

**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**

Manuel RICHARD GONZÁLEZ

Doctor en Derecho

Profesor Titular de Derecho Procesal UPNA

**Diario La Ley**, Nº 8946, Sección Doctrina, 22 de Marzo de 2017, Editorial **Wolters Kluwer**

Normativa comentada

*LO 6/1985 de 1 Jul. (Poder Judicial)*

TÍTULO PRELIMINAR. Del Poder Judicial y del ejercicio de la potestad jurisdiccional

Artículo 11.

1.

Jurisprudencia comentada

*TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 116/2017, 23 Feb. 2017 (Rec. 1281/2016)*

*APM, Sección 23ª, S 280/2016, 29 Abr. 2016 (Rec. 1498/2015)*

Comentarios

Resumen

Análisis riguroso y práctico de la importante sentencia dictada por el Tribunal Supremo sobre la validez de la llamada «Lista Falciani». La importancia de la decisión del Tribunal Supremo va más allá del caso particular resuelto en la sentencia para extenderse a la espinosa cuestión de la prueba ilícita. Es decir, al problema de la admisión y validez de las pruebas obtenidas con alguna clase de afectación o infracción de un derecho fundamental.

- Comentario al documento La STS 116/2017 se pronuncia sobre el recurso de casación interpuesto por un acusado condenado con base en los datos económicos contenidos en la denominada «Lista Falciani». Además de su especial interés informativo, el asunto es de importancia por tratar la cuestión de la validez como prueba de los hechos contenidos en la Lista que sirvieron para condenar al acusado. El Tribunal Supremo se pronuncia sobre la cuestión con una decisión que matiza los criterios de

*determinación de la ilicitud de la prueba en el proceso penal, aportando como novedad el criterio de considerar válida la prueba aportada por los particulares, aún con infracción del derecho a la intimidad, cuando su obtención no estuviere preordenada a su utilización en un proceso judicial.*

## I. INTRODUCCIÓN

El presente comentario tiene por objeto la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 de febrero de 2017 (LA LEY 4328/2017) que conoce del recurso de casación interpuesto frente a la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de abril de 2016 (LA LEY 39679/2016) que dictó una sentencia condenatoria por dos delitos fiscales fundada en los datos económicos contenidos en la ya famosa «Lista Falciani» en la que constan, como es sabido, ficheros bancarios que se corresponden con personas y entidades que disponían de fondos, activos y valores en la filial suiza del banco HSBC en Ginebra. Son muchas las personas que constan en la citada Lista (130.000 en total de los cuales unos 1500 son de nacionalidad española) siendo distinta la situación fiscal y/o procesal de cada uno de ellos. La Lista Falciani, con los datos de los contribuyentes españoles, se entregó a la agencia tributaria española por parte de la Administración francesa el 24 de mayo de 2010 cuando estaba próximo el plazo de prescripción de las posibles infracciones tributarias. La Agencia Tributaria realizó un procedimiento de gestión para requerir a 558 obligados tributarios que figuraban en los listados para que presentasen declaración complementaria de Impuesto sobre la Renta y/o el Patrimonio, lo que realizaron un total de 293. Quienes no respondieron al requerimiento fueron incluidos en el Plan de Inspección para la comprobación del impuesto y frente a algunos se iniciaron acciones penales. Así, en muchos casos se han producido regularizaciones fiscales mientras que en otros se ha iniciado la vía judicial. En cualquier caso, desde el inicio de las actuaciones de la Administración del Estado, ya sean administrativas o judiciales, con base en los datos contenidos en la Lista se ha venido planteado sobre la licitud de su admisión como prueba teniendo en cuenta el origen irregular de la misma, ya que no se obtuvo mediante los mecanismos usuales de intercambio de información de datos fiscales, sino mediante la poco aclarada sustracción de los datos por un empleado de la filial suiza del banco HSBC. En cualquier caso, la «justicia» española nunca podría haber obtenido los datos fiscales de una relación de ciudadanos de la extensión contenida en la lista en tanto que la entrega de datos fiscales en países extranjeros suele exigir la acreditación de haberse iniciado un procedimiento de investigación en España y, por tanto, la petición es nominal haciendo referencia al concreto obligado tributario.

La primera noticia sobre la Lista Falciani surge en 2008 cuando dos personas se pusieron en contacto con un banco suizo en Beirut para negociar la venta de una base de datos de clientes de la banca

suiza. Una de las dos personas Herve Falciani (la otra era Georgina Mikhael) fue posteriormente detenida en Ginebra e identificada como empleado en el departamento IT del HSBC Private Bank (Suisse) S.A en Ginebra. Puesto en libertad huyó a Francia y posteriormente a España donde fue detenido en 2012 en Barcelona en cumplimiento de una orden de detención internacional solicitada por las autoridades suizas donde, no se olvide, constituye delito la revelación del secreto financiero. Falciani ingresó en prisión provisional hasta el 18 de diciembre de 2012 que quedó en libertad por orden de la Audiencia Nacional que finalmente resolvió, con fecha de 8 de mayo de 2013, denegar su extradición a Suiza atendiendo al hecho de que el delito que se le imputa en Suiza no está tipificado en España y que, en cualquier caso, el secreto comercial no puede usarse para ocultar y facilitar actividades ilícitas, considerando además que el Sr. Falciani había facilitado información a las autoridades españolas sobre ilícitos cometidos por nacionales de nuestro país: «... una persona (Falciani) respecto de la que consta que con su colaboración ha hecho llegar de forma eficaz dicha información a autoridades administrativas y judiciales de varios Estados, entre ellos España, lo que ha producido como efecto directo e inmediato que se hayan desvelado y se sigan desvelando muchas situaciones delictivas encubiertas, amparadas o permitidas por la propia entidad financiera y que han permanecido ocultas hasta el momento, dado que hasta ahora no había sido posible realizar una investigación eficaz». AAN 8 de mayo de 2013. Son muchas las cuestiones y detalles de este caso que no son bien conocidas y tampoco es objeto de este trabajo esclarecerlas. Ello sin perjuicio de destacar que, como se explica a continuación, la motivación de Falciani para hacerse con el listado de personas con depósitos en la banca suiza es una de las cuestiones relevantes en la fundamentación de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2017 (STS 116/2017 (LA LEY 4328/2017)) que se pronunció en el recurso de casación interpuesto por un contribuyente español que resultó condenado por la Audiencia Provincial de Madrid por la comisión de dos delitos fiscales.

*El recurso de casación se fundamentó en la ilicitud de la prueba, pues los hechos contenidos en la Lista Falciani no podían ser admitidos como tal*

Entre otras razones el recurso de casación se fundamentó en la ilicitud de la prueba aportada por la Fiscalía por considerar el acusado y condenado por la Audiencia Provincial de Madrid (SAP Madrid de 29 de abril de 2016 (LA LEY 39679/2016)) que los hechos contenidos en la Lista Falciani no podían ser admitidos como prueba, puesto que habían sido obtenidos ilícitamente por el ex empleado de la Banca donde el acusado tenía cuentas abiertas. Así resultaba, ya que no existió ninguna clase de autorización sea del cliente, del propio banco o de autoridad administrativa o judicial alguna para la obtención y

entrega de los datos bancarios. De ello habría resultado una vulneración de su derecho a la intimidad personal. Frente a estas alegaciones considera el Tribunal Supremo que la prueba es lícita y que, por tanto, pudo fundar la sentencia de condena que se confirma por las razones y motivaciones que son objeto de explicación a continuación.

