



Universidad
Zaragoza

TRABAJO FIN DE GRADO

**Las pruebas obtenidas por particulares
vulnerando derechos fundamentales: análisis de
su licitud a la luz de la STS de 23 de febrero de
2017 (caso Falciani)**

Autor: Marta Asensio Puyuelo

Director: Alberto Lafuente Torralba

Curso 2016-2017



Facultad de Derecho
Universidad Zaragoza

ÍNDICE

LISTA DE ABREVIATURAS UTILIZADAS.....	1
I. INTRODUCCIÓN.....	2
1. CUESTIÓN TRATADA.....	2
2. MOTIVO DE LA ELECCIÓN DEL TEMA.....	2
3. METODOLOGÍA EMPLEADA.....	3
II. LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL: CONCEPTO.....	4
III. LOS MEDIOS DE PRUEBA.....	5
IV. LA PRUEBA ILÍCITA: CONCEPTO.....	7
V. LA REGLA DE EXCLUSIÓN Y SUS EXCEPCIONES.....	9
VI. ANÁLISIS DE LA LICITUD DE LA PRUEBA OBTENIDA POR PARTICULARES VULNERANDO DERECHOS FUNDAMENTALES: STS 116/2017 DE 23 DE FEBRERO (caso de la «Lista Falciani»).....	11
1. JURISPRUDENCIA ANTERIOR A LA STS 116/2017 DE 23 DE FEBRERO.....	11
2. EL PUNTO DE INFLEXIÓN: EL «CASO FALCIANI».....	15
2.1. Antecedentes de hecho.....	15
2.2. Solución en el Derecho comparado.....	16
2.3. Solución en el Derecho español.....	19
A) Auto nº 19/2013 de la AN relativo a la demanda de extradición.....	19
B) Sentencia 280/2016 dictada por la Audiencia Provincial de Madrid.....	21
C) Sentencia del Tribunal Supremo 116/2017, de 23 de febrero.....	21
3. VALORACIÓN DE LA STS 116/2017, DE 23 DE FEBRERO.....	22
VII. CONCLUSIONES.....	25
BIBLIOGRAFÍA.....	27

LISTA DE ABREVIATURAS UTILIZADAS

AN	Audiencia Nacional
AP	Audiencia Provincial
Art.	Artículo
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CP	Código Penal
ex.	Ejemplo
FJ	Fundamento Jurídico
IRPF	Impuesto de Renta de las Personas Físicas
Lecrim.	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LET	Ley de Estatuto de los Trabajadores
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
MF	Ministerio Fiscal
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

I. INTRODUCCIÓN

1. CUESTIÓN TRATADA

El objeto de este trabajo es la prueba en el proceso penal, concretamente el concepto de prueba ilícita regulado en el art. 11.1 LOPJ y los efectos de la ilicitud probatoria. Como regla general, la ley establece que cualquier prueba obtenida directamente o indirectamente violentando derechos fundamentales no puede considerarse válida, ni puede servir como prueba de cargo contra el acusado por lo que debe ser excluida del proceso penal. No obstante, existen excepciones a esta regla general como es el caso de la buena fe en la actuación policial, el descubrimiento inevitable, la conexión de antijuridicidad etc. que también son analizadas en este trabajo.

Pero realmente, el núcleo de mi trabajo se centra en analizar la complejidad que rodea a las pruebas cuando son obtenidas por particulares vulnerando derechos fundamentales. Estudio cómo los tribunales de los países no ofrecen la misma solución cuando son particulares los que obtienen pruebas de manera ilícita con el objeto de hacerla valer en un proceso. Además analizo la jurisprudencia tan contradictoria que ofrece el TS al tratar sobre este tema, centrando la mayoría de mi estudio en la controvertida sentencia del TS 116/2017 de 23 de febrero, el caso de la «lista Falciani».

2. MOTIVO DE LA ELECCIÓN DEL TEMA

Principalmente he elegido este tema porque el «caso Falciani» posee una enjundia jurídica considerable al incidir en una de las materias más complejas y polémicas del proceso penal como es el de la prueba ilícita.

Con este estudio hemos comprobado que los países están solucionando de forma diferente el tema relativo a la sustracción de información por parte de una persona de manera ilícita con el objetivo de que sirva de prueba de cargo en un proceso. Por ejemplo, países como Bélgica no admiten la prueba o países como Alemania sí que la consideran lícita.

Por otra parte, ha quedado claro que el TS no tiene un criterio nítido a la hora de resolver sobre la validez de pruebas obtenidas por particulares vulnerando derechos fundamentales. Al analizar su jurisprudencia hemos comprobado que en algunos supuestos admite la prueba como válida y en otros no.

No obstante, el punto de inflexión lo encontramos en el «caso Falciani». Con esta sentencia se produce un giro en la jurisprudencia del TS. Por primera vez el tribunal argumenta de una forma que no había hecho hasta ahora para justificar la conducta de Hervé Falciani, en concreto la obtención de información de manera ilícita con el objetivo de hacerla valer como prueba en un proceso. Como he dicho anteriormente, el tribunal justifica su conducta de una forma muy original ya que la condición de la validez de la prueba va a depender en si la persona que lo ha obtenido es particular o es funcionario, distinguiendo así donde la ley no lo hace.

Otro motivo que ha dado lugar a que eligiera este tema es que se trata de un tema de gran actualidad, que ha supuesto un revuelo mediático debido a que ha aparecido frecuentemente en los medios de comunicación. Sobre todo con la huida de Falciani, finalmente detenido en el puerto de Barcelona.

3. METODOLOGÍA EMPLEADA

Para realizar este estudio he tenido que consultar diferentes manuales para ampliar mis conocimientos sobre la prueba en el proceso penal, en concreto sobre la prueba ilícita. También he consultado diferentes artículos doctrinales donde he analizado la solución que se ofrece en el Derecho comparado y la opinión que tienen distintos autores sobre este tema, en particular sobre la sentencia del TS 116/2017 relativa al «caso Falciani».

Para terminar he de decir que mi trabajo es fundamentalmente jurisprudencial. He analizado la jurisprudencia anterior al caso de la «Lista Falciani», con la que me he dado cuenta de que se trata de una jurisprudencia muy contradictoria. Por otra parte, he estudiado toda la jurisprudencia que rodea al «caso Falciani»: el auto nº 19/2013 de la AN, la SAP de Madrid 280/2016 y la controvertida STS 116/2017.

II. LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL: CONCEPTO

De conformidad con el derecho a la presunción de inocencia, el acusado es inocente hasta que el juez no dicte una sentencia firme que le condene. En otras palabras, el acusado no es culpable hasta que mediante la práctica de la prueba correspondiente se acredite lo contrario.

A este respecto, la prueba en el proceso penal, como regla general, es la practicada en la fase de juicio oral. Se trata de la actividad que llevan a cabo las partes cuyo objetivo principal es desvirtuar la inocencia del acusado y procurar que el juez adquiera el conocimiento de la verdad sobre los hechos¹.

Para que el juez tenga la certeza absoluta de que el acusado es culpable de los hechos que se le imputan se tienen que cumplir una serie de requisitos. Tal y como señala la autora ARMENTA DEU², de la doctrina constitucional se pueden extraer tres reglas: en primer lugar, debe tratarse de una prueba de cargo; en segundo lugar, esa prueba de cargo debe ser mínima y en tercer lugar, debe haberse obtenido y practicado con todas las garantías, es decir, practicarse en el juicio oral, excluyendo la prueba ilícita (aquella que se obtiene vulnerando derechos fundamentales, art. 11.1 LOPJ), respetando el principio de contradicción y realizando su práctica sometida a los principios de inmediación, oralidad, concentración y publicidad.

Como bien señala la autora, la práctica de la prueba no supone que el juez dicte una sentencia de condena obligatoriamente, ya que la puede valorar como insuficiente o se pueden presentar pruebas que acrediten la inocencia del acusado. No obstante, si el juez dicta sentencia condenatoria, no puede nombrar solo los hechos probados sino que tiene que fundamentar su sentencia, dejando claras las razones que le llevan a esa conclusión. Es lo que se conoce como motivación de la sentencia penal.

Como se ha dicho anteriormente, la prueba, como regla general, se practica en la fase de juicio oral. No obstante, existen excepciones a esta regla general como es el caso de la «prueba anticipada» y «prueba preconstituida».

La primera hace referencia a aquellos medios de prueba que se prevé su imposibilidad o dificultad de realizarlas en el acto del juicio, por lo que se realiza su práctica durante la fase de instrucción. Los diferentes supuestos de prueba anticipada encuentran su regulación en la LECrim. Un ejemplo de ello sería la anticipación de la declaración de un testigo en peligro de muerte (art. 448 LECrim) o la declaración de una persona residente en el extranjero (art. 719 LECrim).

La prueba preconstituida guarda estrecha relación con la prueba anticipada. Las dos se tratan de pruebas cuya práctica se lleva a cabo en un momento anterior al juicio oral. La diferencia radica en su imposibilidad de ser reproducida en juicio, además de que los supuestos de este tipo de prueba carecen de regulación. Un ejemplo sería, durante el

¹ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho procesal penal*, 9ªedic., Marcial Pons, Madrid, 2016, p.277.

² ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho...*, cit., pp. 66 a 67.

reconocimiento judicial o también llamado inspección ocular, el levantamiento de un cadáver³.

Para terminar, obvio es decir que el MF o las partes acusadoras son las encargadas de probar los hechos contenidos en sus escritos de calificación provisional en el caso de delitos graves, de acuerdo con el art. 656 LECrim y en sus escritos de acusación y defensa en el caso de procedimiento abreviado, en conformidad con el art. 781.1.II LECrim.

III. LOS MEDIOS DE PRUEBA

De acuerdo con el principio de investigación de oficio, el tribunal debe descubrir la verdad de los hechos, la cual no tiene porque coincidir con la que proponen las partes. Por ello, es el tribunal quien delimita el objeto del proceso y acepta los medios de prueba y su práctica.

En el proceso penal, podemos encontrar los siguientes medios de prueba:

Declaración del acusado. Basta con señalar que es el presidente del tribunal quien concede la palabra, rechazando aquellas preguntas que considere inadecuadas. El interrogatorio lo comienza el MF, después las partes acusadoras y finalmente, la defensa. El acusado se puede acoger a su derecho a no declarar y a guardar silencio. Por último, el art. 731 bis LECrim permite que el interrogatorio se lleve a cabo por videoconferencia, atendiendo a motivos de «utilidad, seguridad u orden público».

Prueba testifical. Consiste en la declaración que lleva a cabo una persona física, que tiene la condición de tercero, ante el juez sobre el objeto del proceso penal del cual tiene conocimiento pero no forma parte del mismo. No obstante, la declaración de la víctima o el perjudicado también es considerada como prueba testifical.

Pueden prestar declaración como testigos las personas interrogadas en la fase de instrucción, además de las personas que citen las partes en sus escritos. Si el testigo se niega a declarar se le puede imponer una multa y puede incurrir en un delito de desobediencia grave.

Recordemos que el art. 731 bis LECrim también les permite prestar su declaración mediante videoconferencia debido a motivos de «utilidad, seguridad u orden público».

Los testigos tienen la obligación de comparecer ante el juez, excepto el Rey, la Reina, el Príncipe heredero o el Regente y los Agentes Diplomáticos (art.411.1 LECrim). Por otra parte, están exentos de comparecer pero no de declarar aquellas personas que puedan hacerlo en su despacho o por escrito. Se encuentran en el art. 412 LECrim como es el caso del resto de personas de las Familia Real, el Presidente, miembros del Congreso de los Diputados o Senado etc.

³ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho...*, cit., pp. 278 a 279.

Los testigos también deben prestar declaración y decir la verdad. No obstante, están exentos de declarar: los incapacitados física o moralmente (art. 417.3 LECrim), los que por razón de su oficio estén obligados a guardar secreto profesional, como por ejemplo, los abogados (art. 416.2 LECrim) o los parientes del investigado en el grado que marca el art. 416.1 LECrim.

Si el testigo no comparece se le puede imponer una multa de 200 a 5000 euros, además de poder ser llevado ante el juez mediante fuerza pública y ser acusado por un delito de obstrucción a la justicia. Si se niega a declarar se le puede procesar por un delito de desobediencia grave. También puede ser acusado de un delito de falso testimonio si miente en su declaración en el juicio⁴.

No hay que olvidar el **careo**, un modo de realizar la prueba testifical. Se trata de una medida excepcional que el juez solo lleva a cabo cuando existen diferentes testimonios entre los testigos o los procesados sobre una circunstancia que interese en la investigación. Este medio de prueba no se llevara a cabo si existe otra forma de descubrir la verdad.

Prueba pericial. De acuerdo con el art. 456 LECrim, este medio de prueba consiste en un informe elaborado por una persona con conocimientos científicos o artísticos sobre circunstancias relevantes del caso.

Las partes proponen a los peritos que crean convenientes en sus correspondientes escritos. En el procedimiento ordinario hay dos peritos y en el procedimiento abreviado, si el juez lo considera conveniente, basta con un perito. Estos pueden ser una persona pública o privada, física o jurídica, con titular o sin él⁵.

Tienen la obligación de acudir al llamamiento judicial y dar el informe que han llevado a cabo. No obstante, al igual que el acusado y los testigos, pueden prestar su declaración mediante videoconferencia por motivos de «utilidad, seguridad u orden público». Prestan declaración de forma conjunta. Las preguntas las realizan las partes, las cuales deben versar sobre el objeto del dictamen que ha elaborado el perito, el proceso que ha seguido para elaborarlo y la conclusión a la que ha llegado.

Si el perito no comparece en la primera citación se le puede imponer una multa de 200 a 5000 euros. Si en la segunda citación sigue sin acudir al llamamiento del juez se le puede procesar por un delito de obstrucción a la justicia.

Prueba documental. En conformidad con el art. 726 LECrim, la prueba documental consiste en el estudio por parte del tribunal de todos aquellos documentos que puedan servir para el esclarecimiento de los hechos o la averiguación de la verdad.

⁴ GIMENO SENDRA, V., *Manual de derecho procesal penal*, 2ªedic., Colex, Madrid, 2010, pp.413a 422.

⁵ ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho...*, cit., pp.167 a 168.

No está de más recordar que el tribunal tiene que fundar su sentencia en las pruebas practicadas en la fase de juicio oral. Por ello, la prueba documental deberá ser leída en el juicio para considerarla como acto de prueba.

El reconocimiento judicial. Se trata de la propia inspección que realiza el juez, con sus propios sentidos y sin intervención de terceros, de la persona, lugares u objeto que puedan servir para descubrir aspectos importantes sobre el hecho punible.

Este medio de prueba, también llamado «inspección ocular», es excepcional, al existir las fotografías o el recogido de huellas⁶.

Prueba por indicios. Este tipo de prueba parte de un hecho básico o también llamado indicio, el cual ha quedado demostrado y a través del camino de la lógica el juez llega a un hecho desconocido, consecuencia del hecho principal, descubriendo la verdad de lo sucedido. En consecuencia, el hecho presunto, se tiene por cierto porque su existencia se deduce de otros hechos que han sido probados⁷.

Un ejemplo de esta prueba (extraído del ámbito civil) podría ser los matrimonios de conveniencia, la presunción suele deducirse de datos como: diferente nacionalidad entre los cónyuges, sin fase de noviazgo o muy breve, rápida ruptura de la convivencia a los pocos días de celebrarse la boda, etc.

IV. LA PRUEBA ILÍCITA: CONCEPTO

La teoría de la prueba ilícita quizá sea una de las materias más complejas en el campo procesal. Ya encontramos la primera dificultad en su terminología. En nuestro país, se usan términos como «prueba ilícita», «prueba irregular», «prueba ilegal» o «prueba prohibida⁸».

En palabras del profesor ASECIO MELLADO⁹, la prueba ilícita consiste en la «obtención de fuentes de prueba con infracción de derechos fundamentales de naturaleza material, no procesal». Tal y como señala, la prueba ilícita afecta a las fuentes de prueba y no a los medios de prueba. Por eso, cuando una fuente de prueba es declarada ilícita, el medio de prueba no puede incorporarse en el proceso aunque se practique en conformidad con las exigencias legales.

No está de más destacar algunas de sus palabras, las cuales a mi juicio, resumen a la perfección las consecuencias de la ilicitud probatoria: «la prueba ilícita, pues, debe ser decretada en la fase de investigación si ya se conoce, y, en su defecto, no ser admitida como prueba; si es admitida no ser valorada; y, si es valorada, no ser tomada en consideración para fundamentar en ella la condena».

⁶ GIMENO SENDRA, V., *Manual de derecho...*, cit., pp. 423 a 426.

⁷ ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho...*, cit., p. 300.

⁸ ARMENTA DEU, T., «La verdad en el filo de la navaja (nuevas tendencias en materia de prueba ilícita)», en *Revista Ius et praxis*, vol. 13, n°2, 2007, p.355.

⁹ ASECIO MELLADO, J.M., «La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción como expresión de garantía de los derechos fundamentales», en *Diario La Ley*, n°8009, 2013, pp.3 a 5.

El artículo 11.1 de la LOPJ, encargado de regular el concepto de prueba ilícita, establece lo siguiente: «En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. **No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales**»

Tal y como señala el profesor RICHARD GONZÁLEZ¹⁰, respecto al precepto anterior, se puede distinguir dos posiciones diferenciadas. Unos a los que llama «adoradores de la ley», para los cuales el artículo 11.1 LOPJ es rotundo, en el cual no caben excepciones, y toda prueba obtenida violando derechos o libertades fundamentales no es válida. Otra posición, en la que se encuentran los autores que defienden que no toda prueba conseguida violando un derecho fundamental debe suponer una nulidad de la misma y su exclusión del procedimiento. Un ejemplo, de esta última posición se encuentra en la STS 116/2017 de 23 de febrero, el caso de la «Lista Falciani», la cual expondremos y analizaremos más adelante.

