

RECURSO CASACION núm.: 1281/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la
Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal

Sentencia núm. 116/2017

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Joaquín Giménez García

En Madrid, a 23 de febrero de 2017.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley, quebrantamiento de forma y precepto constitucional, interpuesto por la representación procesal de D. Sixto Delgado Coba, contra la sentencia núm. 280/2016 dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Vigésimotercera) de fecha 29 de abril de 2016 en causa seguida contra D. Sixto Delgado Coba por un delito contra la Hacienda Pública. Los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los citados. Ha intervenido el Ministerio Fiscal, el recurrente representado por el procurador D. Ignacio Requejo García de Mateo bajo la dirección técnica de letrado D. José Antonio Choclán Montalvo; como parte recurrida el Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 4 de Alcobendas incoó diligencias previas procedimiento abreviado núm. 2776/2011, contra D. Sixto Delgado Coba y, una vez conclusas, las remitió a la Audiencia Provincial de Madrid (Sección nº 23) procedimiento abreviado 1498/2015 que, con fecha 29 de abril de 2016, dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados**:

<<PRIMERO.- Mediante oficio de 12 de febrero de 2010, el entonces Director del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria de la Agenda Española de Administración Tributaria, Carlos Javier Cervantes Sánchez-Rodrigo, se dirigió al Subdirector de Control fiscal, de la Dirección General de Fianzas públicas de la República Francesa, al amparo del Convenio suscrito entre el Reino de 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, firmado en Madrid el 10 de octubre de 1995. Se solicitaba en dicho oficio que se facilitasen a España 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.

Como respuesta a esta petición, la autoridad requerida, mediante oficio de 14 de mayo de 2010 puso a disposición de la Agencia Tributaria española la información de la que disponía, y la hizo llegar a nuestras autoridades fiscales grabada en un CD-Rom que se entregó personalmente al autor de la solicitud en la sede del Departamento que dirigía. La entrega fue realizada el día 24 de mayo en persona por el Agregado Fiscal de la Embajada de la República Francesa en España.

SEGUNDO.- En el mencionado soporte informático se contenían una gran cantidad de archivos, que se correspondían con personas y entidades que disponían de fondos, activos y valores, en la entidad bancaria HSBC Private Bank, en Ginebra.

Figuran estructurados en tres listados nominativos.

A) El primero contiene personas físicas con los siguientes campos de datos específicos: nombre, fecha de nacimiento; nacionalidad.

B) El segundo corresponde a personas jurídicas, la mayoría de ellas constituidas en países que responden a las características de "paraíso fiscal", y contiene como datos: nombre; tipo de sociedad; nacionalidad.

C) El tercero integra ambos tipos de personas, y contiene como datos: nombre; dirección; país; patrimonio constatado en diciembre de 2005; patrimonio constatado en diciembre de 2006; patrimonio constatado durante el período.

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. Los patrimonios consignados en estas fichas están vinculados a lo que se denomina "perfiles", o agrupaciones de personas y entidades asociadas.

Entre estas personas se encontraba el acusado, Sixto Delgado Coba, nacido en España, mayor de edad, sin antecedentes penales computables, con domicilio fiscal en Alcobendas (Madrid) y Santa Brígida (Las Palmas) y cuyas circunstancias personales constan en las actuaciones. Hasta el año 2000 había ejercido su profesión de ingeniero industrial, pasando a la situación de jubilación con posterioridad.

TERCERO.- Las autoridades fiscales de la Agencia Española de Administración Tributaria (AEAT), ante la proximidad de la fecha límite de presentación de las correspondientes declaraciones del impuesto sobre la renta, iniciaron el estudio, análisis y contraste de la información de los contribuyentes españoles que se hallaban en la relación recibida sobre los datos que obraban en poder de la AEAT inherentes a su actividad y competencias.

Como resultado de este estudio y contraste de datos se decidió, a través de un procedimiento de gestión, requerir a 558 obligados tributarios que figuraban en los listados ya mencionados 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.

CUARTO.- El acusado en esta causa había presentado la Declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente al año 2005 conjuntamente con su esposa -contra quien no se dirige el procedimiento- declarando unos ingresos de 15.054,89 euros, resultando una cantidad a ingresar a la Hacienda Pública, de 722,28 euros. En la Declaración del IRPF correspondiente al año 2006, en la modalidad de tributación individual, declaró unos ingresos de 41.297,54 euros, resultando una cantidad a ingresar por IRPF de 3.460,20 euros. Abonó ambos importes a plazos.

Asimismo figuraba como titular o autorizado en España en varias cuentas corrientes, en exclusiva o junto con su madre, esposa o su hija. En el Banco de Santander, en la Caja de Ingenieros, en Caja España Inversiones, en el BBVA y en Caja Madrid. Las de las dos últimas entidades mencionadas no tuvieron movimientos en los años 2005 y 2006. Las restantes no tuvieron ingresos regulares. Destacan los ingresos en efectivo realizados por el acusado en la Cuenta del Banco de Santander 0049-5133-91-2310018491 en el año 2005 por importe de 50.000 euros, y de 72.300 euros en el año 2006.

Sixto Delgado no utilizaba tarjetas de crédito.

QUINTO.- 1.- En la ficha BUP que contenía los datos identificativos del acusado en el HSBC, que correspondía al código 5090155939 se detallaban:

Apellidos: DELGADO DE LA COBA

Nombre: SIXTO
Nacionalidad: España
Fecha de nacimiento: 04/03/1944
Lugar de nacimiento: Las Palmas de Gran Canaria
Sexo: V
Estado civil: -
Profesión: Ingeniero Industrial
Teléfono móvil: 0034-647-944272
Fax: 0034-09-6507221
Teléfono profesional: 0034-91-6503979
Naturaleza documento: Pasaporte
Número: 0765170
Lugar residencia: Madrid
País: España
Domicilios: Senador Castillo Olivares 57, 4º D
35003 Las Palmas de Gran Canaria (España)

(Domicilio registrado): Dalia 54 -El Soto 28109 Alcobendas (Madrid-España)

2.- Como Perfiles de Clientes asociados a la persona Sixto Delgado de la Coba figuraban:

2.1.- La sociedad "POLARIS STAR LIMITED" (5091436848), correspondiendo a Sixto Delgado Coba el poder de Administrador. La entidad no ha podido ser identificada como real por la AEAT.

2.2.- Sixto Delgado de la Coba (5091357344)

2.3.- Rosario de la Coba Sánchez, Sixto Delgado o Francisco de la Coba (5094490846)

2.4.- Sixto Delgado de la Coba, MC Delgado de la Coba (5094490762)

2.5.- La sociedad Alkalima S.A. (5094018464). Pese a que se indica con domiciliación en España, la AEAT no ha localizado ninguna entidad mercantil con esta denominación.

3.- Figuran también como otras personas ligadas a los perfiles de cliente la sociedad FIRST CORPORATE DIRECTOR INC (Código BUP 5090248786) como apoderado de "Polaris Star Limited", con domicilio en PO BOX 613 8039 Zurich (Suiza).

SEXTO.- De la documentación analizada resultaba que el acusado era titular, ya individualmente o con las otras personas y entidades asociadas y vinculadas a su perfil, y con la intención de mantener sus fondos ocultos al fisco, de las siguientes cuentas en el HSBC Private Bank Suisse:

CH59 0868 9050 9109 9988 0;
CH74 0868 9050 9109 9980 4;
CH97 0868 9050 9196 4531 3;
CH80 0868 9050 9116 5260 3;
CH58 0868 9050 91165261 1;
CH43 0868 9050 9116 5259 0.

En ellas se alojaban diversos activos: bonos, obligaciones convertibles, depósitos fiduciarios, fondos en acciones, activos líquidos, fondos de inversiones, acciones preferentes, valores, y productos estructurados.

El importe económico al que ascendían estos activos alcanzaba las siguientes cantidades:

Saldo a 31/12/2005: 5.802.137,96 Dólares USA (4.918.316,49 euros)

Saldo a 31/12/2006: 6.950.482,05 Dólares USA (5.277.511,05 euros)

Sixto Delgado no declaró jamás a la Hacienda ni a las autoridades fiscales españolas ni la relación ni la posesión de estas cuentas, ni sus fondos o activos, ni pagó impuesto alguno por ellos. Tampoco tributó por ellos en Suiza.

SÉPTIMO.- El acusado fue objeto de actuación inspectora por parte de la AEAT con relación a los datos que sobre él constaban, correspondientes a los ejercicios 2005 y 2006, y citado de comparecencia hasta en once ocasiones, sin asistir personalmente a ninguna, sino por medio de representante.