La importancia de la decisión del Tribunal Supremo va más allá del caso particular resuelto en la sentencia para extenderse a la espinosa cuestión de la prueba ilícita. Es decir, al problema de la admisión y validez de las pruebas obtenidas con alguna clase de afectación o infracción de un derecho fundamental. A ese fin, el Tribunal Supremo realiza una argumentación sólida en la que analiza el fundamento y las excepciones a la regla de exclusión que establece el art. 11.1 LOPJ (LA LEY 1694/1985) respecto de las pruebas que se hubieren obtenido, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales. La rotundidad del art. 11.1 LOPJ junto con el entusiasmo de los intervinientes en el desarrollo de una nueva democracia condujeron a que durante bastante tiempo, y todavía en gran parte hoy día, la aplicación de la regla de exclusión de las pruebas que se hubieren obtenido con alguna clase de infracción de derechos fundamentales fuese casi absoluta. En primer lugar por la contundencia del precepto legal, en segundo lugar por el voluntarismo bien intencionado de querer establecer un sistema procesal democrático en el que se respetaran de un modo absoluto e incontrovertido los derechos fundamentales en toda la tramitación de los procesos jurisdiccionales especialmente los de naturaleza penal. Esta especial atención a la aplicación de las normas sobre la ilicitud de la prueba, con exclusión de aquellas en la que concurra esta circunstancia, ha servido para impedir cualquier clase de exceso en el poder del Estado para investigar y probar con relación a las conductas objeto de enjuiciamiento criminal, en tanto que las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales no tendrán ningún efecto. De modo que, al margen de las posibles consecuencias legales de la acción infractora del derecho fundamental, se prevé una consecuencia procesal de inadmisión y/o nulidad de la prueba obtenida. Sin embargo, ya en el mismo momento de redactarse el art. 11.1 LOPJ (LA LEY 1694/1985) se estaba produciendo en los mismos países en los que aparece esta institución una jurisprudencia rectificadora de la inicial rigidez del principio de la prueba ilícita. Esto es especialmente visible en la jurisprudencia de los Estados Unidos de América que es donde aparece la institución de la prueba ilícita y donde bien pronto se empieza a matizar su aplicación atendiendo a lo que se ha venido en llamar excepciones a la regla de exclusión. Esto significa que existen determinados supuestos en los cuales o bien no se ha producido una violación significativa o relevante de algún derecho fundamentales o bien que habiéndose producido existe alguna clase de justificación o, en fin, que concurre alguna clase de circunstancia que debe ser tenida en cuenta para eludir o limitar los efectos de la regla de exclusión. Una de estas excepciones es, por ejemplo, la denominada conexión de antijuridicidad. A estos supuestos me refiero más adelante. Baste

por el momento en reflejar aquí la existencia de dos posiciones que son bien claras en el Tribunal Supremo de España y también en la doctrina científica. Una es la de los que yo llamaría «adoradores de la Ley». Para éstos el art. 11.1 LOPJ (LA LEY 1694/1985) dice todo lo que puede decirse, cabe conocer y entender de la prueba ilícita y, por tanto, siguiendo su dicción literal las pruebas obtenidas directa o indirectamente violentando derechos fundamentales no pueden tener ningún efecto. Mientras que otros magistrados y autores, entre los que me incluyo, no estamos seguros de casi nada y es por ello que evitamos pronunciarnos taxativamente sobre cuestiones de derecho incluida, en mi caso especialmente, la de la prueba ilícita. Ello no significa que no se respete la institución de la prueba ilícita y la letra escrita de la legalidad vigente, sino que considero que se debe atender a las circunstancias concurrentes en cada caso para llegar a una conclusión que sea constitucional, legal y ajustada a los fines que se pretenden que no son otros que impartir justicia. Pero justicia de la buena, la de verdad, alejada tanto de fanatismos legales como de la simple y llana desconsideración de sus principios y finalidades en el marco de un complejo sistema de derecho. Debe entenderse que a nadie, excepto a mi mismo que me sitúo entre los descreídos, se le sitúa en una u otra posición, ambas por lo demás absolutamente fundadas y legítimas.

Un ejemplo de lo que mantienen, en esta materia, los que hemos llamado adoradores de la Ley se contiene en la STS 569/2013 de 26 Jun. 2013 (LA LEY 111820/2013), Ponente: Andrés Ibáñez, Perfecto (LA LEY 111820/2013). En la sentencia se cuestiona la validez de las pruebas que había obtenido la esposa en el automóvil de su marido que acreditaban un delito de agresión sexual, frente a una tercera persona menor de edad. Hechos que el propio esposo había admitido en la investigación y en el propio juicio oral pero alegando que se trataban de relaciones consentidas. En el procedimiento, así como en la sentencia del Tribunal Supremo, se admite la especial relación entre el que obtiene la prueba (la esposa) y el titular del derecho a la intimidad (el marido), se admite que el propósito de la indagación de la esposa era legítimo: «tampoco en este campo específico de las relaciones interpersonales el propósito legítimo de hacer luz o poner fin a una situación de incertidumbre, evidentemente traumática, justifica el uso de cualquier medio, en especial si fuera abiertamente antijurídico, por ser directamente atentatorio contra un derecho fundamental». Sin embargo, la conclusión y la decisión del Tribunal Supremo es declarar la prueba ilícita y, por tanto, revocar la sentencia al considerar que: «... la consagración normativa de este instituto (de la prueba ilícita), ciertamente relevante en la vigente disciplina constitucional del proceso, es el fruto de una ponderación entre bienes jurídicos *que ya ha sido hecha por el legislador*, sin duda, asumiendo ese riesgo; cuya incidencia estadística, por otra parte, no tiene nada de alarmante. Mientras parece incuestionable que si el ordenamiento prevé la vigencia de determinadas reglas para la regular aplicación del *ius puniendi*, estas deberán ser rigurosamente respetadas, aunque solo fuera por un

imperativo de elemental coherencia, del que se deriva la necesidad de que el orden jurídico se tome a sí mismo en serio». Lo que nos viene a decir la sentencia es que nada hay que decidir ni discutir en esta materia porque como se dice más adelante: «Abona esta afirmación lo previsto en el art. 11.1 LOPJ (LA LEY 1694/1985) en términos de un rigor que, en la lectura más obvia del precepto, excluye cualquier otra alternativa que no implique una reescritura del mismo». Otros ejemplos de esta posición, con mayor o menor fervor, se pueden encontrar en otras muchas sentencias del Tribunal Supremo. Así, en la STS PENAL 239/2014 de 1 Abr. 2014 (LA LEY 51027/2014), Ponente Colmenero Menéndez de Luarca, Miguel, LA LEY 51027/2014, que declara ilícita la grabación de imágenes en el despacho de un trabajador que sustraía dinero de la empresa en la que trabajaba. O también en la STS PENAL, 1066/2009 de 4 Nov. 2009 (LA LEY 226669/2009). Ponente Martín Pallín, José Antonio. LA LEY 226669/2009, en la que se declara la ilicitud de una grabación entre particulares con el increíble argumento de que el encuentro en el que el agresor confesó a la víctima hechos relacionados con pasadas agresiones a su persona había sido preparado por la propia víctima. La respuesta, para mi obvia, es decir ¿y qué?

