la estimación de la pretensión y, por ello, la estimación parcial de la alegación, y, por ende, la estimación del recurso de casación que nos ocupa, y sin que resulte, en definitiva, necesario entrar en el examen de la segunda de las alegaciones o consideraciones formuladas por la parte recurrente.

NOVENO.- Las costas deben declararse de oficio, al administrarse gratuitamente la Justicia Militar, conforme al artículo 10 de la L.O. 4/1.987 de 15 de julio.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.- Que debemos estimar y estimamos el recurso de casación contencioso-disciplinario militar ordinario número 201/1/2021 de los que ante nosotros penden, interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Rodrigo Pascual Peña, en nombre y representación del Sargento de la Guardia Civil don Arturo, con la asistencia del Letrado don Fernando Castellanos López, contra la sentencia dictada por la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central con fecha 29 de octubre de 2020 en el recurso contencioso-disciplinario militar ordinario número 193/19, deducido en su día por el Sargento de la Guardia Civil don Arturo contra la resolución del Sr. Director General del Instituto Armado de fecha 25 de noviembre de 2019, confirmatoria, en vía de alzada, de la del Excmo. Sr. General de Brigada Jefe Accidental de la Jefatura de Unidades Especiales y de Reserva de fecha 5 de agosto anterior, recaída en el Expediente Disciplinario por falta grave núm. NUM000, de registro de la Dirección General de la Guardia Civil, por la que se impuso al demandante la sanción de pérdida de cinco días de haberes con suspensión de funciones como autor de una falta grave consistente en "cualquier reclamación, petición o manifestación contrarias a la disciplina debida en la prestación del servicio o basadas en aseveraciones falsas", en su modalidad de "cualquier manifestación contraria a la disciplina debida en la prestación del servicio o basada en aseveraciones falsas", prevista en el apartado 21 del artículo 8 de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del régimen disciplinario de la Guardia Civil, sentencia que casamos y anulamos por no resultar la misma ajustada a derecho, y, en su lugar, declaramos la nulidad de las resoluciones sancionadoras antedichas por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, dejando sin efecto la falta grave apreciada y la sanción impuesta, cuya anotación deberá desaparecer de la documentación personal del interesado, que habrá de ser reintegrado de los salarios y demás emolumentos que, por consecuencia de tal sanción, hubiera dejado de percibir, con sus intereses legales, y con cuantos demás efectos administrativos, económicos o de cualquier otra índole, correspondan.

2.- Se declaran de oficio las costas causadas en el presente recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes personadas, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.