En cuanto a los efectos de la prueba ilícita, decimos de forma reiterada, que no será válida como medio de prueba y se excluirá del procedimiento.

Además, de acuerdo con la doctrina de «frutos del árbol envenenado», la exclusión de la prueba ilícita alcanza a la prueba originaria y a todas aquellas obtenidas a partir de la originaria, aunque hayan sido obtenidas lícitamente¹¹.

No obstante, existen excepciones a esta regla de exclusión que veremos en el apartado siguiente.

Para terminar, coincido con el profesor RICHARD GONZÁLEZ¹² cuando dice lo siguiente: «debe realizarse una ponderación de los derechos e intereses afectados en cada caso en el que se plantee la ilicitud de la prueba», ya que, como bien señala: «no toda afectación de un derecho fundamental debe conllevar, necesariamente, la ilicitud de la prueba», «no todos los derechos fundamentales tienen la misma importancia y necesidad de protección», «debe atenderse a las circunstancias concretas del caso [...] incluyendo las causas de justificación o de necesidad que pudieran otorgar alguna clase de legitimidad de la intromisión» y «ninguna regla puede ni debe pretender hacer desaparecer lo real. La búsqueda de la verdad debe ser siempre una aspiración del sistema de justicia».

A mi juicio, en supuestos de ilicitud probatoria, debe realizarse una ponderación entre el derecho fundamental vulnerado y el ejercicio del *ius puniendi*, que como sabemos, consiste en el deber que tiene el Estado de castigar las conductas delictivas, facultad que ejercen los jueces y tribunales a través del proceso penal. Pienso que, en ciertos supuestos donde existen conductas delictivas graves, estas no deben quedar impunes por

¹⁰ RICHARD GONZÁLEZ, M., «Licitud y validez de la prueba obtenida por particulares en el proceso penal: Comentario a la STS 116/2017 de 23 de febrero que declara la validez de la «lista falciani» para fundar una condena por delito fiscal», en *Diario La Ley*, nº8946, 2017, pp. 4 a 6.

¹¹ ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho...*, cit., p. 289.

¹² RICHARD GONZÁLEZ M., «Licitud y validez de la prueba obtenida por particulares en el proceso penal: Comentario a la STS 116/2017 de 23 de febrero... », cit. pp.9 a10.

el mero hecho de vulnerar un derecho fundamental. Piénsese, por ejemplo, una persona que entra de manera ilegal en casa de un matrimonio, y presencia cómo el marido asesina a la esposa o al revés. En este caso, desde mi punto de vista, lo más lógico sería castigar a la persona que ha matado y no dejarla impune alegando que se ha vulnerado su derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE) y en consecuencia, su derecho a la intimidad (art.18.1 CE), por entrar en su casa de forma ilegal.

De todas formas, ya tendremos ocasión de pronunciarnos sobre este tema más adelante.

V. LA REGLA DE EXCLUSIÓN Y SUS EXCEPCIONES

Como ya sabemos, la regla de exclusión implica que la calificación de una prueba como ilícita se excluya del proceso. La prueba es nula y no hay posibilidad de admitirla y valorarla.

Sin perjuicio de lo anterior, en la actuación procesal se han reconocido excepciones a esta regla de exclusión tan generalizada para así poder evitar su nulidad y su exclusión del procedimiento. Podemos destacar las siguientes:

Buena fe en la actuación policial. Esta excepción nos permite limitar la doctrina de «frutos del árbol envenenado». No se aplica esta doctrina cuando los agentes han actuado de buena fe, es decir, cuando su comportamiento es lícito, no vulnera ningún derecho fundamental y se ajusta al ordenamiento jurídico¹³.

Un ejemplo de esta excepción la encontramos en la STC 22/2003. Se trataba de una mujer que denuncia a su marido por violencia de género. Únicamente con el consentimiento de la esposa, se llevó a cabo una entrada y registro del domicilio del marido, donde se encontró una pistola del acusado. El tribunal considera que se ha violado el derecho a la inviolabilidad del domicilio del acusado (art. 18.2 CE) ya que el consentimiento de la esposa no es válido. En consecuencia, el tribunal tendría que haber excluido la prueba del proceso aplicando el art. 11.1 LOPJ pero nada más lejos de la realidad, admitió la prueba en el proceso. Basa su argumentación en que los policías actuaron de buena fe, no incurrieron en dolo, ni culpa y en todo momento creyeron estar actuando conforme a la CE.

La fuente independiente. No estamos ante una verdadera excepción ya que en estos casos no existe una relación directa entre la prueba ilícita inicial y las pruebas posteriores. En otras palabras, si no existe una relación de causalidad entre la prueba originaria y la prueba derivada no podemos decir que la fuente independiente opera como una excepción.

Cosa distinta es que exista vinculación entre la prueba derivada y la actividad inicial ilícita. En estos casos la calificamos como fuente independiente cuando en realidad no lo es puesto que existe esa relación de causalidad. En consecuencia, sí que estaríamos ante una verdadera excepción de la regla de exclusión.

¹³ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho...*, cit., p. 289.

Un ejemplo donde se aplica esta excepción es el caso *Segura vs. US*. Se trataba de una investigación de un delito de tráfico de drogas donde la policía entra en un domicilio sin la correspondiente autorización judicial. Cuando entró en el domicilio detuvo a las personas que se encontraban allí y se quedó dentro del mismo hasta que tuvieron el auto del juez donde se autorizaba la entrada y registro del domicilio. El juez autorizó el registro del domicilio debido a los indicios que existían antes de la entrada de forma ilegal. En consecuencia, no se admitió como prueba lo descubierto cuando se entró de forma ilegal y por el contrario, sí que se admitió como prueba lo encontrado después del auto donde se autorizaba la entrada y registro.

Como hemos podido ver la independencia ya no depende solo de la inexistencia de esa relación de causalidad sino que también se predica de aquellos supuestos en los que existe esa vinculación. En este último caso, el TC declaró que debe haber transcurrido un largo periodo de tiempo entre una prueba y la otra. Además se conoce a la prueba derivada lícita como prueba jurídicamente independiente¹⁴.

El descubrimiento inevitable. Se trata de aquellas pruebas que se hubieran descubierto igualmente, es decir, aunque no se haya cometido la primera ilicitud, las circunstancias habrían llevado al mismo resultado.

Tal y como señala MIRANDA ESTRAMPES¹⁵, las partes acusadoras deben demostrar la inevitabilidad del descubrimiento, es decir, «que la prueba obtenida como resultado de una violación inconstitucional hubiera sido descubierta por medio lícitos e independientes de la conducta lícita original».

Nexo causal atenuado. Para MIRANDA ESTRAMPES¹⁶, esta excepción es una variante de la fuente independiente. Esta excepción no niega la existencia de un nexo causal entre la prueba ilícita y la prueba derivada pero dicho nexo causal está tan debilitado, tan atenuado, que la ilicitud queda saneada y se puede usar la prueba derivada en el proceso.

La confesión del acusado. También sirve para poder sanar posibles pruebas obtenidas ilícitamente previamente. Para ello, como señala ARMENTA DEU¹⁷, la confesión tiene que ser libre y voluntaria, y se le debe de haber informado previamente de la existencia de fuentes de prueba obtenidas ilícitamente.

La conexión de antijuridicidad. Esta excepción tiene su origen en la STC 81/1998, la cual establece que es necesario constatar una conexión de antijuridicidad entre la prueba originaria y la prueba derivada, siendo insuficiente que exista una relación de causalidad entre ambas.

¹⁴MIRANDA ESTRAMPES, M., «La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones», en *Revista catalana de seguretat pública*, mayo de 2010, pp.140 a 144.

¹⁵MIRANDA ESTRAMPES, M., «La prueba ilícita: la regla de exclusión...», *cit.* p. 144 a 145.

¹⁶MIRANDA ESTRAMPES, M., «La prueba ilícita: la regla de exclusión...», *cit.* p. 146.

¹⁷ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho...*, *cit.*, p. 290.

Esta doctrina ofrece criterios de decisión a los jueces a la hora de pronunciarse entre la ilicitud probatoria de la prueba originaria y las pruebas derivadas. Ya no es suficiente que exista una relación de causalidad entre ellas sino que debe de existir una conexión de antijuridicidad. Para saber si existe esa conexión de antijuridicidad el TC ha fijado dos criterios¹⁸.

Desde un punto de vista interno, se debe analizar si la vulneración del derecho fundamental de la prueba originaria se transmite a las siguientes, es decir, a las pruebas derivadas. En otras palabras, se examina la importancia de la vulneración del derecho fundamental y sus efectos.

Desde el punto de vista externo, hay que analizar la vulneración del derecho teniendo en cuenta la tutela e intereses que protege el mismo¹⁹.

Tal y como declaró el TC en su sentencia 81/1998 en el FJ 4º la prueba será constitucionalmente legítima si: «resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo.»

