

¿In dubio pro reo aut in dubio contra opulentibus?

(Comentario a la STS 116/2017 de 23 de febrero sobre la prueba ilícita)

Luís RODRÍGUEZ RAMOS

Catedrático de D.º Penal y Abogado

Diario La Ley, Nº 8974, Sección Tribuna, 8 de Mayo de 2017, Editorial **Wolters Kluwer**

Normativa comentada

Constitución Española de 27 Dic. 1978

TÍTULO VI. Del Poder Judicial

Artículo 121

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

TC, Pleno, S 81/1998, 2 Abr. 1998 (Rec. 3140/1994)

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

Comentarios

Resumen

La reciente STS 116/2017 viene a reducir, «contra reo et ultra litteram legis», el tradicional y amplio concepto de prueba carente de valor procesal por haber sido ilícitamente obtenida, directa o indirectamente, mediante quebrantamiento de derechos fundamentales (art. 11 LOPJ). Se trata de una sentencia muy documentada, con argumentos sólidos, para llegar a una conclusión que, sin embargo, no parece acorde con la plena vigencia de los derechos fundamentales a la presunción de inocencia y a un procedimiento con todas las garantías legales. En estas líneas se critica esta resolución, que tiene aromas del cada vez más extendido principio «in dubio contra opulentibus» y de enaltecimiento del «ius puniendi» del Estado, reduplicado es en este caso al ser además el titular del bien jurídico protegido: la recaudación de tributos.

I. PLANTEAMIENTO

La prueba obtenida, directa o indirectamente, violentando derechos fundamentales, no surtirá efectos (art. 11 LOPJ (LA LEY 1694/1985)) como instrumento de quebranto de la presunción de inocencia. Esta declaración legal tiene rango constitucional porque tensiona los derechos fundamentales (art. 24 CE (LA LEY 2500/1978)) a la tutela judicial efectiva, por una parte, y los derechos de defensa y a la presunción de inocencia, por otra, en un proceso con todas las garantías legales. El derecho a una tutela judicial efectiva del sujeto pasivo del delito, sin duda limitada por la ineficacia procesal de la prueba ilícita, tiene a su vez dos protagonistas: el sujeto pasivo *lato sensu* de cualquier delito que es el Estado Juez, como titular exclusivo del *ius et munus puniendi*, y el sujeto pasivo *stricto sensu* que es el titular del bien jurídico protegido en el delito objeto del proceso, duplicidad de sujetos pasivos —*lato et stricto sensu*— que en ocasiones coinciden, como en el caso de la sentencia ahora comentada, al ser el Estado el titular inmediato del derecho lesionado en los delitos contra la Hacienda pública.

La persona que resulta imputada en un procedimiento penal viene a ser un David o un ente insignificante frente a un Goliat o el Leviatán, que cuenta con un fuerte aparato represor compuesto por jueces y tribunales apoyados por fuerzas y cuerpos de seguridad, Ministerio fiscal y Servicios jurídicos del Estado, Agencia Tributaria, Administraciones públicas obligadas a colaborar, etc. etc. Para lograr cierta igualdad de armas entre los dos contendientes en la *litis*, el investigado-encusado-acusado es titular de los derechos complementarios a la presunción de inocencia, a la defensa y a todo el resto de las garantías legales, ámbito en el que se ubica la exclusión de eficacia de la prueba ilícitamente obtenida.

Este derecho a declarar procesalmente ineficaz la prueba ilícitamente obtenida no es absoluto, como ocurre en todos los supuestos de conflicto entre derechos generadores de un «estado de necesidad», y a lo largo de los últimos años ha venido siendo matizado/limitado por la jurisprudencia, primero del TC y, ahora, por el TS en la sentencia comentada (LA LEY 4328/2017) en este trabajo, comentario que primero va a describir la situación previa a esta última resolución de la Sala 2.^a del TS, para analizar después la novedosa sentencia y terminar el recorrido sometiéndola a crítica, y proponiendo soluciones *de lege ferenda et de lege lata*.

II. SITUACIÓN PREVIA A LA SENTENCIA COMENTADA

La reciente STS 228/2017 de 3 de abril resume la evolución jurisprudencial sobre los límites de la inefectividad de la prueba indirectamente obtenida con quebranto de un derecho fundamental, y en este trabajo se seguirán sus pautas con citas casi literales, si bien se deberá generalizar la doctrina a

todos los derechos fundamentales violentables, aun cuando dicha resolución se centre en las intervenciones telefónicas que, como se ha dicho, suele ser el supuesto más frecuente en el que surgen estas cuestiones. El derecho violentado en la sentencia objeto de este comentario es también la intimidad, pero la genérica (art. 18.1 CE (LA LEY 2500/1978)) y no la específica de las comunicaciones telefónicas (art. 18.3 CE (LA LEY 2500/1978)).

1. La causalidad natural como criterio básico

La STC 114/1984 de 29 de noviembre (LA LEY 9401-JF/0000) y otras posteriores (81/1998 de 2 de abril (LA LEY 3993/1998) y 69/2001 de 26 de marzo) sentaron la primera doctrina al respecto, extendiendo la ilicitud a las otras pruebas que se derivaran de la originalmente ilícita, siempre que existiera con ella conexión causal natural (SSTC 85/1994 de 14 de marzo (LA LEY 2410-TC/1994), 86/1995 de 6 de junio (LA LEY 13087/1995) y 181/1995 de 11 de diciembre (LA LEY 724/1996), y 54/1996 de 26 de marzo (LA LEY 4235/1996)), si bien la presunción de inocencia podría resultar quebrantada si existieran otras pruebas de cargo que de modo pleno probaran los hechos delictivos, sin resultar contaminadas por no derivarse de la ilícitamente obtenida.

El criterio básico estaría basado en la llamada teoría de la «equivalencia de las condiciones»

Acudiendo a las tradicionales teorías de la causalidad entre la manifestación de voluntad y el resultado en la dogmática del delito, podría afirmarse que este criterio básico estaría basado en la llamada teoría de la «equivalencia de las condiciones», formulada mediante el conocido adagio *causa causae causa causati*, equiparando causa y condición, *condictio sine qua non*, en la verificación de existencia o inexistencia de nexo causal. Como en el ámbito de la relación de causalidad en los delitos de resultado, esta teoría sigue siendo válida para descartar los supuestos en los que la manifestación de voluntad ni siquiera ha sido *condictio sine qua non* del resultado, es decir, *mutatis mutandi*, cuando la conculcación del derecho fundamental ni siquiera ha sido condición del hallazgo y aportación de la prueba sospechosa de derivación, supuesto este en el que será patente su licitud y por ende su validez.