En otra posición se hallan otros magistrados y autores doctrinales para los cuales el art. 11.1 LOPJ (LA LEY 1694/1985) permite otras interpretaciones que no conduzcan inexorablemente a que cualquier afectación de un derecho fundamental deba conducir a la nulidad de las pruebas obtenidas. Un ejemplo de esta posición que se contiene en la STS 116/2017 de 23 de febrero (LA LEY 4328/2017) sobre la validez de las pruebas obtenidas por medio de la Lista Falciani. Entre otras cuestiones se dice esto en la sentencia: «la doctrina sobre la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales no responde a una fotografía estática, antes al contrario, ha experimentado una más que apreciable evolución desde su formulación inicial por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español» Efectivamente, esta evolución se ha producido partiendo, a mi juicio, de dos bases. En primer lugar, del entendimiento último del fundamento de la institución de la prueba ilícita que, sin ninguna duda, se halla en la necesidad de limitar el poder del estado precisamente para evitar que acabe infringiendo los mismos principios democráticos que inspiran el proceso jurisdiccional en nuestro sistema de Derecho. Podríamos decir que el Estado, antes que democrático es Estado, de modo que siempre existe una «tentación» por parte de sus agentes de obrar utilizando los enormes poderes de los que se dota a la acusación pública para obtener pruebas infringiendo los derechos de los ciudadanos. Ahora bien, esta exclusión deberá ser matizada cuando lo que se haya producido sea un error o alguna otra circunstancia que permita una valoración de las pruebas obtenidas: «la regla de exclusión sólo adquiere sentido como elemento de prevención frente a los excesos del Estado en la investigación del delito. Esta idea late en cuantas doctrinas han sido formuladas en las últimas décadas con el fin de restringir el automatismo de la regla de exclusión. Ya sea acudiendo a las excepciones de buena fe, de

la fuente independiente o de la conexión atenuada, de lo que se trata es de huir de un entendimiento que, por su rigidez, aparte la regla de exclusión de su verdadero fundamento. La prohibición de valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales cobra su genuino sentido como mecanismo de contención de los excesos policiales en la búsqueda de la verdad oculta en la comisión de cualquier delito» (STS 116/2017 de 23 de febrero (LA LEY 4328/2017)). En segundo lugar, aunque para algunos sea una cuestión de la que no se habla, vamos a decirlo claro, la función de la justicia no es otra que proveer al «restablecimiento» del orden jurídico violentado por el delincuente al que se juzga por determinados hechos de los que en caso de ser acusado deberá responder conforme con la condena impuesta. Naturalmente que el sistema procesal debe respetar, cumplidamente, todos y cada uno de los derechos del sometido a proceso penal. Ahora bien, también debe respetar, cumplidamente, todos y cada uno de los derechos del ciudadano que desde el mismo momento de nacer forma parte de una determinada comunidad política. Ciudadano al que el delito le produce una vulneración de sus derechos fundamentales, situación de menoscabo personal que el sistema de justicia debe proveer para reparar mediante el enjuiciamiento y condena del seguro responsable. Nadie puede discutir que el procedimiento penal está basado en un sistema de garantías que parten entre otros del principio de presunción de inocencia y las reglas sobre investigación y práctica de la prueba. De modo que la condena debe dictarse en un procedimiento penal seguido en que se hayan respetado todas las garantías del acusado. Pero, al mismo tiempo debe cumplirse la finalidad del proceso penal que es restaurar la paz social mediante el castigo del culpable cuando se pueda acreditar que lo es. En este punto, una aplicación absoluta y sin excepciones de la regla de exclusión de la prueba ilícita, puede conducir a la simple impunidad del delito, que los adoradores de la ley admiten que aunque se puede producir debe admitirse como una especie de tributo social al mejor y más alto fin de la justicia. No quiero parecer, y creo que no lo soy, demagógico, pero hablemos claro ¿Creemos sinceramente que para la víctima supone un consuelo saber que la inadmisión de una prueba ilícita por un error del investigador o por un exceso de celo del juzgador sirve al fin superior de protección del sistema de justicia? No lo creo. Esta idea es repetida en la jurisprudencia a veces de un modo más claro, otras menos. Véase lo que se dice por ejemplo en el voto particular a la STS 569/2013 de 26 de junio de 2013 (LA LEY 111820/2013), Ponente: Andrés Ibáñez, Perfecto (LA LEY 111820/2013), de la que hemos hablado antes como un ejemplo de adoración legal, dictado por el Magistrado DEL MORAL GARCÍA según el cual: «La doctrina de la prueba ilícita supone renunciar en determinados casos a conocimientos verdaderos en aras de otra finalidad que exige ese sacrificio. Pero el sacrificio estará justificado.../... Son muchos los delitos que quedan sin sanción por no lograrse identificar al autor pese a los esfuerzos policiales; o por no alcanzarse un resultado probatorio concluyente, único que puede justificar la condena. La sociedad tiene que asumir esos espacios de impunidad como precio de unas garantías, unos ámbitos de libertad y un estado de derecho al que no podemos renunciar». Nótese que

el voto particular se alza frente a la doctrina mayoritaria de la Sala que había declarado la ilicitud de la prueba, considerando el magistrado que la prueba debería haberse valorado. Además, en el haber del voto particular citado que considero especialmente fundado, ponderado y de gran interés se contiene una crítica frontal al criterio mayoritario de la Sala al decir que: «Hay que diferenciar lo que sería una improcedente "reescritura" del art. 11.1 LOPJ (LA LEY 1694/1985) de lo que es su exégesis contextualizada». De modo que estoy de acuerdo con el contenido del voto particular, y también lo estoy con las razones últimas de su planteamiento, pero sin embargo no puedo dejar de pensar que con esa clase de argumentos teológicos (renuncia, sacrificio, asumir la impunidad, etc.) estamos, todos los que nos dedicamos de un modo u otro al sistema de justicia, eludiendo nuestra responsabilidad haciendo recaer sobre la sociedad nuestra incapacidad de ofrecer soluciones reales a los problemas de los ciudadanos. No sé bien qué pensaré, aunque lo imagino, la víctima de la agresión sexual (que no es presunta, sino víctima) cuando se le diga que la absolución de su agresor por desestimación de una prueba declarada ilícita, que tal vez con una interpretación flexible de la regla de exclusión podría haber sido valorada, ha sido un magnífico ejemplo de funcionamiento del sistema de justicia y «un sacrificio justificado». En definitiva, para la justicia la sentencia citada o cualquier otra son una más del complejo puzzle del día a día de los tribunales, mientras que para la víctima, sin embargo, ese es su caso y es en ese caso en el que la justicia debe ampararla.

Como decía no quiero, ni lo pretendo, ser demagógico pero si he querido en esta introducción plantear en su justa medida los términos en los que se ubica la discusión en esta materia, partiendo de la intención de someterlos a debate y crítica. Esto es lo que hace precisamente la STS 116/2017 de 23 de febrero (LA LEY 4328/2017) cuando declara que debe atenderse a las distintas situaciones que pueden producirse en la obtención de la prueba como por ejemplo: «... el narcotraficante integrado en una organización criminal que por desavenencias con sus compinches y para ofrecérselo al grupo rival decide hacerse con un fichero cifrado en el que se contienen todos los datos personales —incluida la información bancaria— de los integrantes del cártel; o en quien descubre un cadáver con signos de violencia en el domicilio cuya inviolabilidad acaba de quebrantar para apoderarse de objetos de valor. Carecería de sentido resolver las dudas acerca de la validez de esa información obtenida por un particular obligando a los agentes de policía a operar con una irreflexiva regla de exclusión que antepusiera la protección de los datos personales de los narcotraficantes o la intimidad domiciliaria del asesino frente a la investigación de un grave delito contra la vida o la salud pública». En el mismo sentido se pronuncian otras sentencias. Especialmente ilustrativa son también las consideraciones de DEL MORAL GARCÍA en el voto particular a la STS 569/2013 de 26 de junio de 2013 (LA LEY 111820/2013), Ponente: Andrés Ibáñez, Perfecto (LA LEY 111820/2013), en el que también admite excepciones a la regla de exclusión considerando que si bien la prueba obtenida ilícitamente no puede