En la comparecencia de 16 de septiembre de 2011 se le solicitó a su representante la documentación contractual, extractos desde el año 2004 y documentos acreditativos del origen y destino de los movimientos de las cuentas del HSBC Private Bank Suisse reseñadas. Al igual con relación a las siguientes comparecencias -siempre realizadas a través de representante- no facilitó información alguna relacionada con el objeto de la inspección.

OCTAVO.- Instruido el oportuno expediente por Impuesto sobre la Renta de las personas físicas, la AEAT declara como ganancias patrimoniales no justificadas las cantidades a las que ascendían los saldos expresados anteriormente.

La cuota tributaria que tendría que haber pagado en España y dejó de abonar importa 2.265.493,02 euros correspondientes al ejercicio 2005; y 576.811,06 euros correspondientes al ejercicio 2006>> (sic).

SEGUNDO.- La Sección núm. 23 de la Audiencia Provincial de Madrid dictó el siguiente **pronunciamiento**:

<<FALLAMOS: Primero.- Que debemos condenar y condenamos al acusado Sixto Delgado de la Coba, como autor de dos delitos contra la Hacienda pública, ya definidos, previstos en el artículo 305 del Código Penal vigente en la fecha de los hechos, a la pena de tres años de prisión por cada uno de ellos.

Segundo.- Además de lo anterior se impone al acusado la pena de multa del cuádruplo de la cantidad defraudada, esto es, de 11.369.216,32 euros.

Tercero.- Asimismo, la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de cinco años.

Cuarto.- Por aplicación de lo dispuesto en el artículo 56.2 del Código penal, procede imponer al acusado la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Quinto.- En concepto de responsabilidad civil, el acusado deberá indemnizar a la Hacienda Pública española, en la suma de 2.842.304,08 euros, a la que asciende la suma de las cuotas defraudadas, cantidad que devengará el interés establecido en el artículo 58 de la Ley General Tributaria desde la fecha en la que debió efectuarse el ingreso y hasta su completo pago.

Todo ello con la expresa imposición al condenado de las costas causadas en el presente proceso.

Notifíquese la sentencia las partes, haciéndoles saber que cabe interponer contra la misma Recurso de Casación, ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en el plazo de cinco días en los términos previstos en el artículo 856 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal>> (sic).

SEGUNDO I.- La Audiencia de instancia dictó auto de aclaración de fecha 30 de mayo de 2016 con la **parte dispositiva** siguiente:

<<LA SALA ACUERDA: Aclarar y subsanar los errores padecidos en el Fallo de la Sentencia 280/2016 de 29 de abril de 2016, dictada en el Procedimiento Abreviado 1498/2015, por el que se condena a Sixto Delgado de la Coba como autor de dos delitos contra la Hacienda Pública en el siguiente sentido:

1.- El apartado Segundo queda redactado de la siguiente forma: "Además de lo anterior se impone al acusado la pena de multa de 9.061.972,08 euros por el delito contra la Hacienda Pública respecto del IRPF del ejercicio 2005, y otra pena de multa de 2.307.244,24 por el delito contra la Hacienda Pública respecto del IRPF del ejercicio 2006. El acusado queda sujeto, para caso de impago de estas multas, a una responsabilidad personal subsidiaria, privativa de libertad, de dos meses por el primer delito y cuarenta y cinco días por el segundo".

2.- El apartado Tercero se adiciona con la expresión: "por cada delito".

Notifíquese a las partes haciéndoles saber que contra el presente Auto no cabe interponer recurso alguno, sin perjuicio del que corresponda contra la Sentencia que se aclara>> (sic).

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el recurrente, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- La representación legal del recurrente D. Sixto Delgado Coba, basa su recurso en los siguientes **motivos** de **casación**:

Motivo primero y segundo.- Al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, por vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías (art. 24 de la CE).

Motivo tercero.- Al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 850.1 de la LECrim, por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva y a la utilización de los medios de prueba necesarios para la defensa.

Motivo cuarto.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim, por aplicación indebida del art. 305 del CP.

QUINTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 27 de septiembre de 2016, evacuado el trámite que se le confirió, y por razones que adujo, interesó la inadmisión de los motivos del recurso que, subsidiariamente, impugnó.

SEXTO.- Por providencia de fecha 10 de enero de 2017 se declaró el recurso admitido, quedando **conclusos los autos para señalamiento del fallo** cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación de la misma el día 25 de enero de 2017. La Sala dictó auto de prórroga para dictar sentencia el 8 de febrero de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia núm. 280/2016, fechada el día 29 de abril de 2016, dictada por la Sección 23 de la Audiencia Provincial de Madrid, condenó al acusado Sixto Delgado de la Coba como autor de dos delitos contra la hacienda pública, previstos en el art. 305 del CP vigente en la fecha de los hechos, a la pena de 3 años de prisión por cada uno de ellos. Además se

impusieron al acusado una pena de multa de 9.061.972,08 euros por el delito contra la hacienda pública respecto del IRPF del ejercicio 2005 y otra pena de multa de 2.307.244,24 por el delito contra la hacienda pública respecto del IRPF del ejercicio 2006. Fue asimismo condenado a la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de 5 años por cada delito, con la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Frente a esta resolución se interpone recurso de casación por la representación legal del acusado. Se formalizan cuatro motivos que van a ser objeto de tratamiento sistemático individualizado.

SEGUNDO.- El primero de los motivos se formaliza al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, por vulneración de derechos fundamentales, infracción de los derechos a la tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías con interdicción de la arbitrariedad (art. 24.2 CE). La sentencia recurrida –se razona- declara probados determinados datos fácticos que utiliza para integrar la calificación de los hechos como delictivos, habiendo valorado como prueba de cargo una prueba ilícitamente obtenida. Esa valoración de prueba ilícita es contraria al contenido material del derecho a la presunción de inocencia, según proclama reiterada jurisprudencia de la Sala Segunda.

Rechaza también la defensa la invocación que hace la sentencia recurrida del *principio de no indagación*, pues en toda clase de procesos las pruebas de origen ilícito han de ser descartadas, de modo que no pueden las autoridades fiscales españolas, ni la Abogacía del Estado, ni el Ministerio Fiscal ni, por supuesto, el Tribunal de enjuiciamiento, receptar documentación e información obtenida ilícitamente, aunque el lugar de origen de la prueba ilícita sea un Estado extranjero.

Insiste la defensa –con un razonamiento expuesto en términos expresivos de una depurada técnica casacional- que la información sustraída por Falciani fue intervenida por las autoridades francesas con ocasión de un

registro judicial practicado en el domicilio de aquél con fecha 24 de mayo de 2010. Esa documentación fue después remitida a la AEAT, como autoridad fiscal española, mediante un DVD que fue creado a partir de los archivos informáticos aprehendidos en poder de Falciani, en los que se contenían las fichas de aquellos clientes que tenían un domicilio fiscal en España. Sin embargo, “...no se facilitó una copia íntegra de los archivos informáticos originales que se hallaron en los ordenadores del Sr. Falciani, que a su vez no eran los originales del Banco (...) sino que la información contenida en los equipos informáticos fue extractada y tratada informáticamente por las autoridades fiscales francesas antes de ser remitida a las españolas”. De ahí que –se concluye- la denominada ficha BUP no constituía documentación oficial del HSBC. Era el resultado de una manipulación informática de las autoridades francesas que, tal y como declaró el Tribunal Penal Federal de Suiza, presentaba distintos indicios que permitían acreditar que las copias remitidas por las autoridades francesas no se correspondían con las originales encontradas el 20 de enero de 2009 en el domicilio del Sr. Falciani en Francia.

Ninguno de los mecanismos de validación de la prueba que ha sido ponderado por el Tribunal de instancia tiene cabida en nuestro sistema constitucional. Ni la doctrina de la ponderación de intereses, ni el principio de no injerencia, pueden sanar de raíz la ilegal intromisión en los derechos fundamentales sufrida por quien ha sido sometido a un proceso penal en virtud de documentos sustraídos. Tampoco el principio de la doble incriminación - determinante del alcance de la resolución dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Nacional con fecha 8 de mayo de 2013, en el procedimiento de extradición seguido en España contra Falciani- debería haber sido invocado para transformar la nulidad de una prueba en documentación válida a efectos probatorios. La doble incriminación –se arguye- no es presupuesto de aplicación del art. 11 de la LOPJ.

La información económica –aduce la defensa- forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad. Además de los datos personales que se contendrían en las denominadas fichas BUP, la identidad de los titulares de cuentas corrientes bancarias y sus posiciones económicas son datos reservados, no son accesibles a terceros, al público en

general, no es una información pública. Y por ello son objeto de protección jurídica frente a posibles injerencias o intromisiones ilegítimas. No, por supuesto, frente a intromisiones acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la Ley. Es evidente que el secreto bancario es también oponible a particulares y éstos no tienen acceso público a la información sobre titularidad de cuentas bancarias, saldos y otros datos bancarios. Por ello, el acceso indebido, fuera de los supuestos y con las cautelas especiales impuestas por la ley, es siempre un acceso ilegítimo.