2. La causalidad jurídica y supuestos de desconexión

Las SSTS 811/2012 de 30 de octubre (LA LEY 177764/2012) y 511/2015 de 21 de julio (LA LEY 102970/2015), después de plasmar y asumir las líneas principales de la sentencia 320/2011 comentada, entran a distinguir dos corrientes en la jurisprudencia del TS: la tradicional, anterior a la

sentencia 81/1998 (LA LEY 3993/1998) del TC, y la posterior en la que se introduce la doctrina de la denominada «desconexión de antijuricidad». La concepción primigenia es más radical y generosa en el reconocimiento del efecto reflejo o indirecto de la infracción de la norma constitucional, protegiendo al máximo los derechos fundamentales constitucionales y, al mismo tiempo, ejerciendo un efecto disuasorio de conductas anticonstitucionales en los intervinientes en la investigación criminal — *deterrence effect*—. La prohibición alcanza tanto a la prueba en cuya obtención se ha vulnerado un derecho fundamental como aquellas otras que, habiéndose obtenido lícitamente, se basen, apoyen o deriven de la anterior («directa o indirectamente»), pues sólo de este modo se asegura que la prueba ilícita inicial no surta efecto alguno en el proceso, de forma que el efecto expansivo prevenido en el art. 11.1 de la LOPJ (LA LEY 1694/1985) únicamente faculta para valorar pruebas independientes, es decir, que no tengan conexión causal con la ilícitamente practicada, debiéndose poner especial atención en no confundir «prueba diferente» pero derivada de la ilícitamente obtenida, con «prueba independiente» sin conexión causal con aquélla.

En la segunda fase jurisprudencial que se reseña en la sentencia 511/2015 (LA LEY 102970/2015) como surgida a partir de la STC 81/1998 (LA LEY 3993/1998), se implanta un criterio más flexible merced a la aplicación de la denominada «doctrina de la conexión de antijuricidad», que limita el efecto de contagio de la ilicitud de la prueba obtenida con infracción de la norma constitucional respecto a las pruebas reflejas o derivadas de la misma, de modo que la anulación de estas pruebas no se genera sin más de la conexión causal o natural entre la prueba ilícita y la prueba derivada, sino que se requiere la conexión jurídica entre ambas o conexión de antijuricidad, que exige un examen complejo y preciso que va más allá de la mera relación de causalidad natural que sigue siendo una *condictio sine qua non* de cualquier hipótesis de existencia de esta nueva conexidad. Así las cosas, para que opere la prohibición de valoración de las pruebas reflejas o derivadas se precisa que concurra una vinculación o un nexo no sólo causal o natural entre la prueba ilícita y la derivada, sino que exista también un vínculo o nexo de antijuricidad que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuricidad). En la presencia o ausencia de esa conexión reside, pues, la ratio de la interdicción de valoración de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento derivado de otras que han conculcado el derecho fundamental, existiendo pruebas obtenidas sin violentar ningún derecho fundamental, a pesar de tal conexión causal en el plano fáctico o natural (SSTC 86/1995 de 6 de junio (LA LEY 13087/1995), 54/1996 de 26 de marzo (LA LEY 4235/1996), 81/1998 de 2 de abril (LA LEY 3993/1998) y 151/1998 de 13 de julio (LA LEY 8135/1998), 166/1999 de 27 de septiembre (LA LEY 12056/1999), 136/2000 de 29 de mayo (LA LEY 8963/2000) y 184/2003 de 23 de octubre (LA LEY 2955/2003)).

Para determinar si existe o no esa conexión de antijuridicidad estableció la STC 81/1998, de 2 de abril (LA LEY 3993/1998) una doble perspectiva de análisis: una interna, que atiende a la índole y características de la vulneración del derecho fundamental en la prueba originaria (qué garantías de la injerencia en el derecho se han visto menoscabadas y en qué forma), así como al resultado inmediato de la infracción (el conocimiento adquirido a través de la injerencia practicada inconstitucionalmente). Y, en segundo lugar, una perspectiva externa, que contempla las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones exige. Estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja 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 dos aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo (SSTC 81 (LA LEY 3993/1998) y 121/1998 (LA LEY 6966/1998), 49 (LA LEY 4215/1999), 94 (LA LEY 8094/1999), 166 (LA LEY 12056/1999) y 171/1999 (LA LEY 12124/1999), 136/2000 (LA LEY 8963/2000), 259/2005 (LA LEY 1969/2005) y 66/2009 (LA LEY 7022/2009)).

En la jurisprudencia del TS acostumbra a citar como criterios idóneos para excluir la conexión de antijuridicidad y validar por tanto las pruebas reflejas o derivadas los siguientes: *el descubrimiento inevitable, el vínculo atenuado entre la prueba ilícita y la refleja, el hallazgo casual, la fuente independiente, la ponderación de intereses, la autoincriminación del imputado en el plenario, y alguna otra* (SSTS 320/2011 de 22 de abril (LA LEY 52228/2011), 811/2012 de 30 de octubre (LA LEY 177764/2012), 69/2013 de 31 de enero (LA LEY 2657/2013), 912/2013 de 4 de diciembre (LA LEY 196656/2013), 963/2013 de 18 de diciembre (LA LEY 210803/2013), 73/2014 de 12 de marzo y 511/2015 de 17 de julio). Y siguiendo esta doctrina, el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2009 (LA LEY 110733/2009) dispuso lo siguiente: «En los procesos incoados a raíz de la deducción de testimonios de una causa principal, la simple alegación de que el acto jurisdiccional limitativo del derecho al secreto de las comunicaciones es nulo, porque no hay constancia legítima de las resoluciones antecedentes, no debe implicar sin más la nulidad.- En tales casos, cuando la validez de un medio probatorio dependa de la legitimidad de la obtención de fuentes de prueba en otro procedimiento, si el interesado impugna en la instancia la legitimidad de aquel medio de prueba, la parte que lo propuso deberá justificar de forma contradictoria la legitimidad cuestionada.- Pero si, conocido el origen de un medio de prueba propuesto en un procedimiento, no se promueve dicho debate, no podrá suscitarse en ulteriores instancias la cuestión de la falta de constancia en ese procedimiento de las circunstancias concurrentes en otro relativas al modo de obtención de las fuentes de aquella prueba».

Volviendo al símil de las teorías sobre la relación causal entre resultado y manifestación de voluntad en la dogmática penal, estaríamos ante las llamadas *teorías individualizadoras* que intentaron diferenciar entre condiciones y causas, y dentro de estas últimas, las que deberían tenerse en cuenta por su definitiva influencia en la causación del resultado, siendo las principales de estas teorías las de la *adecuación o causalidad adecuada* y la de la *causalidad penalmente relevante*. Es más, también cabría acudir a la más moderna y evolucionada teoría de la *imputación objetiva*, que si en el ámbito de la teoría jurídica del delito se formula declarando que «un resultado es objetivamente imputable cuando el autor ha creado un riesgo, no permitido, que se actualiza en el resultado típico en su configuración concreta y se encuentra dentro del ámbito de protección de la norma», efectuando la correspondiente traslación a la conexión de antijuricidad se podría decir que la prueba derivada de la ilícitamente obtenida no se considerará jurídicamente conexa a esta primera si la norma protectora del derecho fundamental, generador de la ilicitud, no resulta afectada por la prueba derivada, cuya obtención no exigiría su inclusión en el ámbito del efecto disuasorio de la invalidez de la prueba indirecta y causalmente amenazada por la ilicitud de la que trae causa.

III. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA

1. Supuesto de hecho

Los hechos que son objeto de valoración por la sentencia comentada, relativos principalmente a si la prueba de un delito fiscal debía o no surtir efectos por haber sido o no indirectamente obtenida mediante la violación del derecho fundamental a la intimidad, se centran en la validez como prueba la llamada «Lista Falciani», que trae su nombre del autor de la misma, Hervé Falciani, un ingeniero informático del banco HSBC en Ginebra, que copió datos de su empresa, que contenían los nombres de clientes de varios países de la Unión Europea, que era presumible que estaban defraudando al Fisco al ocultarle los fondos depositados en dicho banco suizo. La sustracción de tales datos no cabe duda de que quebrantó el derecho fundamental a la intimidad de los depositantes del dinero en dicho banco, así como el mismo derecho de la entidad al tratarse de información confidencial, confidencialidad también conocida como secreto bancario.

Como había ocurrido en el caso análogo en 2008 de Heinrich Kieber, antiguo empleado del banco de Liechtenstein LGT, en este antecedente con las autoridades fiscales del Reino Unido, los datos de la Lista Falciani llegaron oficialmente a la Agencia Tributaria española a través de la Dirección General de Fianzas públicas de la República Francesa, al amparo del Convenio suscrito en 1995 entre España y la República Francesa a fin de evitar la doble imposición y de prevenir el fraude fiscal en materia de impuestos sobre la renta y el patrimonio, respondiendo a la solicitud de la AEAT de que le facilitasen

cuanta información dispusiera el destinatario en relación con los contribuyentes sujetos a la soberanía fiscal española que figurasen en el listado del Banco Suizo HSBC. Esta «mediación» de las autoridades fiscales extranjeras convierte en «indirecta» la incorporación al procedimiento penal de la prueba ilícitamente obtenida, y se ha venido considerando por la jurisprudencia menor y ahora también por la mayor como «sanadora» de la ilicitud inicial y por ende reconvertida en una prueba lícita, conclusión que el autor de este comentario no comparte.

En el presente caso, la Fiscalía suiza solicitó a España la extradición de Falciani, que le fue denegada por la Sección 2.ª de la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional, aduciendo que no se cumplía el requisito de la doble incriminación, al no ser delito en España el quebranto del secreto bancario, argumento contrario a lo dispuesto en la Ley de extradición pasiva (art. 2 (LA LEY 715/1985)) y a lo declarado reiteradamente por la jurisprudencia que no exige que el nomen iuris del delito cometido en el Estado requirente, coincida con el de las leyes penales españolas, bastando con que el hecho en cuestión se castigue en España con una pena privativa de libertad de duración no inferior al año.

La sentencia comentada da especial importancia a los motivos que llevaron a Falciani al apoderamiento de los datos personales custodiados

La sentencia comentada da especial importancia a los motivos que llevaron a Falciani al apoderamiento de los datos personales custodiados por la entidad bancaria, y lo hace basándose en el auto de la Sección 2.ª de la Audiencia Nacional y a la sentencia recurrida en casación de la Sección 23 de la Audiencia provincial de Madrid, haciendo hincapié en que la sustracción de tales datos estaba orientada a conseguir un «rendimiento económico», ofreciendo dichos datos a bancos o servicios estatales interesados. Y además, reseña las siguientes circunstancias fácticas del caso: «En efecto, según se desprende de la sentencia de instancia y de la documentación obrante en la causa, la denominada Lista Falciani fue puesta a disposición de las autoridades fiscales españolas al haber sido aprehendida en el registro practicado en el domicilio de Falciani, llevado a cabo a instancias de la Fiscalía de Niza, a raíz de una solicitud de cooperación internacional cursada por las autoridades suizas, que acusaban a aquél de un delito contra el secreto bancario. Falciani prestaba sus servicios como informático en la sucursal suiza de HSBC y con violación del deber de sigilo que le incumbía, aprovechó el acceso a esos documentos para, mediante el oportuno cruce de datos, dibujar el perfil de contribuyentes —entre ellos el acusado— que habían ocultado sus ganancias al fisco».

Y previamente añade los siguientes datos: «El hecho probado da cuenta de que las autoridades fiscales francesas, a petición de la Agencia Española de Administración Tributaria (AEAT), hicieron entrega mediante un encuentro personal entre el Agregado Fiscal de la Embajada de la República Francesa en España y la autoridad financiera española, de un CD en el que se contenía una gran cantidad de archivos referidos a personas y entidades que disponían de fondos, activos y valores, en la entidad bancaria HSBC *Private Bank*, con sede en Ginebra. Esos archivos aparecían estructurados en tres listados nominativos. El primero de ellos contenía información sobre personas físicas que eran identificadas por su nombre, fecha de nacimiento, profesión y nacionalidad. El segundo identificaba a personas jurídicas por su nombre, nacionalidad y tipo de sociedad, la mayoría de ellas constituidas en paraísos fiscales. El tercer listado integraba ambos tipos de personas y contenía, además de datos personales, el patrimonio constatado en diciembre de 2005 y en el mismo mes del año siguiente». La resolución comentada describe a continuación las circunstancias del condenado recurrente, que tiene un perfil de defraudador a la Hacienda pública, que genera una legítima predisposición a hacer justicia castigando al opulento que no merma su fortuna aportando al Estado la cuota del IRPF que la ley tributaria le exige.

2. Referencias a jurisprudencia de otros países y del TEDH

Confiesa la sentencia que «Esta Sala no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión relativa al valor probatorio de documentos bancarios y ficheros contables cuando, pese a existir constancia de que fueron sustraídos de forma ilegítima por un tercero, han sido determinantes en la apreciación probatoria. Este silencio, sin embargo, contrasta con la existencia de otros pronunciamientos de las máximas instancias judiciales de otros países que sí han abordado directamente el problema. Casi todas ellas, con unos u otros matices, coinciden en descartar el efecto contaminante subrayando la legalidad de la fuente próxima de prueba —la entrega por las autoridades francesas— y rechazando la indagación remota de cómo los agentes llegaron a obtener esos documentos». Y a continuación se citan diversas sentencias, que parecen corresponder a casos análogos o prácticamente idénticos, del Tribunal supremo belga, del Tribunal supremo francés (una contraria de la sala de lo mercantil y otra a favor de la admisión de la prueba de la sala de lo penal), de la Corte de casación italiana, del Tribunal Constitucional alemán (que distingue entre la prueba que «sólo opera como un *prius* para la incoación del proceso penal propiamente dicho»), para terminar este paseo por el derecho comparado con una referencia a una resolución del Tribunal supremo americano, otorgando validez a actuaciones de policías extranjeros actuando fuera del territorio de USA. Y finalmente, cita una serie de resoluciones de audiencias provinciales españolas que han dado validez a las pruebas obtenidas del modo cuestionado en el recurso de casación.

La Sala dice que, esta jurisprudencia comparada es un «dato que no puede ser obviado» en la resolución del recurso. Sin embargo, a tal actitud hay que reprocharle ya lo siguiente, sin perjuicio del reiterarlo *ut infra* en el epígrafe específicamente dedicado a la crítica:

1.º Que la única sentencia que podría resultar vinculantes para el TS español es la del TEDH, y no se puede olvidar que el CEDH en su art. 53 (LA LEY 16/1950) dispone que «Ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte», precepto que debe igualmente predicarse de las sentencias del tribunal encargado de aplicar dicho Convenio.