VI. ANÁLISIS DE LA LICITUD DE LA PRUEBA OBTENIDA POR PARTICULARES VULNERANDO DERECHOS FUNDAMENTALES: STS 116/2017 DE 23 DE FEBRERO (caso de la «Lista Falciani»)

1. JURISPRUDENCIA ANTERIOR A LA STS 116/2017 DE 23 DE FEBRERO

A la luz de la jurisprudencia consultada, hemos podido comprobar que el Tribunal Supremo no tiene un criterio claro a la hora de resolver sobre el tema de la ilicitud probatoria cuando la vulneración del derecho fundamental no deriva de una actuación de la autoridad o sus agentes, sino que es imputable a sujetos particulares. Aquí van algunos ejemplos:

STS 569/2013, de 26 de junio: se trata de una pareja separada de hecho, Juan Manuel y Catalina. Un día Catalina recibe una llamada de teléfono de la supuesta amante de Juan Manuel, diciéndole que en el coche de este estaban las pruebas de la relación que sostenían. Catalina entra en el coche de Juan Manuel sin su consentimiento, ve las pruebas de la relación, además de unos CDs y DVDs, los cuales se llevó para ver qué contenían. Junto con su hermana Guillerma, ven el contenido de los mismos y comprueban que estos tenían contenido sexual referidos sobre la persona de esta última, se trataba de tocamientos que había llevado a cabo estando está dormida y sin su consentimiento y que había grabado con el móvil. No solo Guillerma fue la afectada, también había contenido sexual referido a terceras personas.

¹⁸MIRANDA ESTRAMPES, M., «La prueba ilícita: la regla de exclusión...», *cit.* pp. 148 a 149.

¹⁹ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho...*, *cit.*, p. 290 a 291.

La AP de Barcelona decide absolver a Juan Manuel del delito de abuso sexual y contra la intimidad por el que se le venía acusando. En consecuencia, se interpone recurso de casación ante el TS, con el objetivo de que Juan Manuel sea condenado.

Pero, nada más lejos de la realidad, el TS desestima el recurso de casación y confirma la absolució dictada por la AP de Barcelona. El TS centra su argumentación en cómo se obtuvieron los CDs y DVDs, no presta importancia al contenido de los mismos. Según el TS, Catalina obró de forma ilegítima, entrando en el vehículo de Juan Manuel, sin autorización de este y en consecuencia, vulnerando su derecho a la intimidad, el cual solo es franqueable por alguna de las vías del ordenamiento. Siempre a juicio del TS, el automóvil no es un lugar franqueable en el que pueda entrar cualquiera, se trata de: «un área privada bajo la estricta disponibilidad del titular o del usuario, no es lugar de libre acceso para quien carezca de la autorización de alguno de estos».

Así pues, los CDs y DVDs son pruebas ilícitas que se han obtenido vulnerando derechos fundamentales, en este caso, el derecho a la intimidad del acusado. Por lo tanto, el TS no la valora, la excluye del proceso y absuelve a Juan Manuel.

En esta sentencia, hay que destacar el voto particular que realiza el excmo. Sr. Magistrado D. Antonio del Moral García. Voto particular con el que estoy de acuerdo. Viene a decir que está de acuerdo con que la prueba es ilícita porque vulnera el derecho fundamental a la intimidad del acusado. No obstante, es una prueba que se ha descubierto sin pretenderlo, por lo que estaríamos ante un hallazgo casual.

Catalina entró en el coche para descubrir las pruebas de la relación con la amante de su marido, simplemente tenía curiosidad porque estaban separados. No tenía ningún interés en descubrir pruebas para hacerlas valer en un proceso, no tenía intención de descubrir los CDs y DVDs, aunque esto no equivale a decir que la vulneración del derecho a la intimidad no sea intencional.

STS 793/2013, de 28 de octubre: Associació E-Cristians; Alternativa Española y Centro de estudios jurídicos Tomás Moro denuncian a varios doctores y les acusan de practicar aborto ilegal, falsedad documental, asociación ilícita e intrusismo profesional.

La AP de Barcelona decide absolver a los acusados por considerar la prueba ilícita. Se interpone recurso de casación. Los recurrentes entienden que las pruebas propuestas deberían haber sido declaradas pertinentes y no ilícitas, tanto la declaración testifical de los periodistas que participaron en la televisión pública danesa, en el reportaje de la praxis abortiva seguida en algunas clínicas investigadas, y la reproducción de los reportajes de cámara oculta realizados por los periodistas británicos y profesionales de la televisión pública danesa.

El TS estima el recurso. Declara que la AP de Barcelona no debería haber ponderado los derechos en conflicto, el derecho a la libertad de expresión frente al derecho a la intimidad y propia imagen del afectado, donde siempre prevalece este último. El TS piensa que la AP de Barcelona debería haber llevado a cabo un juego de ponderación de

los bienes en conflicto, entre los derechos en conflicto y la posible existencia de un fin legítimo, por los principios de necesidad, proporcionalidad e idoneidad.

Por otra parte, el TS entiende que los periodistas, los testigos, pueden ofrecer información importante de su conversación con un tercero, las cuales no han sido obtenidas por cámara oculta. Sus declaraciones son el resultado de la propia percepción.

Así pues, falla diciendo que el tribunal de instancia debe realizar un nuevo juicio de pertinencia de las grabaciones. Además de que se debe declarar la pertinencia de la declaración de los testigos.

Explicadas las dos sentencias anteriores, se puede observar cómo en el mismo año y en pocos meses, el TS cambia su criterio. Ya que, en la sentencia del mes de junio, valora la prueba como ilícita por vulnerar el derecho a la intimidad del acusado. Por otra parte, en la sentencia del mes de octubre, establece que la prueba no es ilícita (a pesar de que se ha vuelto a vulnerar el derecho a la intimidad), y se debe realizar un juego de ponderación para saber si la misma constituye un fin legítimo y en consecuencia, vale como prueba de cargo.

STS 45/2014, de 7 de febrero. Esta sentencia versa sobre unos concejales del Ayuntamiento de Camas que querían comprar votos a cambio de dinero, propiedades etc. a otros concejales. Uno de los concejales sobornados avisa a la policía y en consecuencia, la policía es consciente de algunas reuniones a través de grabaciones telefónicas, en las que se demuestra el soborno.

La AP de Sevilla condena a los acusados por un delito de cohecho. Se interpone recurso de apelación ante el TSJ de Andalucía, el cual confirma íntegramente la resolución de la AP de Sevilla. Por lo tanto, se interpone recurso de casación ante el TS, por varios motivos, pero nos centramos en el de prueba ilícita que es el que nos interesa.

El recurrente afirma que al grabarse la conversación, se ha vulnerado su derecho al secreto de comunicaciones reconocido en el art. 18.3 CE, por lo tanto la prueba debería haber sido declarada ilícita. A este respecto, el TS no lo ve así. Establece que el precepto constitucional va dirigido a terceros y no afecta a las personas que mantienen la conversación porque como dice: «no hay secreto para aquél a quien la comunicación se dirige». Así las cosas, el art. 18.3 CE afecta a personas ajenas a la conversación, no a las personas que se encuentran incluidas en la misma porque a juicio del TS, no se puede vulnerar el derecho al secreto de las comunicaciones, ni el derecho a la intimidad ya que no hay secreto, ni hay intimidad para la persona que forma parte de la conversación.

Otro motivo que me parece interesante destacar es que el recurrente entiende que se ha vulnerado su derecho a no declarar contra sí mismo (art. 24.2 CE), al haberse admitido como prueba las grabaciones telefónicas. El TS considera que se trata de grabaciones de un hecho que aún no se ha cometido, por lo tanto, no hay reconocimiento del hecho.

Cosa distinta sería, las grabaciones de un hecho que ya se ha cometido. El hecho se reconoce y si puede ir en contra del derecho a declarar contra sí mismo.

Por estos motivos, y otros más, el TS desestima el recurso de casación y los acusados son condenados.

STS 239/2014, de 1 de abril: en esta sentencia tenemos a un trabajador, Millán, que es el acusado y a la empresa denunciante, Suministros Industriales Lemos S.L., en la cual realizaba funciones de contable y gestión financiera.

Durante el periodo de 12 de septiembre de 2007 a 20 de octubre de 2007, el acusado hizo suyos, con ánimo de ilícito beneficio, cantidades de dinero de la caja registradora, llegando a reunir una cantidad de 4927,16€ y manipulando los tickets para que la empresa no se diera cuenta.

Se le condena a dos años y seis meses de prisión por un delito de apropiación indebida, y a pagar una multa de ocho euros diarios durante ocho meses. Además de una indemnización que debe pagar a la empresa, con la cantidad de 4927,16€, más intereses.

Se interpone recurso de casación ante el TS, por el acusado y por la empresa denunciante. La empresa expone en su recurso que la sentencia de instancia no ha resuelto todos los puntos que han sido objeto de acusación, la cual le acusaba por un delito de apropiación indebida pero también por un delito de falsificación en documento mercantil. Por su parte, el acusado, alega en su recurso que se ha vulnerado su derecho a la intimidad, debido a que se ha instalado una cámara en su despacho, sin su consentimiento, ni una autorización judicial, por lo que la grabación correspondiente se ha obtenido de forma ilegal.