Para la defensa, "...que el Sr. Falciani ha realizado una intromisión ilegítima no puede dudarse. No tenía autorización, ni siquiera por su profesión, para acceder y proceder a la recopilación y ulterior difusión de datos relativos a la intimidad económica de los clientes; se prevaleció de sus conocimientos informáticos para burlar las barreras de protección de intimidad de los clientes. Esta intimidad existe, aunque su titular pueda ampararse en el secreto bancario para buscar opacidad. La inexistencia de resolución judicial previa que pondere el conflicto, ni siquiera la existencia de un decisión de autoridad o poder público autorizado por la Ley, determina que el acceso realizado por el Sr. Falciani es un acceso ilegítimo y no autorizado a los datos de clientes de la entidad bancaria, siendo ilícita su recopilación y ulterior tratamiento con fines de difusión, lo que basta para considerar obtenida la prueba ilícitamente, con independencia de que la obtención constituya o no una acción criminal tipificada en España".

La impugnación se enriquece con la cita de la sentencia del Tribunal de Casación francés de 31 de enero de 2012, que ratificó la resolución dictada por la Corte de Apelación de París con fecha 8 de febrero de 2011 y que declaró, en un supuesto originado también por los datos sustraídos por Falciani, la ilegitimidad de la prueba contenida en documentos que habían sido objeto de un robo. Se reconoce, sin embargo, la más reciente sentencia de la Corte de Casación francesa de 27 de noviembre de 2013, que admitió el debate contradictorio sobre esos datos y a la que la defensa atribuye la aplicación de una controvertida norma procesal –Ley 257,5 de noviembre de 2013- que ha suscitado dudas de constitucionalidad.

En fin, no puede oponerse el principio de no indagación cuando, precisamente el Estado donde se ha obtenido la prueba la considera ilegítima y producto de la comisión de un delito.

El motivo no puede ser estimado.

TERCERO.- Las alegaciones que dan vida al primero de los motivos ponen de manifiesto la objetiva complejidad del problema suscitado. Una complejidad que se deriva del significado mismo de la prueba ilícita y de los radicales efectos que su declaración lleva asociada. La determinación del alcance del art. 11 de la LOPJ ha sido objeto de numerosas aportaciones dogmáticas y de una jurisprudencia constitucional que ha evolucionado sensiblemente desde los primeros precedentes sobre la materia (cfr. SSTC 9/1984, 30 de enero, 114/1984, 29 de noviembre y 60/1988, 8 de abril), hasta la formulación del principio de la conexión de antijuridicidad (STC 81/1998, 2 de abril; 121/1998, 15 de junio y 49/1999, 5 de abril).

Que la prueba obtenida con vulneración de un derecho fundamental ha de ser excluida de la apreciación probatoria forma parte de las garantías del sistema constitucional. Más allá de su proclamación expresa en un enunciado normativo, su vigencia es nota definitoria del derecho a un proceso con todas las garantías. La exclusión de prueba ilícita del material valorable por el órgano decisorio forma parte del patrimonio jurídico de los sistemas democráticos. Y es que como proclamara esta Sala mediante un brocardo de obligada cita cuando se aborda esta materia, *la verdad real no puede obtenerse a cualquier precio* (cfr. ATS 18 de junio de 1992 -rec. 610/1990-). La necesidad de hacer eficaz esa regla de exclusión viene impuesta incluso por una exigencia ética ligada a la fuente legitimante de la función jurisdiccional. La incorporación de un acto lesivo de los derechos fundamentales al conjunto probatorio que ha de ser apreciado por el órgano sentenciador acarrea el riesgo de lo que la STS 195/2014, 3 de marzo, ha denominado una *metástasis procesal*. De ahí la importancia de que con anterioridad al proceso valorativo se proceda a un verdadero saneamiento del proceso, excluyendo aquellos elementos de prueba con virtualidad contaminante.

La defensa centra sus esfuerzos argumentales en demostrar que la presente causa tiene su origen en un acto ilícito, a saber, el apoderamiento de unos archivos en los que se contiene una ingente información bancaria sobre titulares de fondos gestionados por la entidad suiza HSBC. Su insistencia en derivar de ese hecho inicial una eficacia contaminante que invalidaría la principal prueba ponderada por la Sección 23 de la Audiencia Provincial de Madrid, es perfectamente explicable. La consideración del acto de apoderamiento de los ficheros informáticos de los que dispuso Falciani como un acto ejecutado con vulneración del derecho a la intimidad de esos titulares lleva al recurrente a reivindicar un radical efecto contaminante sobre el resto de las pruebas valoradas por el Tribunal *a quo*.

Sin embargo, la Sala no obtiene la misma conclusión que suscribe la defensa.

1.- 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.

Entre esas personas se hallaba el acusado, Sixto Delgado Coba, con domicilio fiscal en Alcobendas (Madrid) y Santa Brígida (Gran Canaria). Hasta el año 2000 había ejercido su profesión de ingeniero industrial, pasando con posterioridad a la situación de jubilación. El acusado había presentado la

declaración del impuesto sobre la renta de las personas físicas correspondiente al año 2005 conjuntamente con su esposa –contra la que no se dirige el procedimiento- declarando unos ingresos de 15.054,89 euros, con una cantidad a ingresar a la Hacienda Pública de 722,28 euros. En el año 2.006 declaró unos ingresos en tributación individual de 41.297,54 euros y abonó en concepto de IRPF la cantidad de 3.460,20 euros a plazos. Ambas cantidades fueron ingresadas en el Tesoro a plazos.

Sixto Delgado –que nunca utilizaba tarjetas de crédito- disponía de 6 cuentas en HSBC y como tal era titular de diversos activos: bonos, obligaciones convertibles, depósitos fiduciarios, fondos en acciones, activos líquidos, fondos de inversiones, acciones preferentes, valores y productos estructurados. El importe económico de tales activos se expresaba en las siguientes cantidades: a) saldo a 31 diciembre 2.005: 5.802.137,96 dólares USA (4.918.316,49 euros); b) saldo a 31 diciembre 2.006: 6.950.482,05 dólares USA (5.277.511,05 euros).

El acusado nunca declaró a la Hacienda española esas cantidades, ni la posesión de esas cuentas con sus respectivos fondos y activos. Nunca pagó impuestos por ellas. Tampoco tributó en Suiza.

En el curso de la investigación activada por la inspección tributaria española fue citado de comparecencia hasta en 11 ocasiones, sin asistir personalmente a ninguna. Siempre lo hizo por medio de su representante. En la comparecencia de 16 de septiembre de 2001 le fueron requeridos los documentos acreditativos del origen y destino de los movimientos de las cuentas de HSBC, la documentación contractual de esos depósitos y los extractos desde el año 2004. Sixto Delgado no facilitó en ningún caso información alguna relacionada con el objeto de la inspección.

Esta secuencia fáctica, sin embargo, no puede ser traducida jurídicamente prescindiendo de la referencia que proporciona el momento inmediatamente anterior a la entrega de esos archivos informáticos, de tan decisiva influencia en el plano probatorio. 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 Hervé 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.

2.- La jurisprudencia de 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.

2.a.- El Tribunal Supremo belga, por ejemplo, en la sentencia dictada con fecha 22 de mayo de 2015, *caso KB Lux*, ha relativizado el alcance de la nulidad probatoria de documentos sustraídos por un particular, exigiendo una ponderación de cada caso concreto. La solución ha de ser el resultado de balancear el derecho a un proceso justo y el *principio de buena gobernanza*, de suerte que sólo en aquellas ocasiones en las que el modo de obtención de la prueba se haya apartado de forma inaceptable de las reglas que definen la actuación de un gobierno respetuoso con la ley será obligada la exclusión de la prueba. Esta resolución de la Corte de Casación belga ha neutralizado la tesis defendida en la instancia que rechazó la ponderación de esos documentos, aunque no tanto por su ilicitud intrínseca –que también- cuanto por las dudas que ofrecía su autenticidad.

2.b.- El Tribunal Supremo francés se ha pronunciado, al menos en dos ocasiones, sobre la licitud como fuente probatoria de la *Lista Falciani*. Ambas resoluciones son anotadas en el motivo formalizado por la defensa. En la primera de ellas negó la licitud de esos documentos que habían sido ilegítimamente sustraídos. Se trata de la sentencia de 31 de enero de 2012, recurso núm. 11-13097, dictada por la Sala Mercantil de la Corte de Casación francesa. En ella se excluye de la valoración probatoria a efectos recaudatorios la información obtenida a raíz de un delito.