ser utilizada para sancionar al responsable de un delito si podrá servir: «... para poner fin a la situación existente de vulneración de otro derecho fundamental (ejemplo de la persona secuestrada) o para prevenir la comisión de nuevos delitos (intervención de la droga o desactivación de un artefacto explosivo). No tiene lógica hacer oídos sordos a la noticia sobre el lugar donde se oculta al secuestrado, con el argumento de que se ha llegado a tal dato a través de un medio no legítimo. No albergo ninguna duda sobre la procedencia de una inmediata actuación para poner fin a esa situación, con independencia de la licitud o no de la fuente de conocimiento. Cosa diferente es que frente a los responsables penales no podrá hacerse valer esa prueba. Otra modulación, aunque tampoco pacífica: cuando la prueba ilícita acredita la inocencia —se trata de prueba exculpatoria— debe ceder la prohibición de su utilización. Renunciar al castigo del delincuente para preservar los derechos fundamentales de manera más eficaz es asumible. Pero que en aras de ese mecanismo, meramente preventivo, de protección se condene al inocente no es aceptable. En este conflicto ha de prevalecer sin duda el derecho del inocente a no ser injustamente sancionado. Si en un registro ilegal se ocupa el arma asesina con las huellas del auténtico autor, esa prueba no podrá ser utilizada para inculpar a éste, pero sí para acreditar la inocencia quien estaba siendo injustamente acusado. Una interpretación que basada en la literalidad del art. 11.1 LOPJ (LA LEY 1694/1985) llevase a sustraer al jurado la prueba obtenida ilícitamente que corrobora la coartada del acusado y acredita su inocencia, en entredicho por otro material incriminatorio, no es compatible con los valores constitucionales (STEDH de 12 de julio de 1998 asunto Scheichelbaner v. Austria)».

*Resulta evidente que el correcto entendimiento de la prueba ilícita exige atender a su fundamento último*

De lo expuesto resulta evidente, a mi juicio, que el correcto entendimiento de la prueba ilícita exige atender a su fundamento último que no es otro que la necesidad de proteger el mismo sistema procesal de garantías de los excesos de los «agentes» del Estado y también a los distintos supuestos de excepción de la regla de exclusión en atención a las circunstancias concurrentes en el supuesto sometido a enjuiciamiento. Estos supuestos son múltiples y, finalmente, exigen atender al caso concreto para decidir en cada uno de ellos cual debe ser la consecuencia que se predique respecto a la admisibilidad y eficacia de la prueba. Téngase presente que si bien no puede admitirse la prevalencia de la verdad a cualquier precio, lo que legitimaría cualquier clase de conducta siempre que se alcanzase conocimiento sobre un hecho concreto, tampoco puede admitirse que un hecho debe ser ignorado cuando se hubiese averiguado con alguna infracción de un derecho fundamental. En este

punto, creo que debe realizarse una ponderación de los derechos e intereses afectados en cada caso en el que se plantee la ilicitud de la prueba partiendo de las siguientes premisas: 1.º Que no toda afectación de un derecho fundamental debe conllevar, necesariamente, la ilicitud de la prueba. Precisamente, el art. 11.1 LOPJ (LA LEY 1694/1985) habla de violentar los derechos fundamentales, pero no toda actividad que afecte a un derecho fundamental puede interpretarse como una violación lo que sugiere una intensidad que en ocasiones no se produce 2.º Que no todos los derechos fundamentales tienen la misma importancia y necesidad de protección. Resulta evidente en este punto la enorme importancia que ha adquirido en nuestros días el derecho a la intimidad, aunque paradójicamente nuestras vidas sean cada vez más de dominio público. Pues bien vamos a decirlo, es absolutamente necesario que se proteja la intimidad, pero lo es todavía más que se proteja, por ejemplo, el derecho a la vida, a la integridad personal o, si se me apura, los derechos colectivos violentados cuando se atenta contra el medio ambiente o el orden socio-económico. 3.º Que debe atenderse a las circunstancias concretas del caso teniendo en cuenta los distintos factores concurrentes incluyendo las causas de justificación o de necesidad que pudieran otorgar alguna clase de legitimidad de la intromisión. 4.º Finalmente, que ninguna regla forma puede ni debe pretender hacer desaparecer lo real. La búsqueda de la verdad debe ser siempre una aspiración del sistema de justicia. Es por ello que con independencia del valor de una prueba en un proceso concreto, siempre debe partirse del valor del hecho que se acredita con la prueba ilícita, ya sea para iniciar otra clase de procedimiento o bien para producir otra clase de efectos.

## **II. BREVE EXPOSICIÓN DEL SUPUESTO DE HECHO, MOTIVOS DEL RECURSO Y RESOLUCIÓN DE LA CASACIÓN**

La STS 116/2017 de 23 de febrero (LA LEY 4328/2017) resuelve el recurso de Casación interpuesto por un contribuyente frente a la sentencia dictada por la Audiencia provincial de Madrid de 29 de abril de 2016 (LA LEY 39679/2016) que le condenaba a seis años de prisión como autor de dos delitos contra la Hacienda pública (art. 305 CP (LA LEY 3996/1995)), así como a una pena de multa de más de 11 millones de Euros. La condena se fundamentó, básicamente, en la prueba aportada por la Agencia Tributaria consistente en unos archivos informáticos que habían sido obtenidos por la Agencia Tributaria que los solicitó a la Dirección General de Finanzas públicas de la República Francesa, al amparo del Convenio de 1995 entre ambos países, una vez conocido el asunto Falciani. La información se contenía en un CD-Rom que se entregó personalmente por el Agregado Fiscal de la Embajada de la República Francesa en España y que contenía archivos con datos bancarios de personas y entidades que disponían de fondos, activos y valores, en la entidad bancaria HSBC Private Bank, en Ginebra. Cada persona (física o jurídica) se identificaba con un código de diez dígitos, llamado Código BUP, que

se corresponde con un archivo informático que contiene las fichas de información patrimonial de la persona de que se trata. En el caso concreto del acusado condenado se identificaba su persona, todos sus datos personales y las cuentas y las cantidades de las que era titular en el HSBC. Cantidades de las que resultaba una distinta liquidación de impuestos que la que había efectuado el contribuyente en los ejercicios de 2005 y 2006. En la sentencia se declaró probado que el acusado era titular de las cuentas con los rendimientos correspondientes lo cual sirvió de fundamento suficiente para la condena impuesta por el tribunal.

Durante el procedimiento el acusado impugnó la prueba aportada por la Hacienda pública al entender que había sido obtenida ilícitamente. Ese es justamente el fundamento de distintos motivos del recurso de casación en los que mantenía que: — la prueba había sido obtenida de un modo ilícito; — no se había aportado al proceso el documento original obtenido de los archivos bancarios, sino un fichero tratado informáticamente por las autoridades francesas, sin intervención judicial; — no existía garantía sobre la autenticidad e integridad del archivo Excel en el que se contiene la ficha BUP, que constituyó la genuina prueba de cargo, afirmándose que la copia aportada al proceso había sido manipulada; — que la valoración de esa clase de prueba ilícita es contraria al contenido material del derecho a la presunción de inocencia.