Queda probado que debido a las dudas de la empresa sobre la cantidad de dinero robado, colocó dos cámaras, una en el despacho del acusado y otra en las cajas registradoras. El TS argumenta que no cabe derecho a la intimidad en el caso de las cajas registradoras debido a que es un acceso común y generalizado de los trabajadores. No obstante, a juicio del TS, sí que se ha vulnerado el derecho a la intimidad del acusado al instalar cámaras en su despacho. Además, el tribunal considera desproporcionada la medida, ya que la empresa contaba con testimonios de los trabajadores y las grabaciones de las cámaras en zonas comunes para poder condenar a Millán.

En consecuencia, el TS estima parcialmente el recurso del acusado ya que se ha vulnerado su derecho a la intimidad al colocar una cámara en su despacho sin su consentimiento. En lo que respecta al recurso de la empresa, el TS lo estima totalmente y establece que la audiencia se debe pronunciar sobre el delito de falsificación en documento mercantil.

Una vez más, en esta sentencia, tengo que destacar el voto particular del excmo. Sr. Magistrado D. Antonio del Moral García. Voto particular con el que vuelvo a estar de acuerdo. Como bien dice: «estamos ante un cámara instalada de manera puntual con el

objetivo de descubrir un delito. Concurren indicios y razones para pensar que de esa forma se iba a poder no solo esclarecer; sino también evitar la continuidad de la actuación delictiva».

Aparte de esta afirmación que realiza el Sr. Magistrado, hay que recordar que el art. 20.3 LET permite al empresario adoptar las medidas de vigilancia y control que considere oportunas para controlar a los trabajadores en el cumplimiento de su obligaciones laborales.

Como señala el Sr. Magistrado, es cierto que desde una perspectiva *a posteriori*, la grabación de la cámara en el despacho no era indispensable al contar con otras pruebas que ya hemos mencionado. Pero, ¿desde una perspectiva *ex ante* podríamos afirmar lo mismo? A mi juicio creo que no. La cámara en el despacho, como las otras medidas, eran indispensables para descubrir el delito del cual ya se tenían sospechas.

Expuestas ya algunas sentencias del TS relacionadas con el complejo tema de la prueba ilícita obtenida por particulares, hemos podido comprobar, como se ha dicho al principio de este apartado, que el tribunal no tiene un criterio claro a la hora de dar una solución. Mientras que en algunas sentencias no duda en que la prueba obtenida vulnerando derechos fundamentales, no es válida, no la puede valorar como prueba de cargo y en consecuencia, la tiene que excluir del proceso; en otras en las que también la prueba se ha obtenido vulnerando un derecho fundamental, la justifica y la admite como prueba de cargo.

2. EL PUNTO DE INFLEXIÓN: EL «CASO FALCIANI»

2.1. Antecedentes de hecho

Durante el periodo comprendido entre 1997 y 2007, el señor Hervé Falciani, informático que trabajaba en la filial suiza del Banco HSBC, aprovechando su posición, extrajo una cantidad de datos de clientes del banco. Confeccionó tres listas, la primera de personas físicas, la segunda de personas jurídicas y la tercera integraba a ambos tipos de personas. Las listas elaboradas por el Sr. Falciani contenían rendimientos económicos de unos 130000 clientes del banco de diversos países que no habían sido declarados a las autoridades fiscales nacionales.

Se presupone que Falciani, bajo falsa identidad, junto a su compañera Giorgina Mikhael, tuvieron una reunión en Beirut para negociar la venta de los datos sustraídos. En 2008, Falciani envía a un agente del fisco francés los datos de siete clientes del banco para el que trabajaba. Gracias a esas informaciones, Francia identificó a unos 3000 contribuyentes que habían evadido impuestos.

Mientras tanto, Falciani es detenido en Francia por una orden internacional del Ministerio Fiscal Suizo y se registra su domicilio en Francia debido a una solicitud de asistencia judicial internacional emitida por Suiza también. En el registro se recogen los DVDs que había elaborado Falciani con los clientes para el banco en el que trabajaba. Así pues, Francia accedió a los datos por la información que le había enviado el propio

Falciani y por el registro llevado a cabo en su domicilio. En consecuencia, Francia empieza a enviar copias de los DVDs a países que se lo solicitan y con los que tiene tratados de cooperación en materia fiscal, entre ellos España.

En 2012 Falciani es detenido en el puerto de Barcelona, debido a una orden de detención internacional emitida por Suiza. En esa orden de detención se solicita su extradición por los siguientes delitos: sustracción de información, violación del secreto comercial, violación del secreto bancario y espionaje económico. No obstante, la petición es denegada por el auto nº 19/2013, de 8 de mayo, de la Audiencia Nacional porque no se cumplía el requisito de doble incriminación. Auto que expondremos más adelante²⁰.

Para terminar, tal y como queda acreditado en los antecedentes de la STS 116/2017, de 23 de febrero, el director de la inspección tributaria de la agencia española solicitó al subdirector del control fiscal de la dirección general de fianzas públicas de Francia, información en relación con los contribuyentes sujetos a la soberanía fiscal española que figurasen en la lista confeccionada por Falciani. Así pues, Francia le entregó el CD a España y se requirieron a 558 obligados para que regulen su situación, lo cual hacen un total de 293. Las demás personas que no regularon su situación, se incluyeron en el Plan de Inspección, donde se encuentra el acusado de la sentencia, Sixto Delgado Caba.

2.2. Solución en el Derecho comparado

No se está resolviendo de manera uniforme el problema que suscita la sustracción de información de manera ilícita por empleados de empresas con el objetivo de hacerla valer en un proceso. Los distintos países están ofreciendo una respuesta diferente a esta cuestión. Veamos caso por caso:

Bélgica. Destaca el caso KB Lux, donde las autoridades belgas reciben información que sustraen los empleados del banco KB Lux pero se cuestiona cómo obtuvieron las autoridades los datos de las microfichas.

Un informe de Bruselas señala que la policía sabía que la prueba era ilícita, que eran conscientes del conflicto existente entre los empleados que aportaron la información y su empleador, el banco, y por último, que los empleados querían vender esa información de las microfichas a cambio de obtener un beneficio.

Los tribunales belgas decidieron archivar las actuaciones porque la investigación fue desleal y se había vulnerado el derecho de defensa del acusado. Respecto a las microfichas, entienden que no pueden ser utilizadas como pruebas, debido a que solo contenían presuntos nombres de los titulares de las cuentas y movimientos bancarios, y no constituía documento oficial del banco.

²⁰AGUSTINA SANLLEHÍ, J.R., «¿Los tribunales españoles no deben erigirse siempre en custodios de los derechos fundamentales ante una prueba ilícita de origen? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo sobre la licitud de la prueba de derivada de la lista Falciani (STS núm. 116/2017, de 23 de febrero)», en *Aranzadi Doctrinal*, nº 4/2017, 2017, pp. 1 a 2.

Alemania. En noviembre de 2010, el TC alemán tuvo que resolver un recurso de inconstitucionalidad basado en si los datos contenidos en un CD justifica el inicio de una investigación penal y puede servir de indicio de criminalidad. En este caso, ya no se trata de resolver el problema de la validez de la prueba en un proceso.

Todo se remonta al año 2000, cuando las autoridades encargadas de la investigación reciben información, contenida en un CD, sobre dos fideicomisos que no habían sido declarados en Alemania. En 2008 se lleva a cabo el registro del domicilio del acusado donde se encontró documentación y con las investigaciones posteriores, se descubrió una evasión fiscal de unos 100000€.

El acusado interpuso recurso de inconstitucionalidad basado en una infracción del derecho a la inviolabilidad del domicilio porque consideraba que el auto del juez donde se autorizaba el registro era ilegal. Argumenta que los indicios de criminalidad para emitir una orden de registro no pueden basarse en una información de un banco y contenida en un CD. Además la defensa también impugnó la decisión de los tribunales basando su recurso en tres motivos:

Primero. Se había producido una infracción del Convenio europeo de asistencia judicial en materia penal y el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito. Según la defensa el robo y la compra del CD llevada a cabo por las autoridades alemanas eran conductas que violaban el derecho internacional porque habían actuado en territorio de Liechtensten. Sin embargo la AP de Bochum no lo veía así ya que el robo había sido cometido por un particular, no por un funcionario alemán.

Segundo. La defensa alegó que se había violado el derecho público nacional. Según ella las autoridades de los servicios secretos alemanes no tenían competencia para intervenir en este caso. La AP de Bochum declaró que aunque las autoridades alemanas hubieran violado el derecho público nacional ello no conlleva a la inadmisibilidad de las pruebas.

Tercero. La defensa alegó que el funcionario que compró el CD llevo a cabo un delito de acuerdo con el derecho penal alemán. La AP de Bochum dijo que aun así se admitía la prueba.