Sin embargo, de forma más reciente, la Sala de lo Penal de la misma Corte de Casación francesa ha dictado la sentencia 27 de noviembre de 2013, recurso núm. 13-85042, que en el ámbito que es propio de la jurisdicción penal ha declarado la utilizabilidad de esos documentos, en la medida en que su valoración en la instancia estuvo filtrada por el principio de contradicción en los debates del plenario y porque las autoridades francesas no intervinieron en los hechos ilícitos que hicieron luego posible su plena disposición por el tribunal de enjuiciamiento.

Para debilitar el valor interpretativo de esta última resolución y enfatizar el significado excluyente de la que fue dictada por la Sala Mercantil, la defensa se hace eco de la controversia surgida en la dogmática francesa como consecuencia de ese entendimiento jurisprudencial tan restringido del concepto de prueba ilícita. La realidad de ese debate es innegable. Podría incluso afirmarse que su intensidad se ha avivado con la promulgación de la Ley núm. 2013-1117, 6 de diciembre, relativa a la lucha contra el fraude fiscal y la gran delincuencia económica y financiera. Y es que ese texto legal, de forma inequívoca, rechaza que el origen remoto de una prueba puesta a disposición de las autoridades francesas pueda contaminar su validez probatoria.

2.c.- Tampoco Italia ha excluido la virtualidad probatoria de la *Lista Falciani*. La idea de que esa prueba no es sino la consecuencia de un mecanismo de cooperación judicial internacional y la falta de datos concretos acerca de los términos de la sustracción, han llevado a la Corte de Casación

italiana a atribuir plena virtualidad a los documentos ofrecidos por las autoridades francesas a raíz del registro practicado en el domicilio de Hervè Falciani (cfr. sentencias, ambas de la Sección Tercera, de 26 de septiembre de 2012 –núm. 38753- y 17 de abril de 2013 –núm. 29433-).

2.d.- El Tribunal Constitucional alemán tuvo ocasión de pronunciarse (sentencia 9 de noviembre de 2010) acerca del recurso formulado por dos ciudadanos que alegaban la ilicitud probatoria derivada de la compra por los servicios secretos alemanes de un CD con información confidencial sobre contribuyentes sometidos al fisco alemán, cuyo contenido fue posteriormente utilizado por la acusación pública para instar la condena de los defraudadores. La sentencia de que se trata excluyó la ilicitud probatoria y puso el acento en las pruebas válidamente generadas en el proceso a raíz de una documentación que sólo opera como un *prius* para la incoación del proceso penal propiamente dicho. La exclusión de la prueba ilícitamente obtenida sólo es imperativa –razona el Tribunal Constitucional alemán- en aquellos casos en que medie una seria, deliberada o arbitraria quiebra de las reglas de procedimiento, que haya llevado a un sistemático olvido de las garantías constitucionales. También es imperativo desechar la fuente probatoria contaminada cuando haya sido obtenida con violación de núcleo duro del derecho constitucional a la intimidad. Sin perjuicio de lo anterior, la resolución destaca la necesidad de no fijar reglas generales. Será cada caso concreto el que habrá de ser resuelto mediante un razonamiento específico.

Los recurrentes –K.S y M.S- demandaron a Alemania ante el TEDH. La sentencia 6 de octubre de 2016 rechazó la demanda y negó cualquier vulneración del Convenio. La orden de entrada y registro fue una injerencia acordada para la obtención de un fin constitucionalmente legítimo que, además, resultaba necesaria en una sociedad democrática. El Tribunal resolvió que el auto de entrada y registro por el que las autoridades germanas obtuvieron el material informático que permitió el acceso a los datos tributarios de los recurrentes era ajustado al principio de proporcionalidad. Su conexión con la tutela de intereses colectivos y el hecho de que la evasión fiscal suponga un grave delito para los intereses generales (“...*the offence in respect of wich the search warrant was issued was tax evasión, an offence wich affects*

State` resources and their capacity to act in te collective interest”) permiten superar el filtro de la proporcionalidad. La resolución que autorizó la entrada era ajustada a las normas del procedimiento penal alemán que regulan su práctica. Su adopción, en fin, no estuvo dirigida a la obtención de pruebas vinculadas a la vulneración de un derecho fundamental. Las autoridades germanas dieron al material informático el destino exigido por el proceso penal respecto de las piezas de convicción.

2.e.- Sin conexión con el tema que es objeto de debate, pero con una inspiración similar, el Tribunal Supremo americano ha admitido la validez de las pruebas ofrecidas por agentes policiales extranjeros que actuaban fuera del territorio estadounidense. Esa fue la respuesta del caso *US vs. Verdugo-Urquídez*, 494 US 259, 1990. La regla de exclusión –completada por el principio de buena fe- no operó frente a la actuación de la policía mexicana en territorio mexicano.

2.f.- En la jurisdicción española no faltan resoluciones que, con uno u otro enfoque y sin acceso al recurso de casación, han rechazado la alegación de ilicitud probatoria. El Abogado del Estado, en su elogiado escrito de impugnación, da cuenta de una prolija numeración de sentencias condenatorias que han admitido la licitud de la obtención de la prueba, dictadas tanto por órganos unipersonales como colegiados. Es el caso, por ejemplo, de las sentencias 28 de noviembre de 2014, Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, rollo de apelación 61/2014; 23 de junio de 2015, Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Madrid, rollo de apelación 1288/2014; y 852/2015, de 9 de diciembre, Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Madrid, rollo de apelación 1465/2015.

CUARTO.- La coincidencia interpretativa en la licitud probatoria de la denominada *Lista Falciani*, reconocida como tal por varios Tribunales Supremos europeos, el Tribunal Constitucional alemán y el propio TEDH, representa un dato que no puede ser obviado por esta Sala en el momento de ponderar las alegaciones del recurrente. Pese a todo, somos conscientes de que cuando se trata de fijar los límites de la licitud probatoria y de definir las reglas de exclusión, no puede operarse con soluciones miméticas, pese a que

el supuesto de hecho enjuiciado por otras jurisdicciones presente notas de extraordinaria similitud con el que es ahora objeto de nuestra atención. Los sistemas procesales europeos, por más que estén contruidos a partir de principios estructurales compartidos, no siempre convergen en la definición de lo que por ilicitud probatoria deba entenderse. De ahí la necesidad de atender a las singularidades de cada sistema. Se da la circunstancia de que, como hemos apuntado *supra*, 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.

Esta doctrina, con enunciado normativo propio en el art. 11 de la LOPJ (“...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.

De ahí la necesidad de 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*.

Es cierto que algunos precedentes de esta Sala sugieren su vigencia. Así en la STS 456/2013, 9 de junio, recordábamos que “...la pretensión de que los Tribunales españoles se conviertan en custodios de la legalidad de actuaciones efectuadas en otro país la Unión Europea deviene inaceptable. Existe al respecto ya una consolidada doctrina de esta Sala que en general, y más en concreto, en relación a los países que integran la Unión Europea, tiene declarado que no procede tal facultad de <supervisión>”. Y en la STS 1521/2002 de 25 de Septiembre, apuntábamos que “... en el marco de la Unión Europea, definido como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que la acción común entre los Estados miembros en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal es pieza esencial (...), no cabe

efectuar controles sobre el valor de los realizados ante las autoridades judiciales de los diversos países de la Unión, ni menos de su adecuación a la legislación española cuando aquellos se hayan efectuado en el marco de una Comisión Rogatoria y por tanto de acuerdo con el art. 3 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia Penal". En la misma línea, la STS 340/2000, 3 de Marzo, precisaba que "...la incorporación a causa penal tramitada en España de pruebas practicadas en el extranjero en el marco del Convenio Europeo de Asistencia Judicial (...) no implica que dichas pruebas deban ser sometidas al tamiz de su conformidad con las normas españolas"; mientras que la STS 947/2001, 18 de Mayo, concluía que "...no le corresponde a la autoridad judicial española verificar la cadena de legalidad por los funcionarios de los países indicados, y en concreto el cumplimiento por las autoridades holandesas de la legalidad de aquel país ni menos sometidos al contraste de la legislación española...". Esa no indagación por las autoridades jurisdiccionales españolas del grado de cumplimiento en otro Estado de las garantías propias de nuestro sistema, está también presente en la STS 556/2006, 31 de mayo. En el apartado 2º de su FJ 7º puede leerse lo siguiente: "...la posible existencia de irregularidades en la detención y ejecución de la misma en el extranjero no tendría consecuencias respecto de la validez de las actuaciones policiales y procesales desarrolladas en España, pues el control de legalidad constitucional y ordinaria que efectúa este Tribunal ha de referirse a la actuación de las autoridades españolas dentro del marco del proceso penal, en sentido amplio, seguido en nuestro país. Y ello no supone la aplicación del principio "male captus bene detentus", según el cual, cuando la detención está acordada en legal forma, las irregularidades en la ejecución de la misma no constituyen una excepción procesal que pueda afectar a la validez del proceso en su conjunto. Pues, aunque de alguna forma se alegue, no se ha acreditado ninguna infracción cometida en el apresamiento del recurrente. Y por otra parte, como se ha dicho, esta regla no exige una excepción cuando la infracción no ha sido cometida por las autoridades españolas".