El Tribunal Supremo atiende ordenadamente cada uno de los motivos del recurso, que se articulan conforme las distintas posibilidades que la Ley prevé, y resuelve su desestimación al considerar que la prueba de cargo valorada por la Audiencia provincial de Madrid no era ilícita sino era plenamente válida y valorable por el tribunal, todo ello atendiendo a las circunstancias en las que la acusación había dispuesto de la prueba y al modo en el que se había introducido en el proceso jurisdiccional. Respecto a lo primero el Tribunal Supremo atiende a la circunstancia de que la prueba es obtenida no por un agente del Estado, sino por un particular sobre el que no recae ninguna clase de especial deber de actuación en esta materia. Respecto a lo segundo, considera que la prueba no puede reputarse falsa o manipulada, ya que está perfectamente documentado el procedimiento de entrega que realiza un agente diplomático francés a un responsable de la administración tributaria española en cuyo poder se hallaron en todo momento los archivos, sin que se haya acreditado razón alguna que pudiera hacer pensar en falsificación alguna. Como consecuencia de todo ello el Tribunal Supremo rechaza íntegramente el recurso de casación y confirma la sentencia de condena.

El punto de mayor interés de la sentencia radica en la argumentación del Tribunal Supremo respecto a las condiciones concurrentes en la obtención de la prueba y como éstas operan como un supuesto de excepción de la regla de exclusión prevista en el art. 11.1 LOPJ (LA LEY 1694/1985). Probablemente la

importancia de la sentencia se halle en la didáctica y, relativamente, poco farragosa exposición de los distintos argumentos que considero deben permitir sentar un jurisprudencia en la materia por la cual se refuerce la institución de la prueba ilícita como una norma procesal referida, principalmente, a la propia actuación del poder público. Mientras que se abra paso la consolidación de una jurisprudencia entendible y en lo posible sistemática sobre los supuestos de excepción de la regla de exclusión que pueda servir para evitar las consecuencias injustas de la declaración de nulidad y expulsión del proceso de cualquier prueba en la que hubiere mediado alguna clase de afectación de un derecho fundamental.

### **III. LA PRUEBA ILÍCITA OPERA COMO UN LIMITE DE LA INVESTIGACIÓN Y ACTIVIDAD DE PRUEBA DEL ESTADO Y SUS AGENTES**

La argumentación del Tribunal Supremo respecto a la concurrencia o no de ilicitud de la prueba de cargo aportada por la Administración tributaria se fundamenta en el análisis de los distintos aspectos o situaciones que pueden darse en esta materia. En primer lugar, el Tribunal Supremo no tiene ninguna duda en declarar, conforme con la doctrina constante en esta materia, que la regla de exclusión de la prueba ilícita se fundamenta en la necesidad de proteger a los ciudadanos frente a la actividad investigadora y de prueba del Estado personificado en cualesquiera de sus agentes. Siendo así, el Tribunal Supremo asume en su sentencia que la consecuencia ineludible respecto de cualquier prueba obtenida por agentes del Estado (personificados en policías, jueces, fiscales o cualquier otro) con violación de derechos fundamentales es la de su nulidad sin que pueda, conforme con lo previsto en el art. 11.1 LOPJ (LA LEY 1694/1985) producir efecto alguno. En consecuencia, y atendiendo al caso concreto de la STS 116/2017 (LA LEY 4328/2017) la ilicitud debería haber sido declarada si la conducta que afecta al derecho fundamental del acusado, su derecho de intimidad, hubiere procedido de un agente del estado, sea un policía, un fiscal o un Juez. Mientras que en el caso de que la infracción del derecho fundamental se atribuyera a un tercero ajeno a la administración del Estado la consecuencia de la nulidad no deviene ineludible, sino que habrá que ponderar caso por caso cual debe ser la consecuencia de esa conducta con relación a la validez de la prueba. Ese es, precisamente, el supuesto que tiene lugar en el supuesto enjuiciado en el que la prueba de cargo («Lista Falciani») fue obtenida, en la forma que se ha expuesto anteriormente, por un particular. Es por ello que, en este caso, no opera directamente la regla de exclusión, sino que habrá que estar al caso concreto a fin de establecer el alcance que deba tener la posible afectación del derecho fundamental del acusado que se hubiera podido producir en el caso enjuiciado.

*La regla de exclusión de las pruebas obtenidas con infracción de los derechos fundamentales deviene de la proyección del concepto de «proceso con todas las garantías»*

De modo que, conforme con el Tribunal Supremo, podemos decir que la regla de exclusión de las pruebas obtenidas con infracción de los derechos fundamentales deviene de la proyección del concepto de «proceso con todas las garantías» que reconoce nuestra Constitución, que se incluye dentro de las que regulan el sistema jurídico de los Estados democráticos que prevén normas que garantizan un juicio justo lo cual no sucedería si el propio Estado se hallará libre de allanar los derechos de los ciudadanos sin atención a las propias reglas de derecho que las leyes establecen en esta materia. En su virtud, declara el Tribunal Supremo que lo que proscribía el art. 11 de la LOPJ (LA LEY 1694/1985) no es otra cosa que la obtención de pruebas por los agentes al servicio del Estado, como un modo lógico y coherente de respetar los principios constitucionales y legales en los que se fundamenta nuestro sistema de proceso penal, que parte de la premisa necesaria de que el proceso se asienta, como cualquier otra actividad jurídica de la Administración del Estado en el principio de legalidad y de propio respeto a las normas que el propio Estado promulga y aplica. Efectivamente, sería absolutamente contrario a los mismos principios del proceso penal que el Estado pudiera soslayar las propias reglas de derecho constitucionales y legales para infringir los derechos del acusado y obtener pruebas, aunque estas acreditaran su responsabilidad en la comisión de un delito y de ese modo se obtuviera una eventual «satisfacción» de la justicia.

#### **IV. EXCEPCIONES DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN: LA OBTENCIÓN DE PRUEBAS POR PARTICULARES Y OTROS SUPUESTOS**

La regla de exclusión de la prueba ilícita debe flexibilizarse en los supuestos en los que simplemente no concurre actividad alguna del Estado o sus agentes en la obtención de la prueba o bien sí que actúan agentes del Estado pero su actuación irregular o ilícita tiene su origen en la buena fe, el error o cualquier otra circunstancia que no se relaciona con una actividad preordenada y consciente de vulneración de las mismas garantías y estructura del proceso en perjuicio de quien está siendo juzgado. Se trata de supuestos en los cuales la existencia de afectación de algún derecho fundamental no debe suponer, necesariamente, la nulidad de la prueba, valorando a ese fin las circunstancias concurrentes y el grado de afectación que deba proyectarse sobre la prueba obtenida. Así, se ha admitido la excepción de buena fe, cuando por ejemplo, la policía realiza el registro con error manifestó y/o con la creencia de obrar legítimamente. En esos casos, tal y como señala el Tribunal Constitucional: «el origen de la vulneración se halla en la insuficiente definición de la interpretación del

Ordenamiento, en que se actúa por los órganos investigadores en la creencia sólidamente fundada de estar respetando la Constitución y en que, además, la actuación respetuosa del derecho fundamental hubiera conducido sin lugar a dudas al mismo resultado, la exclusión de la prueba se revela como un remedio impertinente y excesivo que, por lo tanto, es preciso rechazar. ... no cabe hablar de que se haya vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías pues, en este caso, la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio es, por decirlo de algún modo, un mero accidente. El estatuto del imputado no hubiera podido impedir que la prueba se hubiera obtenido actuando conforme a la Constitución y, así las cosas, no cabe decir que haya sufrido desconocimiento alguno del principio de igualdad de armas. Igualmente, reconocer la validez de la prueba en virtud de la que fue condenado implica desestimar la alegada vulneración de la presunción de inocencia» STC 22/2003, de 10 de febrero (LA LEY 1312/2003) (LA LEY 1312/2003). Otros supuestos son la doctrina del hallazgo inevitable que viene referida a aquellos hechos que habrían sido inevitablemente conocidos en el curso de la investigación por otros medios. En cuanto a la teoría de los efectos reflejos de la prueba ilícita para mitigar el rigor con que se predica en el art. 11.1 LOPJ (LA LEY 1694/1985) se ha introducido la valoración de la existencia o no de conexión de antijuridicidad entre la prueba ilícita y otras que se deriven de la primera. Este criterio deviene de la teoría del nexo causal atenuado que se produce cuando tras la obtención de una prueba ilícita el propio acusado realiza un acto de confesión que se dice que, de algún modo atenúa o rompe la cadena de evidencias desvinculando la prueba ilícita del resto de la actividad probatoria.