2.º Y que estas excursiones al derecho comparado deberían hacerse *cuius commoda eius incommoda*, es decir, no sólo para limitar derechos del ciudadano investigado-encausado-acusado sino también para ampliarlos, por ejemplo, para interpretar como los alemanes, los arts. 121 CE (LA LEY 2500/1978) y 292 y siguientes LOPJ (LA LEY 1694/1985): error judicial y anormal funcionamiento de la Administración de justicia como generadores de responsabilidad patrimonial del Estado Juez, indemnizando a todos los absueltos y sobreseídos, particularmente si han sufrido prisión preventiva, considerando error judicial haber sometido a proceso a quien finalmente no se le condena (equivocarse es algo normal —«de sabios»— y no una modalidad más del anormal funcionamiento, como vienen interpretando todas las salas del TS).

3. Argumentario

A) «Huida de interpretaciones rígidas»: los principios de no indagación y de la doble incriminación

La sentencia considera que la doctrina relativa a la prueba ilícitamente obtenida, «con enunciado normativo propio en el art. 11 de la LOPJ (LA LEY 1694/1985) («... no surtirán efectos las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales») aconseja huir de interpretaciones rígidas, sujetas a reglas estereotipadas que impidan la indispensable adaptación al caso concreto. Y esa rigidez despliega similar efecto pernicioso, tanto cuando se erige en injustificada regla de exclusión, como cuando se convierte en una tolerante fórmula para incorporar al arsenal probatorio lo que debió haber sido excluido». Con esta actitud considera la sentencia que es preciso «moderar el alcance de la afirmación contenida en algunos de los pasajes de la sentencia recurrida —modélica en su estructura y motivación— al referirse al valor preponderante del principio de no indagación» respecto a las actuaciones de las jurisdicciones extranjeras, aun cuando la jurisprudencia de la Sala puede servir para declarar su vigencia, pasando la sentencia a reproducir

pasajes de las que establecían la doctrina que rechazaba «la pretensión de que los Tribunales españoles se conviertan en custodios de la legalidad de actuaciones efectuadas en otro país la Unión Europea», en general y menos en el ámbito del cumplimiento del art. 3 del Convenio europeo de asistencia judicial, por lo que las pruebas obtenidas en otros países de la unión deban ser sometidas «al tamiz de su conformidad con las normas españolas» (SSTS 340/2000, 3 de marzo [LA LEY 51141/2000 (LA LEY 51141/2000)], 947/2001, 18 de Mayo [(LA LEY 251102/2001), 1521/2002 de 25 de septiembre [(LA LEY 156028/2002), 556/2006, 31 de mayo [(LA LEY 150038/2006)] y 456/2013, 9 de junio [(LA LEY 64788/2013)].

Y relativizando la anterior doctrina, considera la resolución comentada que «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. De entrada, porque las citas jurisprudenciales a que hemos hecho referencia, tienen en común el venir referidas a sentencias dictadas cuando la queja sobre su validez constitucional se produce en el marco de un acto de cooperación jurídica internacional y lo que se cuestiona es la falta de semejanza entre los requisitos que en uno y otro sistema disciplinan la práctica de ese acto probatorio... Pero la histórica vigencia del principio *locus regit actum*, de dimensión conceptual renovada a raíz de la consolidación de un patrimonio jurídico europeo, no puede convertirse en un trasnochado adagio al servicio de la indiferencia de los órganos judiciales españoles frente a flagrantes vulneraciones de derechos fundamentales. Incluso en el plano semántico, la expresión *principio de no indagación*, si se interpreta desbordando el ámbito exclusivamente formal que le es propio, resulta incompatible con algunos de los valores constitucionales comprometidos en el ejercicio de la función jurisdiccional». Añadiendo que «esta idea tampoco es ajena a la jurisprudencia de esta Sala» (STS 829/2006, 20 de julio [LA LEY 70284/2006] (LA LEY 70284/2006)), recordando una «entrevista policial» en Guantánamo, «de agentes de la autoridad españoles expresamente desplazados a territorio estadounidense para la práctica de un interrogatorio que fue ajeno a los principios estructurales de contradicción y defensa y que, por si fuera poco, se practicó en el entorno de coacción moral que es imaginable en un centro de reclusión concebido en los términos en los que aquél fue diseñado. De otra parte, la lectura de ese razonamiento es bien expresiva de la necesidad de no fijar reglas generales que, en su inflexibilidad, no tomen en consideración la rica variedad de supuestos que nos ofrece la práctica. La intensidad de la vulneración de derechos denunciada, admite matices de los que no puede prescindirse en el momento de fijar el alcance de la regla de exclusión».

El principio de no indagación no puede interpretarse más allá de sus justos términos

«En definitiva, el principio de no indagación no puede interpretarse más allá de sus justos términos. Su invocación debería operar en el marco exclusivamente formal que afecta a la práctica de los actos de investigación en uno u otro espacio jurisdiccional. De tal forma que la flexibilidad admisible en los principios del procedimiento —adecuados por su propia naturaleza a cada sistema procesal— no se extienda a la obligada indagación de la vigencia de los principios estructurales del proceso, sin cuya realidad y constatación la tarea jurisdiccional se aparta de sus principios legitimadores».

Y en cuanto al principio de doble incriminación considera la sentencia comentada que tampoco «resuelve de forma definitiva la controversia acerca de la licitud probatoria de la información contenida en los archivos de la Lista Falciani», pues «El objeto de un procedimiento de extradición, ya se conceda, ya se deniega la reclamación, no es determinante en el debate sobre la licitud probatoria de archivos especialmente sensibles. El concepto de ilicitud probatoria no exige como presupuesto la comisión de un hecho ilícito. El art. 11 de la LOPJ (LA LEY 1694/1985) vincula ese efecto, no a la autoría de un delito, sino a la obtención de las pruebas mediante un acto vulnerador de los derechos o libertades fundamentales que, por definición, puede ser o no constitutivo de delito». Máxime, y esto no lo dice la sentencia, cuando como se ha dicho tal ausencia de doble incriminación es un error consciente del auto denegatorio de la extradición de Falciani, *contra legem et contra jurisprudentiam*.

B) Argumentos a partir del concepto mismo de prueba ilícita

a) Punto de partida: el particular no es equiparable al funcionario

Considera la sentencia (FJ SEXTO) que «es evidente que 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. El particular que por propia iniciativa desborda el marco jurídico que define la legitimidad del acceso a datos bancarios, ya actúe con el propósito de lograr un provecho económico, ya con el de fomentar el debate sobre los límites del secreto bancario, no lo hace en nombre del Estado. No rebasa el cuadro de garantías que define los límites constitucionales al acopio estatal de fuentes de pruebas incriminatorias. Nada tiene que ver esa actuación con la de un agente al servicio del Estado. Lo que

proscribe el art. 11 de la LOPJ (LA LEY 1694/1985) no es otra cosa que la obtención de pruebas («no surtirán efecto las pruebas obtenidas...»). Es el desarrollo de la actividad probatoria en el marco de un proceso penal —entendido éste en su acepción más flexible— lo que queda afectado por la regla de exclusión cuando se erosiona el contenido material de derechos o libertades fundamentales.