En el año 2010, el TC alemán resolvió el recurso de inconstitucionalidad. El tribunal expone que la Constitución alemana no prohíbe el uso de datos obtenidos con el fin de esclarecer una sospecha o un indicio de criminalidad. Establece que son los tribunales ordinarios los que se tienen que pronunciar sobre la inadmisibilidad de las pruebas y que la respuesta depende de las circunstancias que se den en cada caso, teniendo en cuenta sobre todo, la normativa infringida, la gravedad y los intereses en juego.

El TC alemán declaró que como regla general se admiten las pruebas y solo se declarará su inadmisibilidad cuando este previsto o existan motivos para hacerlo. También añadió que las pruebas se inadmiten por motivos constitucionales cuando se han obtenido vulnerando derechos fundamentales del ordenamiento de manera manifiesta, deliberada

y arbitraria sin respeto a las garantías constitucionales; y asimismo se declarará su inadmisibilidad cuando las pruebas afecten a la vida privada.

Finalmente, el TC alemán declaró que las decisiones tomadas por los tribunales ordinarios eran admisibles debido a que las infracciones a la ley que alegaba la defensa no eran manifiestas e intencionales y no se habían ignorado las garantías constitucionales.

Francia. Como ya sabemos, el caso de la «lista Falciani», ha supuesto problemas en muchos países pero es probable que Francia sea el más perjudicado.

Francia obtuvo la información contenida en la lista elaborada por Falciani a través de dos vías: primero, por el propio empleado, que la envía a las autoridades francesas y segundo, por un registro domiciliario que llevan a cabo las autoridades judiciales francesas, respondiendo a la solicitud de asistencia jurídica internacional emitida por Suiza. En ese registro acceden a su ordenador y recogen en un CD toda la información que había elaborado Falciani.

El problema surge cuando los tribunales franceses dictan sentencias contradictorias pero en jurisdicciones diferentes. Así, en el procedimiento civil, la prueba no es válida, sin embargo, en el orden penal, la prueba es válida y ya se han dictado sentencias condenando a personas por delitos fiscales.

Italia. Francia envió copias de la información que poseía a todos aquellos países con los que tenía tratados de cooperación en materia fiscal. Italia recibió información de unos seis mil italianos presuntos titulares de cuentas del Banco HSBC.

Desde el punto de vista tributario y penal, como en casi todos los países, se ha generado un debate acerca de la validez o no como prueba de la «lista Falciani».

A modo de ejemplo, en el orden penal, el juez de instrucción de Pinerolo consideraba la prueba como ilícita. Esta postura fue contradicha por el TS italiano en la sentencia 38753/2012, donde se basó en la decisión tomada por el tribunal de instrucción de Como. El juez de Como estableció que no se puede afirmar con certeza que la prueba se obtuviera de forma ilegal y que si esto fuera así, la ilicitud de una prueba no se ve implicada en los datos obtenidos por vías de cooperación internacional. El acusado recurre en casación, debido a que el tribunal de Como consideraba que las normas de cooperación internacional excluían los efectos de la prueba ilícita. No obstante, el recurso de casación es desestimado por el TS italiano.

En el orden tributario, existen sentencias contradictorias, unas consideran la prueba ilícita y otras la consideran como válida.

Los Países Bajos. Estos reciben información en el marco del asunto KB Lux. Parten de la regla de no indagación o supervisión, es decir, el Estado que recibe la prueba no revisa cómo ha sido obtenida en el Estado emisor. No obstante, no se aplica esta regla si

existen indicios de que las pruebas se han obtenido de forma ilícita en el Estado de origen.

Los tribunales holandeses han interpretado la regla de no indagación a su manera, lo que ha dado lugar a sentencias contradictorias sobre el mismo tema. Por ejemplo, los tribunales de Breda y Ámsterdam rechazan la prueba, sin embargo, los tribunales de Alkmaar, Groninga y La Haya admiten la prueba como válida, partiendo de la idea de que la regla de no indagación no se aplica si hay indicios graves de que se ha vulnerado el CEDH, y por lo tanto, los derechos de los acusados, y llegaron a la conclusión de que esos indicios graves no existían. El TS de los Países Bajos confirmó lo resuelto por estos tres últimos tribunales.

Hablando de la misma prueba, podemos observar que, mientras las autoridades judiciales neerlandesas la consideran válida y lícita, los tribunales belgas la consideran ilícita y la excluyen del proceso²¹.

2.3. Solución en el Derecho español

Ya hemos visto como los diferentes países ofrecen resoluciones contradictorias. Analizamos ahora la solución que nos ofrece el Derecho español.

A) Auto nº 19/2013 de la AN relativo a la demanda de extradición

Como ya hemos expuesto a la hora de hablar de los antecedentes, en el año 2012, Hervé Falciani, es detenido en el puerto de Barcelona debido a una orden internacional de detención librada por las autoridades suizas con fines de extradición. Se acuerda prisión provisional pero vuelve a ser puesto en libertad ya que la Audiencia Nacional, en el auto nº19/2013, de 8 de mayo, denegó la extradición, basando su argumentación en que no concurría el requisito de doble incriminación.

La AN analiza los requisitos que deben cumplirse para aceptar la extradición. En primer lugar, se cumplen los requisitos documentales y de identificación, hay una identificación de la persona reclamada y constan en los antecedentes los documentos relativos a la petición de extradición. En segundo lugar, analiza los requisitos materiales y llega a la conclusión de que el requisito de doble incriminación no se cumple, por lo que no hace falta analizar más requisitos.

Como bien dice la sala de la AN, el requisito de doble incriminación consiste en que los hechos a que se refieren las autoridades suizas deben ser igualmente conductas delictivas en el Derecho español. No tienen por qué coincidir en el nombre, pero sí que debe existir una coincidencia en los bienes jurídicos protegidos.

Antes de continuar, recordemos que Suiza acusa a Falciani de los siguientes delitos: sustracción de información, violación del secreto comercial, violación del secreto bancario y espionaje económico.

²¹ BLANCO CORDERO I., «La admisibilidad de las listas de evasores fiscales sustraídas en el extranjero como prueba para acreditar la comisión de delitos fiscales», en *Indret*, nº 3/2015, 2015, pp.7 a 20.

A continuación, vamos a exponer los motivos que llevan a la AN a denegar la extradición de Falciani:

Primero. Porque en nuestro Derecho no existe una protección penal específica del secreto bancario como tal. Lo que se protege en el derecho español es el secreto de las personas, regulados en los arts. 197 y ss., y 278 y ss. del CP.

Segundo. El delito de espionaje económico regulado en el art. 273 CP suizo es un delito político que solo protege los intereses del Estado suizo frente a los intereses de otros países. Con este delito, se protege un interés jurídico propio pero no compartido.

Tercero. El requisito de doble incriminación podría encontrar su fundamento en el art. 199 CP que protege la intimidad al castigar la revelación de secretos por razón de oficio, y en el art. 279 CP que protege al mercado y consumidores al penalizar la revelación de secretos comerciales o industriales.

Sin embargo, la AN en vez de decir que encajan esos delitos con los delitos que le acusa Suiza, y así conceder la extradición, argumenta buscando causas de justificación a su conducta.

Respecto al art. 199 CP, dice que las actividades de ilegalidad no tienen protección y que existen normas que justifican la conducta de Falciani. Entre ellas, el art.7 f) de la Directiva 95/46/CE, reconocido por la STJUE de 24 de noviembre de 2011, que permite la cesión de información a terceros cuando concurra un interés por el cesionario con la necesaria ponderación de derechos, entre los que están el descubrimiento y persecución de delitos graves.

En cuanto al art. 279 CP, establece que una parte de la información no serían secretos protegibles. Para ello, acude a la jurisprudencia del TS, del 12 de mayo de 2008, la cual establece que para que el artículo sea aplicable la información debe ser lícita, que se trate de una actividad lícita, y por otra parte, la misma causa de justificación de cesión de información a un tercero que hemos expuesto en el apartado anterior.

Por último, para seguir justificando la conducta de Falciani, la AN dice que hay que tener en cuenta todas las circunstancias, en concreto las actividades delictivas del banco y sus filiales como defraudación tributaria, blanqueo de capitales e incluso financiación del terrorismo. Además de que las filiales del banco ya han abierto procedimiento contra sus directivos por actividades delictivas, a diferencia de Suiza, que a día de hoy aun no lo ha hecho. Por otra parte, niega que Falciani, bajo identidad ficticia, junto a su compañera Giorgina Mikhael, intentaran vender la información en Beirut a cambio de obtener un beneficio. Para la sala esa afirmación no ha quedado constatada, por lo que Falciani no se movió por interés económico sino que solo quería colaborar con las autoridades.

B) Sentencia 280/2016 dictada por la Audiencia Provincial de Madrid

Gracias a la información que facilita Francia a España, la Agencia Tributaria española requiere a 558 obligados tributarios para que regulen su situación, lo cual realizan un total de 293. Una de las personas que no reguló su situación fue el acusado Sixto Delgado de la Coba.