En el supuesto enjuiciado en la STS 116/2017 (LA LEY 4328/2017) la excepción de la regla de exclusión se halla en la circunstancia de que el sujeto que recopiló los datos fiscales del acusado no era un agente del Estado sino un particular movido por una determinada finalidad, a la que más adelante me refiero. Siendo este el caso considera el TS que resulta necesario: «... un tratamiento singularizado de la prueba obtenida por un particular cometiendo un delito o vulnerando derechos fundamentales». Esto es así ya que a juicio del alto Tribunal: «Las reglas de exclusión probatoria se distancian de su verdadero sentido cuando no tienen relación con la finalidad que está en el origen mismo de su formulación». En su virtud: «la acción vulneradora del agente de la autoridad que personifica el interés del Estado en el castigo de las infracciones criminales nunca puede ser artificialmente equiparada a la acción del particular que, sin vinculación alguna con el ejercicio del *ius puniendi*, se hace con documentos que más tarde se convierten en fuentes de prueba que llegan a resultar, por una u otra circunstancia, determinantes para la formulación del juicio de autoría». STS 116/2017 de 23 de febrero (LA LEY 4328/2017). Estos documentos considera el Tribunal Supremo que pueden ser objeto de valoración en tanto que el vicio de ilicitud que pudiera concurrir sobre ellos no alcanza a la consecuencia de declarar su nulidad y con ello frustrar la persecución del delito.

Efectivamente, tiene razón el Tribunal Supremo cuando diferencia con nitidez entre la prueba obtenida por los agentes de la administración del estado y la obtenida por terceros o particulares. Sobre los primeros recae de forma ineludible la obligación de respetar los derechos fundamentales de los ciudadanos de forma que, en principio, cualquier prueba obtenida ilícitamente será nula e ineficaz. Ahora bien, cuando es un tercero el que obtiene prueba el tribunal deberá realizar una valoración de las circunstancias concurrentes en la obtención de la prueba para resolver, según el caso, lo que proceda sobre la admisibilidad y validez de la prueba. Para fundamentar esta posición cita el Tribunal Supremo la Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos (*Burdeau vs. McDowel*, 256, US, 465, 1921) que admitió excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita. También se citan el proyecto y anteproyecto de Código Penal de 203 y 2011 en los que se preveían determinadas salvedades que flexibilizaban la regla de exclusión de las pruebas ilícitas. Estas propuestas de regulación de la prueba ilícita eran un intento del legislador para introducir un mínimo de flexibilidad en esta materia. Y aunque no acabaron siendo aprobadas como ley sirven como ejemplo de cuál debería ser el criterio en esta materia, ya que, como se reconoce en la STS 116/2017 (LA LEY 4328/2017): «Son abrumadoramente mayoritarias, desde luego, las decisiones que optan por la exclusión de la prueba obtenida por un particular con vulneración de derechos fundamentales (cfr. por todas, SSTS 239/2014, 1 de abril (LA LEY 51027/2014); 569/2013, 26 de junio (LA LEY 111820/2013); 1066/2009, 4 de noviembre (LA LEY 226669/2009), entre las más recientes)». Las dos sentencias citadas (SSTS 239/2014, 1 de abril (LA LEY 51027/2014); 569/2013, 26 de junio (LA LEY 111820/2013)) ya han sido objeto de comentario en la introducción de este trabajo como un ejemplo de lo que he denominado «adoradores de la Ley» apelativo que da cuenta del incondicionado e irrazonado apego a la Ley que se manifiesta en dichas sentencias.

Pero, en la STS 116/2017 de 23 de febrero (LA LEY 4328/2017) también se citan las SSTS 793/2013, 28 de octubre (LA LEY 164133/2013) (LA LEY 164133/2013) y 45/2014, 7 de febrero (LA LEY 5973/2014) (LA LEY 5973/2014) en las que se adopta un criterio flexible y ajustado a los tiempos de la prueba ilícita, que a mi juicio permite la coexistencia de todos los intereses en juego huyendo de brillantes proclamas que en realidad esconden el fracaso del derecho en proveer de un proceso justo para el acusado y dirigido a obtener justicia para todos los ciudadanos. Creo que no es casualidad que las SSTS 45/2014 y 793/2013 hayan sido dictadas por el mismo ponente que la STS 116/2017 que aquí se comenta el Magistrado Sr. Marchena. Y es una suerte que sea así porque de ese modo se ha podido hilar una jurisprudencia del todo punto lógica y ajustada a las necesidades que se plantean en los tiempos actuales. Veamos brevemente el asunto enjuiciado en cada una de ellas, concretamente en la STS 793/2013. El asunto allí debatido era de calado y traía causa de la denegación como prueba de la reproducción de los reportajes con *cámara oculta* realizados por los periodistas británicos del Daily

Telegraph y por los profesionales de la televisión pública danesa DR y la testifical de los citados periodistas que habían participado en la elaboración de un reportaje de la televisión pública danesa sobre la praxis abortiva seguida en alguna de las clínicas investigadas. La práctica de la prueba fue denegada por la Audiencia Provincial incurriendo en un doble error. El primero aplicar la STC 12/2012 de 30 de enero (LA LEY 2303/2012) (LA LEY 2303/2012) que proclama la prevalencia, en determinados casos concretos, de los derechos a la intimidad y a la propia imagen sobre el derecho a la información. Doctrina que, además que se pueda discutir, aquí no tiene aplicación puesto que lo que se trataba en el asunto era la validez de la prueba en un proceso penal. En segundo lugar se incurre en el error de negar valor probatorio a unos hechos que precisamente intentan documentar la existencia de una actividad delictiva lo que, a mi juicio debe ser tenido en cuenta como una especial circunstancia concurrente. En su sentencia (793/2014) el Tribunal Supremo razona, acertadamente, del siguiente modo: «..ese desenlace, favorable a la prevalencia del derecho a la intimidad cuando colisiona con el derecho a la libre difusión de información, no tiene por qué imponerse miméticamente cuando el conflicto entre los derechos concurrentes tiene una naturaleza diferente. En efecto, en el proceso penal convergen bienes y derechos de distinto rango axiológico. Y la jurisprudencia constitucional anotada *supra* sólo ofrece la regla de ponderación para un conflicto que, si bien se mira, no se presenta en esos mismos términos durante la investigación penal. La Audiencia Provincial de Barcelona no tenía que pronunciarse acerca de si la difusión en la televisión pública noruega de un reportaje grabado con cámara oculta en una clínica abortiva había implicado una lesión constitucionalmente injustificada de los derechos a la intimidad y a la propia imagen de las personas entrevistadas. No era eso lo que se pedía de los Jueces de instancia. Lo que se instaba de ellos era que el juicio de pertinencia acerca de la prueba propuesta tomara como elementos de ponderación, no los que han venido siendo objeto de tratamiento en la jurisprudencia constitucional -intimidad versus derecho de información-, sino los que singularizan el proceso penal, cuya naturaleza, por definición, es indisociable de los propios fines que justifican la existencia de la jurisdicción penal» 793/2013, 28 de octubre (LA LEY 164133/2013)(LA LEY 164133/2013). Como se ve lo que hace la Audiencia Provincial es partir del automatismo de declarar ilícita la prueba, en este caso por una presunta vulneración del derecho a la intimidad, y en su virtud apartarla y negarle eficacia probatoria en un proceso penal sin atender a las circunstancias concurrentes.