Sin embargo, 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. Es lógico que la validez en el proceso penal español de actos procesales practicados en el extranjero no se condicione al grado de similitud entre las reglas formales que, en uno y otro Estado, singularizan la práctica de esa prueba. Al juez español no le incumbe verificar un previo proceso de validación de la prueba practicada conforme a normas procesales extranjeras. 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.

Esta idea tampoco es ajena a la jurisprudencia de esta Sala. De hecho, en la STS 829/2006, 20 de julio, en una causa incoada por delito de terrorismo, negábamos validez a la valoración de una “*entrevista policial*” de dos agentes españoles a un preso interno en la base militar de Guantánamo, cuyo testimonio fue recuperado como indicio probatorio de refuerzo de la declaración prestada por el acusado. Decíamos entonces que “...*la detención de cientos de personas, entre ellas el recurrente, sin cargos, sin garantías y por tanto sin control y sin límites, en la base de Guantánamo, custodiados por el ejército de los Estados Unidos, constituye una situación de imposible explicación y menos justificación desde la realidad jurídica y política en la que se encuentra enclavada. Bien pudiera decirse que Guantánamo es un verdadero «limbo» en la Comunidad Jurídica*”. La cita de este fragmento sugiere una doble reflexión. De una parte, se opone de manera frontal a la proclamación del *principio de no indagación* como una regla de valor

apodíctico en nuestra jurisprudencia. La Sala *indagó* y lo hizo para concluir la falta de virtualidad probatoria de un testimonio de referencia, por más que procedía 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.

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.

QUINTO.- Tampoco el *principio de doble incriminación* resuelve de forma definitiva la controversia acerca de la licitud probatoria de la información contenida en los archivos de la *Lista Falciani*. El hecho de que el auto núm. 19/2013, 8 de mayo, dictado por la Sección Segunda de la Audiencia Nacional en el procedimiento de extradición núm. 26/2012, denegara la entrega de Hervé Falciani a las autoridades suizas, al estimar que en España no es delito la vulneración del secreto bancario, no autoriza una *santificación* de la prueba cuya licitud viene siendo cuestionada. 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 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. En consecuencia, la conclusión acerca de la validez de la información proporcionada por la *Lista Falciani* –aun reconociendo la solidez de los argumentos ofrecidos por la Abogacía del Estado en su escrito de impugnación- no tiene por qué apoyarse en la línea de razonamiento que proporciona la resolución de la Audiencia Nacional que denegó la extradición al entender que los hechos imputados a Hervé Falciani no eran subsumibles en un precepto del Código Penal vigente.

SEXTO.- La Sala estima que más allá de algunas precisiones que se limitan a matizar el rico y exhaustivo cuadro argumental expuesto por la Sección 23 de la Audiencia de Madrid, la validez de la prueba proporcionada por las autoridades francesas al fisco español puede sostenerse a partir del concepto mismo de prueba ilícita proclamado por nuestro sistema.

El poder del Estado para la persecución y enjuiciamiento de hechos ilícitos no puede valerse de atajos. El ejercicio de la función jurisdiccional sólo se ajusta al modelo constitucional cuando se asienta sobre los principios que definen el derecho a un proceso con todas las garantías. Estos principios, a los que no falta una verdadera dimensión ética, actúan como una fuente de limitación de la actividad estatal. La vulneración de derechos del acusado, ya sea mediante un acto de carácter delictivo, ya mediante la vulneración de sus derechos y libertades fundamentales, abre una grieta en la estructura misma del proceso penal. Sus efectos contaminantes alcanzan a otros actos procesales conectados a la antijuridicidad originaria y que pueden resultar afectados en su aparente validez.

En definitiva, está fuera de discusión la necesidad de excluir el valor probatorio de aquellas diligencias que vulneren el mandato prohibitivo del art. 11 de la LOPJ. Pero más allá del fecundo debate dogmático acerca de lo que se ha llamado la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, 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 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). Y 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 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. Piénsese, por ejemplo, en 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.

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; 569/2013, 26 de junio; 1066/2009, 4 de noviembre, 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, 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, en la que unas grabaciones subrepticias fueron determinantes de la acusación por cohecho formulada contra uno de los interlocutores.

SÉPTIMO.- 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.

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. 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.

OCTAVO.- 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 Herve Daniel Marcel 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 3º 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 Georgina Mikhael y Ruben Al-Chidiack, 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, Georgina Mikhael y el llamado Ruben Al-Chidiack –cuyo verdadero nombre es Herve Falciani-, ambos empleados en el departamento IT del HSBC Private Bank (Suisse) S.A en Ginebra, fueron detenidos en interrogados”.*

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 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. 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 Herve 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.

Por cuanto antecede, el motivo ha de ser desestimado (art. 885.1 LECrim).

NOVENO.- El segundo motivo se hace valer al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim. En él se denuncia infracción de los derechos a la tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías, con interdicción de la arbitrariedad (art. 24 CE). La sentencia de instancia –aduce la defensa- declara como probados determinados hechos sin disponer de prueba de cargo suficiente para justificar su inclusión en el *factum*. De ahí que el relato histórico no pueda ser calificado como el desenlace de una valoración lógica, coherente y racional de las pruebas de descargo introducidas por la defensa. Se vulnera el derecho constitucional a la presunción de inocencia cuando se declara que el recurrente era titular de los elementos patrimoniales sin haber garantizado la cadena de custodia del archivo informático en el que se fundamenta exclusivamente la condena.

El recurrente estima que no existe garantía de autenticidad e integridad del archivo *Excel* que contiene la ficha BUP, que constituyó la genuina prueba de cargo. El archivo no es original y la copia ha sido manipulada. No se trata del documento originario obtenido de los archivos bancarios, sino de un fichero tratado informáticamente por las autoridades francesas, sin intervención judicial, con carácter previo a su remisión a la inspección fiscal española. Existen divergencias entre el contenido de los discos clonados de los ordenadores del Sr. Falciani y los DVD remitidos por las autoridades francesas. Incluso existe una discrepancia en las fechas de ambos documentos, en la medida en que el remitido a España es de fecha de creación posterior a la fecha de la diligencia de entrada y registro. A la manipulación inicial por las autoridades francesas se ha sumado la que luego realizaron los agentes fiscales españoles.

Al margen de las consideraciones relativas a su ilicitud y autenticidad, la defensa subraya el valor de la decisión del Tribunal Penal Federal suizo de 25 de noviembre de 2015, que estimó no aprovechables los datos transmitidos por las autoridades francesas por la duda de autenticidad que suscitaban. Destaca también que los datos contenidos en la ficha BUP resultan insuficientes para atribuir elementos patrimoniales y su cuantificación a Sixto Delgado o a las sociedades que él administraba. Esa ficha, en fin, no permite por sí sola la determinación de la base imponible. Este dato habría sido reconocido por el testigo Carlos Javier Cervantes Sánchez-Rodrigo, director del departamento de inspección financiera y tributaria de la AEAT, quien llegó a proclamar que no era suficiente para abrir un procedimiento de inspección. La Audiencia –lamenta el recurrente- no ha tenido en cuenta el testimonio prestado en la instrucción, cuando el testigo expuso con claridad las dudas sobre la autenticidad de los ficheros y la insuficiencia de elementos de juicio para hacer viable “...*un procedimiento de inspección con garantías de éxito*”.

No se dispone de la información suficiente que permita determinar si existieron rendimientos de capital mobiliario, ganancias o pérdidas de patrimonio, o si simplemente dicha revalorización procede de un aumento de valor de los activos que no salen del patrimonio del titular de la cuenta y que,

por tanto, no deben tributar en el IRPF. Existe, por tanto, una explicación alternativa, razonable y plausible respecto del origen de los fondos y su imputación a ejercicios prescritos.

El motivo no puede ser estimado.