La necesidad de un tratamiento singularizado de la prueba obtenida por un particular cometiendo un delito o vulnerando derechos fundamentales no es, desde luego, una originalidad sugerida por la Sala. En el ámbito del derecho comparado, por ejemplo, el Tribunal Supremo americano, en acusado contraste con los orígenes históricos de la regla de exclusión, ha admitido las pruebas obtenidas por particulares (*Burdeau vs. McDowel, 256, US, 465, 1921*), ampliando de forma considerable el ámbito de las excepciones valorables.

De manera expresa, el proyecto de Código Procesal Penal de 2013 matizaba el alcance de la regla de exclusión cuando la violación del derecho fundamental tuviese su origen en la actuación exclusiva de un particular que hubiese actuado sin voluntad de obtener pruebas (art. 13 CPP). El anteproyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 admitía la validez de las pruebas derivadas o reflejas «... si no guardan una conexión jurídica relevante con la infracción originaria» (art. 129).

Pues bien, la Sala entiende que la posibilidad de valoración de una fuente de prueba obtenida por un particular con absoluta desconexión de toda actividad estatal y ajena en su origen a la voluntad de prefabricar pruebas, no necesita ser objeto de un enunciado legal que así lo proclame. Su valoración es perfectamente posible a la vista de la propia literalidad del vigente enunciado del art. 11 de la LOPJ (LA LEY 1694/1985) y, sobre todo, en atención a la idea de que, en su origen histórico y en su sistematización jurisprudencial, 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. No persigue sobreproteger al delincuente que se ve encausado con el respaldo de pruebas que le han sido arrebatadas por un particular que cuando actuaba no pensaba directamente en prefabricar elementos de cargo utilizables en un proceso penal ulterior...

La jurisprudencia de esta Sala ofrece precedentes que no siempre actúan en la misma dirección. 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 (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).

Pero no faltan supuestos en los que la ausencia de toda finalidad de preconstitución probatoria por parte del particular que proporciona las pruebas, lleva a la Sala a admitir la validez de la prueba cuestionada. Es el caso, por ejemplo, de la STS 793/2013, 28 de octubre (LA LEY 164133/2013 (LA LEY 164133/2013)), en la que la Sala no hizo valer la regla de exclusión porque «...no pueden solucionarse con arreglo a las mismas pautas valorativas los casos en los que esa grabación se ofrece por los agentes de policía que han asumido la investigación de un hecho delictivo y aquellos en que son los particulares quienes obtienen la grabación. Y tratándose de particulares, aconsejan un tratamiento jurídico distinto las imágenes que hayan podido grabarse mediante cámara oculta por un periodista para respaldar un programa televisivo, por una víctima para obtener pruebas con las que advenir una denuncia o por una entidad bancaria como medida disuasoria frente a robos violentos. Tampoco puede dispensarse un tratamiento unitario al caso de una grabación que se realice con simultaneidad al momento en el que se está ejecutando el delito, frente a aquellos otros en los que se busca información sobre acciones delictivas ya cometidas o planeadas para el futuro». Aunque con matices, esta idea está también presente en el desenlace de la STS 45/2014, 7 de febrero (LA LEY 5973/2014) (LA LEY 5973/2014), en la que unas grabaciones subrepticias fueron determinantes de la acusación por cohecho formulada contra uno de los interlocutores.

b) Primeros matices respecto a la precedente distinción

Continúa la sentencia comentada (FJ SEPTIMO) diciendo: «El razonamiento que da vida al fundamento jurídico precedente no busca formular una regla con pretensión de validez general. Tampoco aspira a proclamar un principio dirigido a la incondicional aceptación de las fuentes de prueba ofrecidas por un particular y que luego son utilizadas en un proceso penal. 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. Lo que allí se apunta sólo adquiere sentido si se interpreta como una llamada a la necesidad de ponderar las circunstancias de cada caso concreto. La vulneración

de la intimidad de las personas —si éste es el derecho afectado por el particular— no puede provocar como obligada reacción, en todo caso, la declaración de ilicitud. Entre el núcleo duro de la intimidad y otros contenidos del círculo de exclusión que cada persona dibuja frente a los poderes públicos y frente a los demás ciudadanos, existen diferencias que no pueden ser orilladas en el momento de la decisión acerca de la validez probatoria. No pueden recibir el mismo tratamiento, por ejemplo, la interceptación de las comunicaciones telemáticas llevada a cabo por un particular y el acceso a unos documentos visibles en un escritorio. Tampoco pueden ser valorados con artificial simetría unos documentos obtenidos por un particular mediante la entrada subrepticia en el domicilio de otro y la información obtenida de forma casual por un error en la identificación del destinatario. Por la misma razón, tampoco pueden asimilarse en el plano valorativo los contenidos de un DVD en el que se reflejan actos de explícito contenido sexual y los datos referidos, pongamos por caso, a la información contable de una empresa. En definitiva, no pueden recibir el mismo tratamiento, una vez han sido debidamente contextualizadas, las lesiones periféricas frente a aquellas otras que alcanzan al núcleo mismo del contenido material de un derecho fundamental.

Decisivos resultan, por tanto, el alcance y la intensidad de la afectación del derecho fundamental menoscabado. Pero también, lo es atender al significado de esa actividad del particular que, a raíz de su actuación, hace aflorar unos documentos o un archivo informático de singular valor probatorio. Sólo así la decisión sobre la regla de exclusión no correrá el riesgo de apartarse de su genuino fundamento. Quien busca hacerse con documentos para obtener un rédito económico o quien persigue denunciar la injusticia del sistema financiero, no está, desde luego, convirtiéndose en un agente estatal sumado espontáneamente al ejercicio del *ius puniendi*. 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. De lo que se trata es de limitar el afán del Estado en la persecución de los ilícitos penales, de apartar a los agentes de la autoridad de la tentación de valerse de medios de prueba que, por su alto grado de injerencia en el círculo de los derechos fundamentales, están sometidos a unas garantías constitucionales concebidas para la salvaguardia de aquéllos. Se ha dicho con acierto que la proscripción de la prueba ilícita se explica por el efecto disuasorio que para el aparato oficial del Estado representa tener plena conciencia de que nunca podrá valerse de pruebas obtenidas con vulneración de las reglas constitucionales en juego.

c) Relevancia del ámbito de actuación y de las circunstancias del quebranto y divulgación del secreto

Continúa la sentencia afirmando que «Fuera de ese espacio valorativo, la decisión sobre la exclusión probatoria adquiere una dimensión especial si quien ha hecho posible que las pruebas controvertidas

afloren, nunca actuó en el marco de una actividad de respaldo a los órganos del Estado llamados a la persecución del delito. Este dato resulta decisivo. No se trata tanto de indagar la motivación de quien se adentra más allá de lo tolerable en el ámbito reservado al libre ejercicio de los derechos fundamentales de otro. De hecho, esa motivación puede fluctuar en función del desarrollo de los acontecimientos. Quien se hace con una documentación bancaria con el objetivo inicial de difundirla y provocar así unos titulares mediáticos de gran impacto, puede cambiar de opinión y poner esos contenidos a disposición de las autoridades fiscales. Lo determinante es que nunca, de forma directa o indirecta, haya actuado como una pieza camuflada del Estado al servicio de la investigación penal (el subrayado es de este comentarista). La prohibición de valorar esos documentos en un proceso penal se apoyaría en las mismas razones que ya hemos señalado para la prueba ilícita obtenida por agentes de policía. Y es que, en este caso, los funcionarios del Estado que investigan el delito han de estar convencidos de que tampoco su trabajo podrá ser valorado si las pruebas obtenidas lo han sido mediante el subterfugio de la utilización de un activo particular que, sabiéndolo o no, actúa a su servicio».