Como se extrae de la STS 116/2017, de 23 de febrero, la AP de Madrid condenó a Sixto Delgado por dos delitos contra la hacienda pública, a tres años de prisión por cada uno de ellos. Además de una pena de multa de 9061972.08€ respecto del IRPF del ejercicio 2005 y otra multa de 2307244.24€ respecto del IRPF del ejercicio 2006.

Como bien apunta el profesor LAFUENTE²², para la Audiencia Provincial la lista elaborada por Falciani es válida y la utiliza como prueba de cargo para condenar al acusado. Su argumentación se basa en dos ideas principales:

Primero. El auto nº 19/2013 de la Audiencia Nacional, que como sabemos, niega que Falciani actuara ilícitamente al obtener esa información y en consecuencia, no se cumple el requisito de doble incriminación para conceder la extradición.

Segundo. La regla de no indagación. Esta regla supone que a nuestros tribunales no les compete comprobar el modo en que se ha obtenido la prueba en el extranjero. Por lo tanto, la prueba se da por lícita. A este respecto, se invocan varios principios como el de confianza mutua entre estados o el respeto a la soberanía del Estado cooperador.

C) Sentencia del Tribunal Supremo 116/2017, de 23 de febrero

El acusado Sixto Delgado interpone recurso de casación por vulneración de su derecho a la intimidad y a la presunción de inocencia, entre otros motivos, ante el TS contra la sentencia dictada por la AP de Madrid. El TS desestima el recurso pero por razones distintas a las señaladas por la AP.

El TS, en su sentencia 116/2017, de 23 de febrero, no está de acuerdo con que el rechazo al principio de doble incriminación del auto de la AN resuelva la controversia acerca de la licitud probatoria de la información obtenida por Falciani. Establece que la licitud de la prueba no se tiene que fundamentar en ese auto, el cual deniega la extradición por entender que los hechos que imputa Suiza a Falciani no se acogen a ningún precepto de nuestro CP.

Por otra parte, tampoco está de acuerdo en que la licitud de la prueba se fundamente en la regla de no indagación porque como dice: «el principio de no indagación no puede convertirse en la pieza maestra con la que resolver las dudas de ilicitud cuando los documentos bancarios ofrecidos por las autoridades policiales de un estado extranjero han podido obtenerse con vulneración de algún derecho fundamental».

²²LAFUENTE TORRALBA, A.J., «Lista Falciani e ilicitud probatoria», en <http://derechopareplatanoes.blogspot.com.es/2017/06/lista-falciani-e-ilicitud-probatoria.html> (9/10/2017)

Así las cosas, el tribunal decide crear su propia argumentación para justificar la licitud de la prueba obtenida por Falciani. Y aquí es donde nos encontramos con ese punto de inflexión porque el tribunal va a dar una argumentación distinta a la que estaba dando hasta ahora.

Para el tribunal, el art. 11 LOPJ desplegará sus efectos dependiendo del sujeto que provoca la ilicitud. Para el tribunal no es lo mismo un agente del estado y un particular. En otras palabras, el precepto afecta a agentes del estado y no a particulares. En consecuencia, si la prueba la ha obtenido un particular siempre será lícita, si se cumplen dos condiciones: no ha actuado como pieza camuflada del Estado al servicio de la investigación penal y siempre que su propósito no sea constituir fuentes de prueba.

A juicio del TS, en el caso que nos ocupa, Falciani no obtuvo la información como agente del estado, ni para colaborar con los servicios policiales. Solo veía en ello una fuente lucrativa de negociación y no se trataba de pruebas con el objeto de hacerlas valer en un proceso. Curiosamente, una argumentación contraria a la que realiza la AN, para la cual Falciani solo quería colaborar con las autoridades de los diferentes Estados, sin que hubiera quedado constatado que quería obtener un ánimo de lucro con esa información.

3. VALORACIÓN DE LA STS 116/2017, DE 23 DE FEBRERO

Antes de pronunciarme sobre el tema tan complejo que nos ocupa, voy a destacar opiniones de autores que me han parecido relevantes.

En primer lugar, el autor BLANCO CORDERO²³ señala que el problema es el principio de no indagación, es decir, fiarse de la prueba obtenida. Como sabemos, dicho principio establece que la prueba que se obtiene del extranjero es válida y no se puede cuestionar su licitud. Cosa con la que el autor no está de acuerdo. Piensa que la defensa de los acusados debe tener derecho a cuestionar la licitud de la prueba.

Su opinión respecto al caso Falciani es similar. Aboga porque la defensa de los acusados pueda cuestionarse la fiabilidad y la licitud de la prueba obtenida en el extranjero, además de que el país emisor, en este caso Francia, debe despejar las dudas sobre su licitud. Y si esto no fuera así, deberían considerarse ilícitas y expulsarse del procedimiento.

Por su parte, el autor AGUSTINA SANLLEHÍ²⁴ comparte la opinión de Blanco Cordero. A su juicio, no vale con afirmar que la prueba es lícita porque se ha obtenido por los mecanismos de cooperación jurídica internacional, de acuerdo con la regla de no indagación. En un caso tan complejo como este, se debería reforzar el derecho de los acusados a cuestionar la licitud de la prueba obtenida en el extranjero.

²³BLANCO CORDERO I., «La admisibilidad de las listas de evasores fiscales sustraídas en el extranjero...», *cit.*, pp.26 a 28.

²⁴AGUSTINA SANLLEHÍ, J.R., «¿Los tribunales españoles no deben erigirse siempre en custodios de los derechos fundamentales ante una prueba ilícita de origen? Comentario a la Sentencia...», *cit.*, p.7.

El autor RODRÍGUEZ RAMOS²⁵ viene a decir que el tribunal, para justificar la conducta de Falciani, distingue donde la ley no lo hace, cosa que es obvia ya que argumenta diciendo que el art. 11.1 LOPJ despliega sus efectos si la prueba ilícita es obtenida por un agente del Estado y no un particular. Así, el autor dice textualmente: «esta limitación del ámbito del deber y derecho del Estado en la persecución de los delitos, no tiene que limitarse a los comportamientos de sus funcionarios, excluyendo al particular de la interdicción de los efectos de la prueba obtenida con quebrando de derechos fundamentales, en primer término porque el art. 11.1 LOPJ no contiene semejante distinción...». Argumento con el que coincido.

En segundo lugar, otra crítica que plantea y con la cual también estoy de acuerdo, es que el tribunal aparte de la distinción que hace entre particular y funcionario, establece que hay que tener en cuenta a la hora de declarar la ilicitud la finalidad del sujeto. En el caso que nos ocupa, según el tribunal, Falciani veía en la información una clara fuente de negociación y no una prueba para hacerla valer en un proceso, por lo tanto, es otro de los motivos para declarar la prueba lícita. Un argumento que, en opinión del autor, no es válido porque como bien dice: «el derecho fundamental se quebranta sea cual sea la intención del sujeto activo...».

Para terminar, coincido cuando dice que este problema surge de la mala e insuficiente redacción que tiene el art. 11.1 LOPJ. Tarea que el legislador debe corregir ya.

La opinión del autor RICHARD GONZÁLEZ²⁶ sigue la línea de Rodríguez Ramos. Muestra su asombro en la argumentación que lleva a cabo el TS. No entiende cómo puede decir que si un particular obtiene la prueba con fines de beneficio económico es lícita y por el contrario, si lo hace para valer en un proceso es ilícita. Opina que se debe hacer un análisis exhaustivo de las circunstancias que dieron lugar a la obtención de la prueba, además del debido juicio de proporcionalidad, entre la obligación del Estado de castigar las conductas delictivas y el derecho fundamental vulnerado. Como bien dice el autor, la exclusión de la prueba solo puede darse después de un análisis minucioso de su obtención y si se aprecian conductas ilícitas, no para proteger al sistema. El sistema es el que debe proteger a la víctima en cada caso.

Para terminar, desde mi punto de vista, existen muchos problemas que rodean al asunto de la prueba ilícita, además de muchas contradicciones en el caso Falciani.

En primer lugar, en casos tan complejos como el que es objeto de este trabajo, a mi juicio, la regla de no indagación se debería flexibilizar. Esta regla merma la defensa del acusado, el cual no tiene por qué fiarse de la prueba obtenida en el extranjero simplemente por el principio de confianza mutua que rige en la UE o porque se ha obtenido por vías de cooperación jurídica internacional. La defensa del acusado debe tener derecho a cuestionar la licitud de la prueba y si es ilícita, excluirla del proceso.

²⁵RODRÍGUEZ RAMOS, L., «¿In dubio pro reo aut in dubio contra opulentibus?», en *Diario La Ley*, nº 8974, 2017, pp.16 a 21.

²⁶ RICHARD GONZÁLEZ M., «Licitud y validez de la prueba obtenida por particulares en el proceso penal: Comentario a la STS 116/2017 de 23 de febrero... », *cit.* pp.18 a 20.

En segundo lugar, el art. 11.1 LOPJ conlleva a una gran inseguridad jurídica. Este precepto ha dado lugar a que existan sentencias contradictorias en materia de prueba ilícita. Creo que el legislador debe ponerse «manos a la obra» y redactarlo de una forma más clara. Así podremos evitar que nuestros tribunales se basen en distintos criterios e incluso se los inventen a la hora de aplicar el precepto.