1.- La doctrina de esta Sala acerca del alcance de la revisión casacional, cuando se invoca la vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia, es constante y reiterada. Hemos dicho en las SSTS 158/2010, 2 de febrero y 458/2009, 13 de abril, confirmando la doctrina anterior, que ni el objeto del control es directamente el resultado probatorio, ni se trata en casación de formar otra convicción valorativa sin disponer de la imprescindible inmediación que sólo tuvo el Tribunal de instancia. El objeto de control es la racionalidad misma de la valoración elaborada por éste a partir del resultado de las pruebas que presencié. No procede ahora por tanto que el recurrente sugiera o proponga otra valoración distinta que desde su punto de vista se acomode mejor a su personal interés, sino que habrá de argumentar que es irracional o carente de lógica el juicio valorativo expresado por el Tribunal de la instancia. Partiendo del presupuesto necesario de que han de existir medios de pruebas válidas y lícitas, de contenido incriminador, no bastará para tener por desvirtuada la presunción de inocencia con constatar que el Juzgado de la instancia alcanzó la experiencia subjetiva de una íntima convicción firme sobre lo sucedido, sino que debe revisarse en casación si esa convicción interna se justifica objetivamente desde la perspectiva de la coherencia lógica y de la razón.

A esta Sala por tanto no le corresponde formar su personal convicción con el examen de unas pruebas que no presencié, para a partir de ella confirmar la valoración del Tribunal de instancia en la medida en que una y otra sean coincidentes. Lo que ha de examinar es si la valoración del juzgador, es decir, la suya que es la única que existe porque esta Sala no la sustituye con ninguna otra propia, es homologable por su misma lógica y razonabilidad; o, como dice la STS 1272/2009, 16 de diciembre, si más allá del convencimiento subjetivo que el Juez al valorar los medios de prueba adquiere sobre la veracidad de la acusación, puede estimarse que los medios que

valoró autorizan a tener por objetivamente aceptable la veracidad de la acusación, y que no existen otras alternativas a la hipótesis que justificó la condena susceptibles de calificarse también como razonables. Para que una decisión de condena quede sin legitimidad bastará entonces con que la justificación de la duda se consiga evidenciando que existan buenas razones que obstan aquella certeza objetiva. En síntesis, es necesario que concurra prueba de cargo lícita y válida y es preciso también que el Tribunal de la instancia haya obtenido la certeza. Sin lo primero es ocioso el examen de lo demás porque falta el presupuesto mínimo para desvirtuar la presunción de inocencia. Y si falta lo segundo, porque el Tribunal expresa duda y falta de convicción, la absolución se impone por el principio "*in dubio pro reo*". Pero dándose ambas condiciones además es necesario un tercer elemento: que entre el presupuesto y la convicción exista objetivamente un enlace de racionalidad y lógica cuyo control corresponde al Tribunal de Casación, en un examen objetivo que nada tiene que ver con la formación de una convicción propia sustitutiva, que no es posible sin la intermediación de la prueba.

La defensa –que complementa su queja con la cita de otras violaciones constitucionales- ya ha desarrollado en el primero de los motivos las razones que avalarían su alegato sobre la ilicitud probatoria. A lo expuesto en los fundamentos jurídicos precedentes nos remitimos.

2.- En el presente motivo el disenso del recurrente se centra en la falta de autenticidad de los archivos digitales de los que fue extraída la información sobre la que se sustenta la condena de Sixto Delgado. La ruptura de la cadena de custodia de soportes en los que quedó grabada la información personal de Sixto Delgado debería llevar como consecuencia el rechazo de su integridad y, por tanto, su inocuidad probatoria.

La Sala no puede hacer suyo ese discurso.

No es discutible que la ruptura de la cadena de custodia puede tener una indudable influencia en la vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia. De ahí que coincidamos con el recurrente cuando enfatiza su importancia desde la perspectiva de las

garantías del proceso penal. Resulta imprescindible descartar la posibilidad de que la falta de control administrativo o jurisdiccional en las fuentes de prueba pueda generar un equívoco acerca de la autenticidad de los datos bancarios luego valorados. Lo contrario podría implicar una más que visible quiebra de los principios que definen el derecho a un proceso justo.

Pues bien, la defensa condiciona la admisión de la autenticidad de esos archivos a unos presupuestos que en nada condicionan nuestra valoración. De una parte, lamenta que el volcado de esos datos, con carácter previo a su remisión a las autoridades españolas, se produjera sin intervención judicial. Sin embargo, mal puede exigirse a las autoridades francesas lo que ni siquiera es exigible en el territorio jurisdiccional español. En efecto, conviene recordar que la jurisprudencia de esta Sala no ha considerado que la práctica de las operaciones técnicas de volcado exija como presupuesto de validez, no ya la presencia del Juez, sino la presencia misma del Secretario judicial (cfr. SSTs 324//2013, 17 de julio; 480/2009, 22 de mayo; 256/2008, 14 de mayo y 15 noviembre 1999 -recaída en el rec. núm. 3831/1998-).

Lo decisivo es que queden descartadas las dudas sobre la integridad de los datos y sobre la correlación entre la información aprehendida en el acto del registro e intervención de los ordenadores y la que se obtiene mediante el volcado. Y esas dudas han sido despejadas, de forma más que razonable, en la resolución dictada por la Audiencia Provincial. Resulta de especial utilidad la transcripción literal del fragmento en el que el FJ 4º de la sentencia recurrida aborda las quejas sobre la integridad de los soportes: *“...partimos para alcanzar esta conclusión de los siguientes hechos base: A.- Las autoridades francesas, concretamente de la Dirección General de Finanzas Públicas -en cumplimiento de lo establecido en el artículo 27 del Convenio suscrito entre el Reino de España y la República Francesa, de 10 de octubre de 1995, sobre doble imposición y prevención de la evasión y el fraude fiscal- remitieron a la Agencia Estatal Tributaria española la información de la que disponían sobre contribuyentes españoles que tenían fondos depositados en el HSBC Private Bank, en Ginebra. B.- Que esta información venía grabada en soporte informático (CD). C.- Fue entregada personalmente por el Agregado fiscal y -*

financiero de la Embajada de la República Francesa en España en una reunión mantenida en el Departamento de Inspección Financiera y Tributaria de la Agencia Estatal de Administración Tributaria española el día 24 de mayo de 2010, a presencia del entonces Director del Departamento, Carlos Javier Cervantes Sánchez-Rodrigo. Así lo declaró como testigo propuesto por la defensa en el acto del juicio oral, y lo había declarado ya ante el Juzgado de Instrucción según puede verificarse en el documento audiovisual incorporado al folio 411. Consta asimismo firmada la recepción del CD-Rom al folio 483 de las actuaciones. D.- Con carácter previo se había solicitado por la Agencia Estatal Tributaria Española a las autoridades fiscales francesas, mediante oficio de 12 de febrero de 2010, la información de que dispusieran sobre contribuyentes sujetos a la soberanía fiscal española que figuren en el listado del Banco Suizo HSBC (así consta al folio 479)".

La lectura de este razonamiento pone de manifiesto un discurso coherente, apoyado en reglas lógicas de valoración de la prueba y, en definitiva, ajeno a la arbitrariedad que sugiere el recurrente. En definitiva, la recepción de los archivos informáticos en los que se alojaba la información de interés financiero se produjo al amparo de la normativa internacional que legitima este tipo de intercambios, se materializó mediante entrega confiada a personal diplomático de la República Francesa destinado en España y, en palabras de los Jueces de instancia, "...no quebró (...) el procedimiento itinerante que jurídicamente se exige dentro del marco de la llamada cadena de custodia".

Las cautelas adoptadas por la AEAT también fueron objeto de prueba en el plenario. Según declaró el principal responsable de la recepción de esos documentos, la información fue almacenada en una serie de repositorios informáticos a los que no tiene acceso cualquier inspector ni funcionario y se verificaron las debidas precauciones en materia de seguridad: "...se ha dicho asimismo en juicio que una vez recibido el CD se entregó al Jefe de la Oficina Nacional de Investigación del Fraude (ONIF); que se hizo un volcado en los ordenadores de la Agencia Estatal Tributaria y que dicho soporte "no circuló" (testigo Sra. Martínez Viejo). Que la inspectora que analiza el caso de D. Salvador trabajó sobre una copia (declaración Sra. Vázquez Vicente). Y por

último, al folio 13 de las actuaciones, que antecede al soporte informático en CD/DVD se describe con absoluto detalle la verificación de la copia auténtica de los documentos electrónicos obrantes en el Sistema de Gestión de Expediente Electrónico de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, obtenidos del expediente del contribuyente D. Sixto Delgado Coba. Se reitera que la totalidad de los ficheros que contienen datos han sido validados mediante un sistema de firma digital con la huella SHA-1 que acredita su integridad” (FJ 9º).