Y ya en el siguiente fundamento jurídico (OCTAVO) prosigue: «Conforme a lo ya razonado, la valoración del criterio proclamado por la Audiencia Provincial de Madrid que, con apoyos argumentales entrecruzados y complementarios entre sí ha admitido la validez probatoria de la Lista Falciani, exige ponderar las circunstancias que llevaron a Falciani al apoderamiento de los datos personales custodiados en la entidad bancaria para la que prestaba sus servicios como informático».

Según puede leerse en el antecedente 3.º del auto núm. 19/2003, dictado por la Sección Segunda de la Audiencia Nacional, en el procedimiento de extradición núm. 26/2012, «... la investigación suiza se inicia luego de una alerta del 20 de marzo de 2008 de la Asociación Suiza de Banqueros que informaba de que los llamados Vicenta y Juan Pablo, de la sociedad Palorva, se presentaron, el 4 de febrero de 2008, en el Banco Audi (Suisse) S.A, en Beirut con el fin de negociar la venta de una base de datos de clientes de diferentes bancos suizos: según la información, la base de datos habría sido creada pirateando (interceptación electrónica) faxes que se referían, sobre todo, órdenes relativas a instrucciones de suscripción de fondos, en las cuales aparecen los principales datos de los suscriptores (...). El 22 de diciembre de 2008, Vicenta y el llamado Juan Pablo —cuyo verdadero nombre es Belarmino—, ambos empleados en el departamento IT del HSBC Private Bank (Suisse) S.A en Ginebra, fueron detenidos en interrogados».

La disponibilidad de esos datos estaba tendencialmente orientada a la obtención de un rendimiento económico

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».

No existe, pues, dato indiciario alguno que explique la obtención de esos ficheros como el resultado de una colaboración —ad hoc o sobrevenida— de 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. No hay constancia, ni en el hecho probado de la sentencia recurrida —que omite cualquier alusión al respecto— ni en la demanda de extradición cursada por las autoridades suizas cuando Falciani fue identificado en España.

En consecuencia, los ficheros bancarios que se correspondían con personas y entidades que disponían de fondos, activos y valores en la entidad suiza HSBC, fueron correctamente incluidos en el material probatorio valorable por el Tribunal de instancia. No estaban afectados por la regla de exclusión. Se trataba de información contenida en unos archivos de los que se apoderó ilícitamente un particular que, cuando ejecutó la acción, no lo hizo como agente al servicio de los poderes públicos españoles interesados en el castigo de los evasores fiscales. Tampoco se trataba de ficheros informáticos cuya entrega hubiera sido negociada entre el transgresor y los agentes españoles. La finalidad disuasoria que está en el origen de la exclusión de la prueba ilícita no alcanzaba a Falciani, que sólo veía en esa información una lucrativa fuente de negociación. En definitiva, no se trataba de *pruebas obtenidas* con el objetivo, directo o indirecto, de hacerlas valer en un proceso. La incorporación a la causa penal abierta en el Juzgado de instrucción núm. 4 de Alcobendas de esos archivos comprometedores para los afectados, no guarda conexión alguna —ni directa ni remota— con la vulneración de los datos personales que protegían a los evasores fiscales».

IV. CRÍTICA

«Crítica es el arte de juzgar de la bondad, verdad y belleza de las cosas», según declara la RAE en la primera acepción del término, y en las restantes acepciones criticar es también emitir juicios o censurar cualquier obra. Pues bien, en la sentencia ahora criticada hay facetas buenas, verdaderas y bellas, en el fondo y en la forma, pero también aspectos malos, inveraces y feos, particularmente su conclusión reductora del ámbito de los derechos fundamentales de los ciudadanos investigados-encausados-acusados.

La sentencia sin duda es meritoria por su calidad argumental y su amplia documentación, pero al final parece predestinada a justificar el castigo de un defraudador fiscal, haciendo sin duda justicia material, resultado que, sin embargo, no justifica la reducción del ámbito de los derechos de defensa y a la presunción de inocencia de los ciudadanos, en un procedimiento ajustado a las garantías legales, pues en definitiva *se distingue donde la ley no distingue*, reduciendo el ámbito de la interpretación gramatical o literal (art. 3 CC (LA LEY 1/1889)) del art. 11.1 LOPJ (LA LEY 1694/1985), y no para ampliar sino para reducir la vigencia material, real y efectiva, de los mencionados derechos fundamentales, es decir, «*contra reo et ultra litteram legis*».

1. Amplia documentación y calidad argumental de la sentencia

Efectivamente la sentencia en cuestión está ampliamente documentada, tanto en doctrina jurisprudencial de la propia Sala y del TC, como —lo que es novedoso— en resoluciones de otros países europeos atinentes al caso. Pero como ya se ha comentado, la única doctrina vinculante para los tribunales españoles, resultante de dichas resoluciones, sería la que se cita del TEDH, y su virtualidad resultaría anulada por lo previsto en el art. 53 CEDH, (LA LEY 16/1950) que dispone la no reducción del ámbito de los derechos reconocidos por cada Estado en base a las resoluciones de dicho tribunal. Por otra parte, como también se ha manifestado, esta buena costumbre de acudir al derecho comparado, que puede ser una nueva vía de unificación de la jurisprudencia penal entre los países de la Unión europea, debería hacerse *cuius commoda eius incommoda*, y tal modo de proceder resultaría, por ejemplo, especialmente útil para los derechos de los justiciables españoles si condujera a reinterpretar los arts. 292 (LA LEY 1694/1985) y 294 LOPJ (LA LEY 1694/1985) y de pasó cumplir lo dispuesto en el art. 121 CE (LA LEY 2500/1978), en el sentido de lo previsto en los parágrafos 467 y 467a del CPP alemán —StPO— y los parágrafos 2. I y II, y 3 de la Ley sobre indemnización por medidas adoptadas en la persecución penal —StrEG—, para configurar el error judicial como una modalidad del normal funcionamiento de la Administración justicia (y no una modalidad del anormal, como ahora declaran todas las Salas del TS), indemnizando por responsabilidad patrimonial del Estado

Juez a todos los absueltos o sobreseídos, al menos los gastos del proceso, y de modo especial a todos los que hayan sufrido prisión preventiva.