*Son las circunstancias concurrentes las que sirven de fundamento al TS para establecer una excepción a la regla de exclusión*



Son las circunstancias concurrentes en el asunto enjuiciado en la STS 116/2017 (LA LEY 4328/2017), concretamente la condición de particular en la que actúo el Sr. Falciani, las que sirven de fundamento al Tribunal Supremo para establecer una excepción a la regla de exclusión. Sin embargo, en este punto debemos llamar la atención sobre el punto final de la argumentación, desde mi punto de vista innecesario, que acaba limitando, condicionando y perturbando los efectos futuros de la doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia. El problema consiste en el hecho de que el Tribunal Supremo además de tener en cuenta que el Sr. Falciani fuese un particular, hace recaer su criterio en la circunstancia de que el Sr. Falciani hubiera actuado por su cuenta y riesgo sin formar parte de ninguna clase de investigación pública o con ánimo de recopilar pruebas. En su virtud declara el Tribunal Supremo deberán declararse nulas por causa de ilicitud aquellas pruebas obtenidas por el particular con ánimo y pretensión de servir a fines procesales: «La regla prohibitiva no excluye entre sus destinatarios, siempre y en todo caso, al particular que despliega una actividad recopiladora de fuentes de prueba que van a ser utilizadas con posterioridad en un proceso penal. También el ciudadano que busca acopiar datos probatorios para su incorporación a una causa penal tiene que percibir el mensaje de que no podrá valerse de aquello que ha obtenido mediante la consciente y deliberada infracción de derechos fundamentales de un tercero». Circunstancia que no concurriría en el caso enjuiciado, ya que según el Tribunal Supremo el Sr. Falciani actúo: « ... con absoluta desconexión de toda actividad estatal y ajena en su origen a la voluntad de prefabricar pruebas, (y en ese caso la excepción de la regla de exclusión) no necesita ser objeto de un enunciado legal que así lo proclame» STS 116 /2017 de 23 de febrero.

Pues bien, en este punto no puedo estar de acuerdo con la redacción de la sentencia. Mi discrepancia se fundamenta en dos consideraciones. En primer lugar, la STS 116/2017 (LA LEY 4328/2017) da por acreditado que la finalidad de la sustracción de datos respondía a un fin económico, siguiendo en ese punto a los tribunales suizos que abrieron contra el Sr. Falciani una causa penal por la comisión de varios delitos. Siendo así, y conforme con el razonamiento del Tribunal Supremo, no existe ningún obstáculo en valorar la prueba obtenida por el Sr. Falciani. Sin embargo, no está de ningún modo aclarada cual fue la motivación del Sr. Falciani al elaborar la lista. Precisamente, y contrariamente a lo que afirma el Tribunal Supremo, según el mismo Falciani su intención fue poner de manifiesto el fraude fiscal propiciado y amparado por el sistema bancario. En ese mismo sentido, uno de los argumentos para denegar la extradición a Suiza fue precisamente el de la colaboración del Sr. Falciani con las autoridades, que también reconoce la Audiencia Nacional que en su Auto de 8 de mayo de 2013 declara que «h) Resulta cierto que existe un fragmento de hechos en la imputación delictiva que efectúa el MPC, que se refiere al ofrecimiento por parte del Sr. Falciani y de una cómplice, de la información de que disponía al Banco AUDI, en Beirut, a cambio de dinero, es decir que no sería a una

institución u organismo público de otro Estado, que adquiriría la información con la finalidad indicada de investigar delitos o infracciones fiscales. Sin embargo, este hecho, aparece un tanto confuso e inconsistente dentro del relato fáctico que se nos presenta, en el que si aparecen con objetividad episodios concretos de puesta a disposición de información y colaboración eficaz con autoridades de otros Estados, en los que se evidencia una determinada actitud e intención por parte del Sr. Falciani, en la que no cabe apreciar móviles económicos o espurios». Siendo así, podría considerarse al Sr. Falciani una suerte de colaborador esforzado de las autoridades cuya actividad estuvo preordenada a la demostración del fraude y, en ese caso, conforme con la propia doctrina del Tribunal Supremo esa Lista debería declararse ilícita y por tanto apartada del proceso. Lo que no ha sucedido. En segundo lugar y más importante ¿Por qué razón debe darse a priori valor de prueba a la que aporta un delincuente y no a la que aporta un ciudadano que pretende recopilar datos para ser utilizados en un procedimiento judicial? Esa es la consecuencia que se extrae del criterio Tribunal Supremo que admite la prueba porque, literalmente, considera que el Sr. Falciani es un delincuente que se apropió de información privada con ánimo de comerciar con ella: «Conviene resaltar que, conforme expresan las autoridades suizas en la demanda de extradición, la disponibilidad de esos datos estaba tendencialmente orientada a la obtención de un rendimiento económico. De hecho, fue así ofrecida a otro grupo bancario suizo en un proceso de negociación en el que el principal oferente se presentó con un nombre supuesto. En el apartado c) de la fundamentación jurídica de esa misma demanda extradicional se apunta que la información acopiada mediante técnicas de data mining tenía por objetivo "...convertir en dinero estas informaciones ofreciéndoselas a bancos o servicios estatales interesados"» STS 116/2017 de 23 de febrero (LA LEY 4328/2017). E insiste el Tribunal Supremo que: « No existe, pues, dato indiciario alguno que explique la obtención de esos ficheros como el resultado de una colaboración —*ad hoc* o sobrevenida— de Herver Falciani con servicios policiales, españoles o extranjeros. Tampoco hay dato alguno que fundamente la hipótesis de que, una vez ofrecida esa información, los servicios fiscales españoles se hicieran con ella en virtud de un pacto con el infractor.../.... En definitiva, no se trataba de pruebas obtenidas con el objetivo, directo o indirecto, de hacerlas valer en un proceso» STS 116/2017 de 23 de febrero (LA LEY 4328/2017). De lo transcrito resulta que para el Tribunal Supremo no debe admitirse como prueba la obtenida por un agente del estado, sea oficial, colaborador o aficionado, conscientemente recopilada para servir como prueba de un delito. Hasta aquí estamos de acuerdo. Ahora bien, la sentencia dice mucho más y extiende la regla de exclusión a todas aquellas pruebas obtenidas por cualquier persona con el objetivo directo o indirecto de hacerlas valer en un proceso. Y en ese punto no puedo estar de acuerdo en absoluto por cuanto de ese modo, conforme expongo en el apartado siguiente de conclusiones, se está limitando a priori la actividad legítima de los ciudadanos para la defensa de sus derechos, frente a agresiones que muchas veces no son resueltas por el sistema de justicia. No estoy abogando por una suerte de justicia

privada, sino porque no se declare a priori que las pruebas que pueda obtener un ciudadano particular preordenadas a la acreditación de una conducta ilícita deban ser calificadas en cualquier caso de ilícitas sin atender a las circunstancias concurrentes y al valor probatorio de las mismas.