Censurar la obtención de copias –hecho admitido por todos- y cuestionar por ello la autenticidad de la prueba es tan legítimo, desde la perspectiva de una estrategia de defensa, como rechazable a la luz del canon impuesto por esta Sala para asegurar la incolumidad de la cadena de custodia. Como explica la sentencia de instancia, “...*el conjunto de la información recibida directamente de las autoridades francesas abarcaba en torno a 2000 fichas, que se correspondían con unos 700 perfiles personales/tributarios. Resultaría -es obvio- imposible abordar por parte de los inspectores de Hacienda esta ingente información sin parcelarla en documentos individuales tan sólo a efectos instrumentales, lo que no puede entenderse en modo alguno como una quiebra de la cadena, cuando aparece identificado momento a momento que persona dispone y analiza la concreta información que afecta en nuestro caso al acusado. Precisamente en esta garantía reside la cadena: en la identificación continua, sin interrupciones o lagunas y además precisa, sobre el acceso y disponibilidad de los efectos o instrumentos del delito” (FJ 9º).*

La misma lógica está también presente en la explicación acerca de la diferencia de fechas, tan enfatizada por el recurrente, entre el día del registro en el domicilio de Hervé Falciani y la de creación de los documentos remitidos a España por las autoridades francesas. Carecería de sentido condicionar la licitud probatoria de esos archivos al hecho de que las autoridades francesas hubieran enviado los originales de los soportes informáticos en los que Falciani guardaba la información. Esos datos no alojaban con carácter exclusivo, desde luego, información referida a los contribuyentes españoles. La imposibilidad de entrega de soportes originales se justifica por sí sola. Lo decisivo es que las dudas que el recurrente proyecta sobre la integridad de esos datos no debiliten

el esfuerzo probatorio desplegado por el Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado. Y la acusación pública ha culminado con éxito el desafío probatorio que le incumbía para llevar a la convicción de los Jueces de instancia que no existió una manipulación interesada de los documentos y archivos que afectan a Sixto Delgado. A tal fin, aportó los soportes remitidos por las autoridades francesas, ofreció a la consideración de la Audiencia el testimonio de los funcionarios que participaron en su recepción, interrogó a éstos acerca de las garantías que presidieron el proceso de clonación y ulterior custodia de archivos y, en fin, reforzó la convicción de los Jueces *a quo* mediante una argumentación complementaria basada en la coincidencia entre los datos informáticos y los que correspondían en la realidad a los afectados.

3.- La defensa del recurrente pretende reforzar la viabilidad de su brillante discurso impugnatorio con la cita de la sentencia dictada por el Tribunal Penal Federal suizo de 25 de noviembre de 2015, que etiquetó como prueba ilícita la información contenida en los archivos aprehendidos por las autoridades francesas a Hervé Falciani.

Sin embargo, esta Sala no puede subordinar su soberana valoración de unos documentos obtenidos por la vía de la cooperación jurídica internacional, al criterio expresado por un tribunal suizo que, en el ejercicio de su exclusiva potestad jurisdiccional, ha decidido invalidarlos como prueba. Ese artificial e interesado *imperium* que la defensa adjudica a las autoridades judiciales helvéticas no puede generar ningún efecto vinculante respecto de los Jueces españoles. No ya por las notas que definen el significado constitucional del ejercicio de la función jurisdiccional –lo que sería por sí solo suficiente para rechazar la pretendida vinculación- sino por el dato añadido de que el proceso allí seguido no se identificaba –en su delimitación objetiva y subjetiva- con la causa que ahora está siendo objeto de enjuiciamiento.

La exclusión de todo efecto vinculante entre las resoluciones judiciales dictadas en diferentes órdenes jurisdiccionales españoles hace perfectamente entendible las razones del rechazo del argumento de la defensa, cuando pretende adjudicar ese efecto a tribunales extranjeros desconectados de nuestro espacio jurisdiccional.

4.- Se completa la impugnación, ahora en el plano de la insuficiencia probatoria, con la idea de que esa información no permitía ni siquiera justificar la incoación de un procedimiento de inspección. Aduce la defensa que el testimonio de Carlos Javier Cervantes, director del departamento de inspección financiera y tributaria de la AEAT, dejó bien claro que la información que había sido proporcionada por las autoridades francesas, no ya por las dudas que arrojaba su autenticidad, sino por su contenido, era manifiestamente insuficiente para la incoación de un procedimiento de inspección.

Las alegaciones que ofrece a nuestra consideración la defensa desbordan el marco procesal que es propio del recurso de casación, en la medida en que se pide de esta Sala que lleva a cabo una nueva valoración de las declaraciones del testigo, contrastando su contenido con las manifestaciones que hizo en la fase sumarial. De hecho, el desarrollo del motivo formalizado por el recurrente incluye una transcripción íntegra de esa declaración sumarial “...*asumida como prueba testifical en el juicio*”.

Sin embargo, como ya hemos expuesto *supra*, no nos incumbe una nueva valoración de la prueba testifical. La impugnación casacional nos autoriza tan solo a valorar, además de su suficiencia, completada con el resto del material probatorio ponderado por el Tribunal *a quo*, la racionalidad del proceso de valoración. Pues bien, en el apartado 3 del FJ 7º de la resolución recurrida, puede leerse que el testigo Carlos Javier Cervantes, en aquellas fechas responsable del departamento de inspección, “...*recibió el CD de manos del Agregado Fiscal de la Embajada de Francia en España. Entregó el CD al Jefe de la ONIF y hubo una reunión para decidir qué hacer. Barajaron todas las posibilidades y se consideró que lo mejor era ir al procedimiento de gestión. La información no era insuficiente para acudir al procedimiento de inspección; no había deficiencia ni debilidad en la información. Pero estaban a unos quince días de la fecha de prescripción del impuesto y se consideró mejor el primero de los cauces*”.

Los límites inherentes a la invocación casacional de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, nos llevan a rechazar la invitación de la defensa a que esta Sala resucite el testimonio prestado en la fase de investigación y a que proclamemos su prevalencia respecto del que fue ofrecido por Carlos Javier Cervantes en el plenario. La valoración de ese testimonio está fuera de nuestro espacio funcional. Y el razonamiento de los Jueces de instancia excluye cualquier atisbo de arbitrariedad o distanciamiento de las máximas de experiencia.

Por lo expuesto, excluimos la reivindicada insuficiencia probatoria de los ficheros informáticos ofrecidos a la inspección de Hacienda por las autoridades francesas.

5.- La vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia también se hace extensiva a la ausencia de elementos de juicio para calificar las ganancias como incrementos injustificados de patrimonio. Es perfectamente posible –se arguye- la existencia de hipótesis alternativas a la hora de explicar el origen de esos fondos y de definir el régimen jurídico de su tratamiento fiscal.

Entiende la Sala, sin embargo, que los apartados 2 y 3 del FJ 10º de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial ofrecen argumentos más que fundados para descartar la duda que –con notoria habilidad argumental- suscita la defensa del recurrente.

En efecto, el art. 39 de la Ley 35/2006, 28 de noviembre, redactado conforme a la reforma operada por la Ley 7/2012, 29 de octubre –en línea con lo previsto en el art. 37 del Real Decreto Legislativo 3/2004, 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Jurídicas-, dispone, bajo el epígrafe “*Ganancias patrimoniales no justificadas*”, lo siguiente: *1. Tendrán la consideración de ganancias de patrimonio no justificadas los bienes o derechos cuya tenencia, declaración o adquisición no se corresponda con la renta o patrimonio declarados por el contribuyente, así como la inclusión de deudas inexistentes en cualquier*

declaración por este impuesto o por el Impuesto sobre el Patrimonio, o su registro en los libros o registros oficiales.

Las ganancias patrimoniales no justificadas se integrarán en la base liquidable general del periodo impositivo respecto del que se descubran, salvo que el contribuyente pruebe suficientemente que ha sido titular de los bienes o derechos correspondientes desde una fecha anterior a la del periodo de prescripción.

(2). En todo caso tendrán la consideración de ganancias de patrimonio no justificadas y se integrarán en la base liquidable general del periodo impositivo más antiguo entre los no prescritos susceptible de regularización, la tenencia, declaración o adquisición de bienes o derechos respecto de los que no se hubiera cumplido en el plazo establecido al efecto la obligación de información a que se refiere la disposición adicional decimoctava de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

No obstante, no resultará de aplicación lo previsto en este apartado cuando el contribuyente acredite que la titularidad de los bienes o derechos corresponde con rentas declaradas, o bien con rentas obtenidas en periodos impositivos respecto de los cuales no tuviese la condición de contribuyente por este Impuesto.