En tercer lugar, el caso Falciani quizá sea uno de los casos más complejos y contradictorios que he leído. A modo de ejemplo, el auto de la AN deniega la extradición buscando causas de justificación a la conducta de Falciani, cuando a mi juicio, el art.279 CP y el art.199 CP encajan con alguno de los delitos por los que le venía acusando Suiza, por lo que se podía aceptar la extradición. O la misma sentencia del TS, que también busca causas de justificación a la conducta de Falciani pero de una forma más grave. El tribunal distingue donde la ley no lo hace, además de que afirma que para declarar la prueba lícita o ilícita se debe atender al fin del sujeto, cuando pienso que si la prueba se obtiene vulnerando de forma consciente derechos fundamentales, nada tiene que ver el fin último que persigue el sujeto.

Recordemos también que, mientras la AN ve en el comportamiento de Falciani un modo de cooperar con las autoridades sin ningún fin lucrativo, el TS ve en su comportamiento un ánimo de lucro. Por lo tanto, el tribunal considera la prueba lícita y si la información obtenida por Falciani fuera para hacerla valer en un proceso, la prueba sería ilícita. Argumento que tampoco entiendo, ni comparto.

Para terminar, pienso que no toda prueba obtenida vulnerando derechos fundamentales debe ser excluida del proceso. Opino, como he señalado antes, que debe hacerse una ponderación entre el derecho vulnerado y el castigo de la conducta delictiva. Así, evitaremos que delitos graves, como por ejemplo, un asesinato, queden impunes por el simple hecho de que la prueba se ha obtenido vulnerando derechos fundamentales.

VII. CONCLUSIONES

Como se ha podido comprobar el caso de la «Lista Falciani» se encuentra inmerso de contradicciones. Como hemos visto, la AN ve en la conducta de Falciani una forma de colaborar con las autoridades de los distintos Estados, suministrándoles la información que había obtenido de forma ilegal para demostrar el fraude de los clientes. Sin embargo, el TS ve en la conducta de Falciani una fuente lucrativa de negociación y según la argumentación del TS, no quería constituir pruebas de cargo para hacerlas valer en un proceso sino que solo quería obtener dinero a cambio de esas informaciones, por lo tanto la conducta es lícita. Cosa que no entiendo, ni comparto.

Todo ello sin olvidar que el TS también considera la información sustraída por Falciani como prueba lícita porque ha sido obtenida por un particular y no por un funcionario público. Así pues, a juicio del TS, si la información hubiera sido obtenida por un agente del Estado la prueba no sería válida. Por primera vez el TS distingue donde la ley no lo hace para justificar la conducta de una persona. Un argumento que escapa a mi comprensión. Los derechos fundamentales despliegan una eficacia horizontal, de suerte que no sólo vinculan a los poderes públicos, sino también a los particulares que se relacionen con el titular del derecho. De ahí que no se entienda que la regla de exclusión de la prueba ilícita opere únicamente como límite a la actuación de las fuerzas policiales y no como límite a la actuación de los particulares.

Tras haber podido analizar la jurisprudencia del TS anterior al «caso Falciani», a mi juicio, los tribunales resuelven el asunto de pruebas ilícitas obtenidas por particulares atendiendo a sus propios intereses debido a que algunas veces consideran la prueba como lícita y otras ilícita siendo que en los dos casos se ha obtenido vulnerando derechos fundamentales.

En su defensa diré que va siendo hora de que el legislador se ponga «manos a la obra» y mejore la redacción del art. 11.1 LOPJ, en el sentido de ofrecer una regulación más completa y detallada. Es tan grande la inseguridad jurídica que rodea a este precepto que no es extraño ver que los jueces dicten sentencias contradictorias en temas relativos a pruebas ilícitas. Con esta afirmación no estoy justificando la argumentación que lleva a cabo el TS para justificar la conducta de Falciani y considerar la información que ha sustraído como válida porque una cosa es argumentar de forma contradictoria en varias sentencias y cosa muy distinta es justificar una conducta argumentando a mi juicio, sin sentido alguno.

Por otro lado, pienso que en estos casos la regla de no indagación no es justificación suficiente para considerar una prueba como válida y en consecuencia, condenar a una persona. Ya sabemos que según esta regla los tribunales de un Estado se tienen que fiar y dar por válida la prueba practicada en otro Estado de acuerdo con el principio de confianza mutua que rige en la UE. En mi opinión esta regla dificulta la defensa del acusado el cual tiene derecho a cuestionar la licitud de la prueba.

Para terminar, pienso que en casos de ilicitud probatoria cuando las pruebas son obtenidas por particulares se debe hacer una ponderación de los derechos e intereses afectados y el deber del Estado de castigar las conductas delictivas. Debe atenderse a las circunstancias concretas en cada caso. El mero hecho de que una prueba se haya obtenido vulnerando derechos fundamentales no debe suponer la impunidad de la persona que ha cometido el delito.

A lo largo del trabajo ponía el ejemplo de una persona que entraba de manera ilegal en casa de un matrimonio y presenciaba como el marido mataba a la esposa o al revés. Entonces la persona que ha cometido el asesinato ¿debe quedar impune porque se ha vulnerado su derecho a la inviolabilidad del domicilio y su derecho a la intimidad (art. 18 CE) o por el contrario, debe ser castigada?

O piénsese por ejemplo en la mujer que entra en el coche del marido sin su consentimiento y se encuentra una persona secuestrada. En este caso, ¿el marido debe ser acusado de secuestro o debe quedar libre porque se ha vulnerado su derecho a la intimidad al entrar en su automóvil sin su autorización? En este caso el TS lo tendría claro. Como hemos visto en la STS 569/2013 de 26 de junio, considera al automóvil como un espacio privado en el cual no puede entrar aquella persona que no tenga su autorización. De acuerdo con esta afirmación el marido debería quedar libre. Conclusión de la que discrepo.

No olvidemos que la base del sistema de justicia es buscar la verdad de lo sucedido y castigar las conductas delictivas. No se debería dejar impunes a personas que son autores de delitos graves declarando la ilicitud de la prueba porque se ha obtenido vulnerando derechos fundamentales, cuando esa vulneración carece de relevancia suficiente en comparación con la gravedad de los hechos o cuando la exclusión de la prueba aboque a la desprotección de otros bienes jurídicos más dignos de tutela.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS Y ARTÍCULOS EN REVISTAS

1. AGUSTINA SANLLEHÍ, J.R., «¿Los tribunales españoles no deben erigirse siempre en custodios de los derechos fundamentales ante una prueba ilícita de origen? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo sobre la licitud de la prueba de derivada de la lista Falciani (STS núm. 116/2017, de 23 de febrero)», en *Aranzadi Doctrinal*, nº 4/2017, 2017.
2. ARMENTA DEU, T., «La verdad en el filo de la navaja (nuevas tendencias en materia de prueba ilícita)», en *Revista Ius et praxis*, vol. 13, nº2, 2007.
3. ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho procesal penal*, 9ª edic., Marcial Pons, Madrid, 2016.
4. ASECIO MELLADO, J.M., «La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción como expresión de garantía de los derechos fundamentales», en *Diario La Ley*, nº8009, 2013.
5. BLANCO CORDERO I., «La admisibilidad de las listas de evasores fiscales sustraídas en el extranjero como prueba para acreditar la comisión de delitos fiscales», en *Indret*, nº 3/2015, 2015.
6. GIMENO SENDRA, V., *Manual de derecho procesal penal*, 2ª edic., Colex, Madrid.
7. MIRANDA ESTRAMPES, M., «La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones», en *Revista catalana de seguretat pública*, mayo de 2010, pp. 131 a 151.
8. RICHARD GONZÁLEZ, M., «Licitud y validez de la prueba obtenida por particulares en el proceso penal: Comentario a la STS 116/2017 de 23 de febrero que declara la validez de la «lista falciani» para fundar una condena por delito fiscal», en *Diario La Ley*, nº8946, 2017.
9. RODRÍGUEZ RAMOS, L., «¿In dubio pro reo aut in dubio contra opulentibus?», en *Diario La Ley*, nº 8974, 2017.

LEGISLACIÓN

1. Real decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
2. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
3. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal.

JURISPRUDENCIA

1. STC 81/1998, de 2 de abril.
2. STC 22/2003, de 10 de febrero.
3. STS 569/2013, de 26 de junio.
4. STS 793/2013, de 28 de octubre.
5. STS 45/2014, de 7 de febrero.
6. STS 239/2014, de 1 de abril.
7. Auto de la AN 19/2013, de 8 de mayo.
8. SAP de Madrid 280/2016, de 29 de abril.
9. STS 116/2017, de 23 de febrero.

PÁGINAS WEB

1. LAFUENTE TORRALBA, A.J., «Lista Falciani e ilicitud probatoria», en <http://derechopareplatanoes.blogspot.com.es/2017/06/lista-falciani-e-ilicitud-probatoria.html>.