## V. CONCLUSIONES

La sentencia del Tribunal Supremo de 116/2017 de 23 de febrero (LA LEY 4328/2017) supone un paso más en la necesaria clarificación de una cuestión tan difícil de precisar cómo es la de la prueba ilícita. Como hemos podido ver la posición del Tribunal Supremo, al menos en esta sentencia, es la acoger el principio no aplicación de la cláusula de exclusión de la prueba obtenida con infracción de derechos fundamentales cuando ésta se hubiere obtenido por particulares. Distinguiendo este supuesto de aquel en el cual quien obtiene la prueba es un «agente del estado». De este modo se abre un poco más el principio de flexibilidad del principio prohibitivo contenido en el art. 11.1 LOPJ (LA LEY 1694/1985) para permitir la validez de pruebas que aún afectas de alguna clase de irregularidad, o incluso ilicitud, puedan tener alguna eficacia procesal. Ahora bien, mantiene el Tribunal Supremo, en la STS 116/2017 (LA LEY 4328/2017), la consideración de ilicitud de las pruebas obtenidas por particulares cuando éste hubiese obrado con intención de utilizarlas en un proceso judicial. Esa doctrina hace recaer sobre el particular unas especiales exigencias que considero que, en general, no debe soportar. En el epígrafe anterior me preguntaba cómo era posible que conforme con la propia doctrina del Tribunal Supremo la recopilación de pruebas por parte de un particular con la intención de obtener, mediante un chantaje un provecho económico, pudiera ser lícita y sin embargo no lo fuese si el particular lo hubiera hecho para hacer servir las pruebas obtenidas en un proceso judicial con una finalidad moral o social. Pues bien, reitero la pregunta, mi sorpresa y aportó ahora unas consideraciones finales sobre la cuestión.

Desde mi punto de vista, debe distinguirse entre la finalidad de la prueba ilícita ( básicamente controlar la actividad del Estado en el ámbito de los procedimientos especialmente penales) y la finalidad de los procesos judiciales (especialmente los penales que no es otra que enjuiciar conductas que por definición suponen la infracción de los derechos fundamentales de la víctima). La prueba ilícita sirve para impedir que los agentes del Estado actúen ilícitamente para obtener pruebas infringiendo los propios principios del sistema de garantías. Mientras que la finalidad del proceso jurisdiccional es conceder tutelas con base en un proceso sustanciado con todas las garantías y mediante la práctica de la prueba con la que se intenta dar cuenta de la realidad de los hechos típicos objeto de enjuiciamiento. Únicamente en determinados supuestos la declaración de ilicitud de la prueba debería conducir a su expulsión como prueba del proceso, en el que, finalmente y dando por supuesto las garantías del acusado, debe regir el criterio de búsqueda de la verdad. Ello sin perjuicio, naturalmente,

de proceder, en su caso, contra el ciudadano que vulnera los derechos fundamentales de cualquier otro ciudadano. De modo que la eficacia de las evidencias que hubiere podido obtener el particular, incluida por supuesto la víctima, con infracción de derechos fundamentales deben poder ser sometidas al criterio y consideración judicial, sin partir de apriorismos, máxime cuando como sucede en la mayoría de los supuestos, el derecho infringido es el de la intimidad y la propia imagen.

En definitiva, considero que no puede hacerse recaer sobre los ciudadanos la carga de soportar la estructura garantista del proceso penal. En realidad, el principio prohibitivo de la prueba ilícita se constituye justamente como un principio de garantía del propio sistema procesal y como derecho de acusado. Pero, qué interés concreto tiene la víctima de un delito en la declaración de ilicitud de una prueba. Ninguno. Más bien la víctima es doblemente víctima. En primer lugar del delito y en segundo lugar de la actividad ilícita de los agentes del estado al obtener la prueba. No obstante, creo que ese es un límite que el ciudadano debe (no tiene más remedio) que soportar para proteger el sistema. Ahora bien, más allá de eso, cualquier declaración de ilicitud que provenga, o que tenga cualquier otro origen, incluyendo las pruebas recopiladas por particulares debe ser sometida a un análisis exhaustivo y fundado de las circunstancias en las que se obtuvo la prueba. Así, sólo procederá la exclusión de la prueba, aunque se afectara algún derecho fundamental, en el caso que se apreciaran vicios en su obtención que así lo determinasen y no como una consecuencia inapelable de la necesidad de proteger un sistema procesal que, precisamente, desde el punto de vista de la víctima debería protegerle. A ese fin, el de determinar la validez de la prueba, deberá ser tenido en cuenta principalmente el propósito legítimo del particular que obtiene las pruebas y el juicio de proporcionalidad entre el derecho que el particular intenta proteger y el sacrificio de derechos fundamentales que se hubiere producido. Así, por poner un ejemplo concreto no creo que pueda decretarse, inicialmente, y sin una previa valoración la nulidad de las pruebas obtenidas por un ciudadano que, de algún modo, pueda interferir en el derecho a la intimidad o a las comunicaciones de otras personas para obtener pruebas relativas a delitos graves (una agresión sexual, un homicidio, etc.), debiendo sopesarse el valor de los bienes jurídicos afectados para adoptar una resolución a ese respecto. Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad en la que pueda incurrir el ciudadano (que podrá quedar exenta o atenuada conforme prevé la Ley) y de la valoración que se le pueda dar a la prueba obtenida en términos de credibilidad y eficacia probatorio en el caso de que se trate. Estas consideraciones que aquí aportó no son en absoluto originales, su origen se halla en las propias ideas del Juez CARDOZO de la Corte Suprema de los EEUU que siempre había defendido que la infracción de cualquier derecho en la obtención de una prueba debía suponer su persecución sin perjuicio de hacer valer esa prueba en el proceso correspondiente. Mucho después, en 1976, el Tribunal Supremo de EEUU en su sentencia *Stone v. Powell*, 428 U.S. 465 (1976), advertía sobre los «costes» de aplicar siempre y en todo caso la regla de exclusión, ya que finalmente la

cuestión de la culpabilidad o inocencia, que debería ser la preocupación central en un proceso penal, pasa a un segundo plano centrándose el debate en la validez formal de unas pruebas que, al margen de su obtención, suelen ser veraces y aptas para resolver el asunto. Y finaliza diciendo: «Application of the rule thus deflects the truthfinding process and often frees the guilty. The disparity in particular cases between the error committed by the police officer and the windfall afforded a guilty defendant by application of the rule is contrary to the idea of proportionality that is essential to the concept of justice. Thus, although the rule is thought to deter unlawful police activity in part through the nurturing of respect for Fourth Amendment values, if applied indiscriminately it may well have the opposite effect of generating disrespect for the law and administration of justice» § 40 Stone v. Powell, 428 U.S. 465 (1976). Es decir: «La aplicación de la regla desvía así el proceso de verificación de la verdad y, a menudo, libera al culpable. La disparidad en casos particulares entre el error cometido por el agente de policía y la ganancia inesperada proporcionada a un acusado culpable por aplicación de la norma es contraria a la idea de proporcionalidad que es esencial para el concepto de justicia. Por lo tanto, aunque se piensa que la regla disuade la actividad policial ilegal en parte a través del fomento del respeto a los valores de la Cuarta Enmienda, si se aplica indiscriminadamente, puede tener el efecto contrario de generar irrespeto por la ley y la administración de justicia». Como vemos los problemas apuntados, que son los que en este trabajo se comentan, ya se apuntaban en 1976 (cuando se dicta la Sentencia Stone Vs. Powell) cuando faltaban todavía 9 años para que aquí se aprobase el art. 11.1 de la LOPJ (LA LEY 1694/1985) que como se puede ver es indudable que ya nació viejo.