La consideración por el Tribunal a quo de esas ganancias como incrementos no justificados de patrimonio se apoya en el hecho incontrovertido de que la cuantía de los fondos titularidad del acusado en las cuentas del HSBC de Suiza en los periodos fiscales que estaban siendo objeto de fiscalización “...era inexplicablemente superior al de las ganancias que declaraba percibir”. Añaden los Jueces de instancia: “...no sólo así resulta del contenido del informe pericial (...), sino que también en el acto del juicio expresó que desde su jubilación en el año 2000 como ingeniero industrial en una empresa dedicada a carburantes y energía, en el año 2005 sus ingresos se nutrían, por una parte, de lo que le pagaba su hija por labores de asesor (unos 15.000 euros anuales) y por otra, de lo que percibía por la venta de la uva de una viña carente de estructura empresarial (que el propio acusado cifra

en unos 20.000 euros anuales). En el año 2006 sus fuentes y nivel de ingreso eran los mismos. Percibía estas cantidades en efectivo, y las empleaba para sus gastos corrientes, que atendía de manera cotidiana asimismo en metálico, pues no disponía de tarjetas de crédito [...]. Evidentemente, esta exposición cuantificada de los ingresos que lícitamente podía obtener el acusado resulta incompatible con la tenencia de los fondos declarados existentes en el HSBC Private Bank Suisse, cuya procedencia y cuantía no ha sido explicada, documentada ni justificada jamás por quien está obligado a hacerlo de acuerdo con las normas tributarias. Como ya hemos dicho, oportunidades para ello tuvo a lo largo de las múltiples y sucesivas citas que le cursó la Inspección de la Agencia Tributaria, y que el acusado obvió deliberadamente, bajo el argumento defensivo directo de que es a la Agencia a quien le corresponde indagar y probar los extremos que sostiene o a los que llega en su procedimiento de investigación fiscal’.

La Audiencia califica “...de relevancia capital en el proceso” la prueba ofrecida por la perito oficial. Y añade que su conclusión acerca del carácter de ganancia patrimonial injustificada resulta obligada, tanto por la absoluta falta de correspondencia entre las cantidades percibidas y las atesoradas en Suiza, como por “...la pura ocultación del rastro de procedencia de tan elevadas cuantías”. Pondera, además, el dictamen pericial contradictorio ofrecido por el inspector de hacienda excedente Juan Luis Sendín Cifuentes.

Tampoco ahora podemos, como pretende el recurrente, reevaluar ambos dictámenes y expresar nuestra preferencia por una u otra de las pericias.

No ha existido, por tanto, vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia. La Audiencia ponderó prueba lícita, de inequívoco signo incriminatorio, y lo hizo conforme a las exigencias impuestas por el canon constitucional de valoración probatoria. Las alegaciones del recurrente no neutralizan la consistencia del sostén probatorio sobre el que se ha apoyado el juicio de autoría. Procede, por tanto, la desestimación del motivo (art. 885.1 LECrim).

DÉCIMO.- El tercero de los motivos alega, con cita de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, infracción de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a la utilización de los medios de prueba necesarios para la defensa, al haber denegado la prueba documental anticipada interesada en el escrito de defensa, reproducida de nuevo en el acto del juicio oral. Se pedía del Tribunal que librara una comisión rogatoria a las autoridades suizas a fin de que se aportase el testimonio del informe emitido con fecha 25 de agosto de 2010 por la división de investigación forense, informática e investigación y de protección del Estado de la policía federal suiza sobre el “*Análisis de los Datos Económicos*” que obra en el procedimiento penal seguido contra Hervé Falciani.

Ese documento –se reitera- demostraría una manipulación de los DVDs que sirvieron de soporte informático para el almacenamiento de los datos bancarios que sirvieron de fundamento a la condena. Se insiste en la divergencia entre las fechas de entrada y registro en el domicilio de Hervé Falciani y la de modificación de aquellos ficheros. La pertinencia de esta prueba se reforzaría por el hecho de que ha sido admitida como tal en otro proceso seguido en el Juzgado de Instrucción núm. 54 de Madrid.

No tiene razón el recurrente.

Como indica el Fiscal en su dictamen de impugnación, la inutilidad de esta diligencia de prueba se justifica por la previsión de no contribuir a la dilación del procedimiento, con una suspensión *sine die* para la incorporación de un informe que nunca podría ser ratificado por sus autores. Además, el recurrente no concreta las posibles alteraciones de los datos patrimoniales relevantes, más allá de la divergencia de fechas, cuestión que ha sido perfectamente justificada por la sentencia de instancia y a la que hemos dado respuesta en el apartado 2 del FJ 12 de esta resolución.

La jurisprudencia constitucional ha reiterado que la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa exige, en primer lugar, que el recurrente haya instado a los órganos judiciales la práctica de una actividad probatoria, respetando las previsiones legales al respecto. En

segundo lugar, que los órganos judiciales hayan rechazado su práctica sin motivación, con una motivación incongruente, arbitraria o irrazonable, de una manera tardía o que habiendo admitido la prueba, finalmente no hubiera podido practicarse por causas imputables al propio órgano judicial. En tercer lugar, que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, generando indefensión al actor. Y, por último, que el recurrente en la demanda de amparo alegue y fundamente los anteriores extremos (cfr. por todas, SSTC 142/2012, 2 de julio FJ 6 y 14/2001, de 28 de febrero, FJ 2).

Conforme a estos parámetros valorativos, es indudable que la comisión rogatoria interesada por la defensa carecía de toda relevancia probatoria. Como ya hemos expuesto *supra*, no es asumible un efecto vinculante asociado a la decisión de un tribunal extranjero acerca de un dictamen pericial suscrito por técnicos que se pronuncian sobre la integridad de unos archivos. Si a esa falta de eficacia, derivada del significado predicable del ejercicio de la función jurisdiccional como manifestación de soberanía, se añade el hecho de que el proceso penal que se ofrece como modelo no se siguió contra los mismos sujetos, las razones para avalar la corrección del rechazo de la Audiencia se hacen más evidentes.

Procede, por tanto, la desestimación del motivo (art. 885.1 LECrim).

DECIMOPRIMERO.- El cuarto y último motivo, bajo la cobertura que ofrece el art. 849.1 de la LECrim, alega infracción de ley, indebida aplicación del art. 305 del CP, en relación con la norma fiscal aplicada, al producirse una defectuosa calificación tributaria y no poder imputarse conjuntamente los ejercicios 2005 y 2006.

La sentencia recurrida –explica la defensa- sanciona por dos delitos fiscales, correspondientes a los ejercicios de 2005 y 2006, considerando la existencia en ambos ejercicios de incrementos no justificados de patrimonio, a pesar de que los saldos correspondientes al año 2006 no pueden ser considerados como ganancia no justificada de patrimonio al suponer variaciones de los saldos ya atribuidos en el ejercicio 2005 y que, por ello, no

pueden ser considerados ya como no justificados. Es decir, lo ya regularizado en 2005 como incremento no justificado de patrimonio no puede volver a ser considerado injustificado en 2006.

No tiene razón el recurrente.

En el apartado 5 del FJ 12 ya hemos hecho referencia al tratamiento legal dispensado a los incrementos no justificados de patrimonio. A lo allí expuesto nos remitimos.

El Abogado del Estado reprocha que, ni en vía administrativa, ni en la instrucción penal ni, por supuesto, en el plenario, el recurrente adoptó la estrategia de demostrar mínimamente que los fondos depositados en las cuentas del HSBC se correspondían a ejercicios prescritos y/o que los saldos a 31 de diciembre de 2005 son los mismos total o parcialmente a los de 31 de diciembre de 2006.

Con independencia de ello, aun en la hipótesis más favorable al acusado en la que las cantidades del segundo ejercicio fueran susceptibles de ser calificadas como rendimientos de capital mobiliario, la cuota resultante desbordaría el tope cuantitativo fijado por el art. 305 del CP para dibujar la frontera del delito fiscal.

No ha habido error en el juicio de subsunción y el motivo ha de ser desestimado (art. 884.3 y 4 y 885.1 LECrim).

DECIMOSEGUNDO.- La desestimación del recurso conlleva la condena en costas, en los términos establecidos en el art. 901 de la LECrim.

FALLO

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

Declarar no haber lugar al recurso de casación, interpuesto por la representación legal de **SIXTO DELGADO COBA**, contra la sentencia de fecha 29 de abril de 2016, dictada por la Sección 23 de la Audiencia Provincial de Madrid, en la causa seguida por delito contra la hacienda pública.

Imponer las costas causadas al recurrente.

Comuníquese esta resolución a la Audiencia mencionada a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez

Miguel Colmenero Menéndez de Luarda

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Antonio del Moral García

Joaquín Giménez García