Pero no sólo tiene virtudes formales la sentencia comentada, sino que también en el aspecto material matiza dos principios que merecen una crítica positiva: la relativización del principio de no indagación y la exclusión del principio de la doble incriminación respecto a las lesiones de derechos fundamentales acaecidas en otros países. Con buen sentido la sentencia declara, como ya se ha visto, que «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», primero porque dicho principio se suele aplicar a sentencias extranjeras más que no a otro tipo de actuaciones o resoluciones, y sobre todo porque este respeto a otras jurisdicciones de países europeos «no puede convertirse en un trasnochado adagio al servicio de la indiferencia de los órganos judiciales españoles frente a flagrantes vulneraciones de derechos fundamentales». «En definitiva, el principio de no indagación no puede interpretarse más allá de sus justos términos. Su invocación debería operar en el marco exclusivamente formal que afecta a la práctica de los actos de investigación en uno u otro espacio jurisdiccional. De tal forma que la flexibilidad admisible en los principios del procedimiento — adecuados por su propia naturaleza a cada sistema procesal— no se extienda a la obligada indagación de la vigencia de los principios estructurales del proceso, sin cuya realidad y constatación la tarea jurisdiccional se aparta de sus principios legitimadores».

Y en cuanto al principio de doble incriminación considera la sentencia comentada que tampoco «resuelve de forma definitiva la controversia acerca de la licitud probatoria de la información contenida en los archivos de la Lista Falciani», pues «El objeto de un procedimiento de extradición, ya se conceda, ya se deniegue la reclamación, no es determinante en el debate sobre la licitud probatoria de archivos especialmente sensibles. El concepto de ilicitud probatoria no exige como presupuesto la comisión de un hecho ilícito. El art. 11 de la LOPJ (LA LEY 1694/1985) vincula ese efecto, no a la autoría de un delito, sino a la obtención de las pruebas mediante un acto vulnerador de los derechos o libertades fundamentales que, por definición, puede ser o no constitutivo de delito». Máxime, y esto no lo dice la sentencia, cuando como se ha puesto ya de manifiesto tal ausencia de doble incriminación es un error consciente del auto denegatorio de la extradición de Falciani, al ser esta doctrina nominalista palmariamente *contra legem et contra jurisprudentiam*.

2. Núcleo criticable de su doctrina

Pero al margen de estos aciertos relevantes aunque accesorios, y centrando la atención en el núcleo de la doctrina que consagra esta sentencia, se detectan elementos reductores del ámbito de la ilicitud centrados en la distinción entre particular y funcionario en el quebranto del derecho fundamental, en la introducción de elementos subjetivos a la hora de calificar de lícita o ilícita la prueba, la tácita admisión de la eficacia sanadora por la intervención de terceros en la entrega de la fuente de prueba y, en fin, el resultado final de reducir el ámbito de los derechos fundamentales del imputado.

La primera impresión que genera la lectura de la sentencia es que, la Sala de lo penal del TS no ha querido asumir la impopularidad que supondría contradecir las sentencias de las Audiencias emitidas sobre el caso, dejando en manos del TC la responsabilidad final de seguir una opción más valiente y constitucional.

A) Distinción entre particular y funcionario

El primer punto merecedor de crítica negativa, es la distinción entre particular y funcionario como posibles sujetos activos de la conculcación del derecho fundamental, distinción que la ley —LOPJ art. 11 (LA LEY 1694/1985)— no hace, que por lo tanto resulta *ultra litteram legis*, y además sin limitarse a incumplir este primer mandato del art. 3.1. CC (LA LEY 1/1889) —«Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras...», sino también los restantes del mismo precepto: la interpretación sistemática —«en relación con el contexto»—, la histórica —«antecedentes históricos y legislativos»—, la teleológica —«atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de las normas»—, y sólo tendría algún sentido la interpretación (aun cuando sería contraria a todos los demás criterios y, en definitiva, a la llamada «interpretación integradora»), refugiándose en la denominada «adecuación social» —«la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas»—, si se considerara como tal la *vulgi opinio* muy próxima al «populismo judicial», aplicando el criterio del *in dubio contra opulentibus* o, en términos más genéricos, *in dubio contra corruptibus*.

Que se trata de una interpretación *ultra litteram legis* es evidente, al distinguir donde la ley no distingue, sin perjuicio de culpar también al legislador por su afición a los conceptos jurídicos más o menos indeterminados, en los términos luego aludidos en la conclusión *de lege ferenda*. En cuanto a la interpretación sistemática, está clara la desconsideración de las previsiones constitucionales (arts. 1 (LA LEY 2500/1978), 9 (LA LEY 2500/1978), 10 (LA LEY 2500/1978), 24 (LA LEY 2500/1978) y 117.1 (LA LEY 2500/1978)) y de la propia LOPJ (arts. 1 (LA LEY 1694/1985) y 5.1 (LA LEY 1694/1985)), que colocan a la persona y a sus derechos fundamentales como centro del ordenamiento jurídico, realidad que deben reconocer todos los poderes públicos incluido el judicial. La interpretación histórica resulta también afectada, por lo que esta interpretación pueda tener de no reconocer al cambio que supuso la

CE en 1978. Y, finalmente, sobre todo, la interpretación teleológica, pues el espíritu de la prohibición de la eficacia de la prueba ilícita es defender los derechos fundamentales de la persona, en primer lugar, y como consecuencia limitar los medios de incriminación al *munus et ius puniendi* del Estado.

Pero 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 (LA LEY 1694/1985) no contiene semejante distinción, en segundo lugar porque el mismo precepto equipara a la obtención indirecta de la prueba a la directa, no cabe la menor duda de que existe quebranto del derecho fundamental a la intimidad sea funcionario o particular su sujeto activo y, en fin, porque semejante distinción otorga a los poderes públicos mil oportunidades de defraudar esta norma, concertando con dichos particulares procedimientos de aportación de la prueba al procedimiento, acudiendo como en este caso a la intervención de «terceros sanadores», máxime cuando, como en el caso de Liechtenstein antes aludido, la Audiencia Nacional deniega la diligencia solicitada por la defensa consistente en una comisión rogatoria, en este caso al Reino Unido, para conocer cómo había llegado a la autoridad tributaria la «lista Kieber» y su indubitada procedencia ilícita.

B) La intención primigenia como causa de exclusión de la ilicitud

Pero el reproche a la doctrina de la sentencia comentada, no se limita a la ilegal distinción entre funcionario y particular como sujetos activos del quebranto del derecho fundamental, pues también debe extenderse a la introducción de *elementos subjetivos* en el ámbito de las excepciones al criterio general de ilicitud de la prueba derivada, excepciones como se ha visto *ut supra* hasta ahora ubicadas en el ámbito puramente objetivo, primero de la causalidad centrada en el criterio de la *equivalencia de las condiciones*, después en el de la *causación adecuada* y finalmente en el de la *imputación objetiva*.

La sentencia hace hincapié en la finalidad perseguida por el particular al apoderarse ilegalmente de unos datos íntimos

En efecto, la sentencia hace hincapié en la finalidad perseguida por el particular al apoderarse ilegalmente de unos datos íntimos, pues si no es inducida por terceros o premeditada por su parte para la incorporación a un procedimiento penal, carecería de virtualidad para contaminar de ilicitud a la prueba derivada que, finalmente, tuviera ese destino, lo que se excluye en el presente caso al afirmar

la sentencia que «Lo determinante es que nunca, de forma directa o indirecta, —Falciani— haya actuado como una pieza camuflada del Estado al servicio de la investigación penal», y más adelante, 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 Falciani con servicios policiales, españoles o extranjeros».

Que la intención del particular pueda tener relevancia, en relación con la ilicitud del apoderamiento de los datos íntimos y de su virtualidad contaminadora de su destino final, no parece de recibo. En primer lugar, porque no es congruente tal exigencia cuando la propia resolución ha declarado que no es preciso cometer un delito para considerar quebrantado el derecho fundamental a la intimidad, supuesto en el que tendría relevancia el elemento subjetivo para la configuración de dolo; en segundo lugar y en coherencia con lo anterior, porque el derecho fundamental se quebranta sea cual sea la intención del sujeto activo; tercero, porque la verificación de la intención de dicho sujeto puede ser difícil con la consiguiente inseguridad jurídica procesal, y por último, porque en todo caso es muy fácil simular *ex ante* o *ex post* la inexistencia de un propósito de aportación al aparato del Estado de esa información.

C) El fraude de ley de los intermediarios sanadores

Y en este contexto tercia precisamente el fraude de ley consistente en encubrir la aportación de la información ilícitamente obtenida a un futuro proceso penal más o menos predeterminado, acudiendo a la norma de cobertura de los convenios de colaboración entre las autoridades tributarias de otros países, cual ha sucedido en el caso de Klieber con la del Reino Unido y en el de Falciani con la francesa, alegando la interrupción del «vaso comunicante de la ilicitud» interrupción además facilitada si se llega incluso a la negación de tal ilicitud en su origen, al reconocer la intención original del sujeto de no buscar ese destino final cuando se apoderaba de los datos, licitud inicial a estos efectos probatorios que no era más difícil acreditar en el caso Klieber y posiblemente por ello denegó la Audiencia Nacional a una defensa la solicitud de cursar al Reino Unido una comisión rogatoria para verificar tal extremo.

D) Un paso más contra los derechos fundamentales del ciudadano

La conclusión última, es que la sentencia comentada, sin olvidar su valor documental y sus conclusiones marginales positivas, ha venido a dar otro «tijeretazo» al ámbito de ilicitud y consiguiente inefectividad de las pruebas obtenidas con quebranto de un derecho fundamental, fortaleciendo el *munus et ius puniendi* del Estado Juez frente al ciudadano, en una reinterpretación del art. 11.1 LOPJ (LA LEY 1694/1985), recorte de los derechos de investigado-encausado-acusado que se suma a otros

vinculados a la presunción de inocencia y al derecho de defensa en el ámbito de un proceso con todas las garantías legales, fortalecimiento del Estado Juez que además apenas está sometido a una responsabilidad patrimonial reparadora de sus excesos, tanto en su funcionamiento normal (prácticamente eliminado como fuente de tal responsabilidad al configurar el error como una modalidad de la anormalidad, en contra de la previsión del art. 121 CE (LA LEY 2500/1978)) como en el anormal, situación más propia de una Administración de Justicia de tiempos de la monarquía absoluta o de un Estado totalitario que de un Estado de Derecho social y democrático del siglo XXI.

V. CONCLUSIONES

1. *De lege ferenda*

Es obvio que estos vaivenes jurisprudenciales sólo son posibles en el marco de una legislación imperfecta, con abundantes conceptos jurídicos indeterminados, por lo que la solución definitiva vendría de una nueva y más completa redacción del art. 11.1 LOPJ (LA LEY 1694/1985) que, indicará las excepciones a la regla general de la ineficacia de la prueba derivada —indirectamente vinculada— de otra ilícitamente obtenida. Y, descendiendo al detalle de cuales debieran ser esas excepciones, parece que lo más acorde con el respeto a los derechos fundamentales es reducir tales supuestos a los «hallazgos ocasionales» y a los «inevitables», y si se quisiera aplicar la excepción genérica de la «desconexión de antijuricidad», que no deja de ser otro concepto indeterminado fuente de inseguridad jurídica, habría que definir su contenido en términos más exactos enumerando los supuestos en régimen de *numerus clausus*, si se considerara necesaria añadir alguno más de los dos mencionados, pues resultan supuestos más dudosos los denominados «el vínculo atenuado entre la prueba ilícita y la refleja», «la ponderación de intereses» y «la autoincriminación del imputado en el plenario», pero de ser aceptados por el legislador debería incluirlos en la mencionada descripción cerrada. También, deberían incluirse en dicha lista de exclusión, sin duda alguna, algunos de los supuestos que enumera A. DEL MORAL: la prueba ilícitamente obtenida sirve para «evitar un delio o finalizar una situación delictiva» —p.e. un secuestro—, para «probar la inocencia de un imputado» o, en fin, cuando la ilegalidad de la actuación tiene deviene de una «infracción accesorio de la ley procesal» que no afecta al núcleo de la protección del derecho fundamental.

Que una buena ley evita la incertidumbre de posibles interpretaciones puede verificarse acudiendo, por ejemplo, a la regulación del momento en el que se suspende o interrumpe el plazo de prescripción de los delitos en el Código penal alemán —StGB—, parágrafos 78 b y c CPA StGB, que en régimen de *numerus clausus* enumera los supuestos concretos. Si en el CP español se hubiera procedido de esa manera, en vez de limitarse a la genérica referencia a cuando «se dirija el procedimiento contra el

culpable», se hubiera evitado el espectáculo de la guerra entre el TC y la Sala 2.^a del TS sobre la interpretación de dicho término complejo.

De paso, en la nueva ley procesal penal (LA LEY 1/1882) deberían determinarse también, como ha reclamado muy recientemente A. DEL MORAL, el momento procesal en el que se pudiera alegar la ilicitud de la prueba, sin esperar a la fase final del procedimiento que en la práctica se dilata hasta ser resuelto en sentencia.

2. *De lege data*

Pero mientras llega el momento deseado de que «el legislador se eche en brazos de la lógica», parece que ahora queda en manos del TC fijar la interpretación más compatible con la CE del actual art. 11.1 inciso segundo LOPJ (LA LEY 1694/1985), que a juicio de este comentarías sólo podría ser la concreción por parte de dicho TC de su concepto indeterminado «desconexión de antijuricidad».

VI. BIBLIOGRAFÍA MÍNIMA

— Como recuerda DEL MORAL GARCÍA, A., en «La conexión de antijuricidad como presupuesto de la nulidad de la prueba refleja y supuestos de ruptura» (Pág. Web del CEJ, ponencia presentada al Curso «Intervenciones telefónicas y telemáticas», celebrado en abril de 2016), tema que ya había tratado en anteriores ocasiones, la bibliografía sobre esta materia es ingente, y él reproduce la más relevante en dicho trabajo en la nota a pie de página 1. Y sobre el momento procesal oportuno para resolver el posible incidente de nulidad de la prueba ilícita, puede verse del mismo autor «¿Cuándo debe declarar la inutilizabilidad de un medio de prueba de vulneración de derechos fundamentales? —Reflexiones al hilo de la STS 106/2017—», en *EL DERECHO.COM*, 18.4.2017.

— Como resumen de la doctrina jurisprudencial actual, inmediatamente anterior a la sentencia comentada, puede verse RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, G., «Derechos y libertades fundamentales del proceso penal», en *Litigación penal*, Bosch-Wolters Kluwer, Barcelona 2017, págs. 774-776.