

La prueba ilícita tras la sentencia  
Falciani: Comentario a la STS  
116/2017, de 23 de Febrero.

Augusto Javier Mosquera Blanco

Juez de refuerzo del Juzgado de Primera Instancia Número 7 de A Coruña

### **Abstract**

*La doctrina de la prueba ilícita establece que no pueden emplearse en juicio aquellos medios de prueba obtenidos con violación de derechos fundamentales, entre otros supuestos. Sin embargo, esta regla de exclusión ha ido matizándose con el paso del tiempo, tanto en el derecho comparado como en el nuestro, admitiéndose excepciones y alterando su fundamento constitucional. Dentro de esta evolución, la STS 116/2017 de 23 de febrero supone un hito en nuestro derecho, en la medida en que limita la aplicación de aquella regla a las actuaciones de los agentes públicos, por lo que resulta admisible la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales si procede de un particular.*

*According to the unlawful evidence doctrine, evidence obtained in a breach of constitutional rights, among other examples, shall not be admitted in trial. Nevertheless, this exclusionary rule has become more flexible through the time, in comparative law, and spanish law as well, and thus exceptions have been accepted and the constitutional ground of the theory has been modified. Within this evolution, decision of Spanish Supreme Court, number 116/2017, 23<sup>rd</sup> february, represents a milestone in spanish law because it restricts the scope of the rule to public agents, and hence, unlawful evidence would be admitted, as long as they were obtained by a private individual.*

*Title: Unlawful evidence after the Falciani decision: Comment on Spanish Supreme Court decision number 116/2017, 23<sup>rd</sup> February*

*Palabras Clave: prueba ilícita, regla de exclusión probatoria, derechos fundamentales, proceso penal, teoría de los frutos del árbol envenenado, efecto disuasorio, conexión de antijuridicidad, derecho a la intimidad*

*Keywords: unlawful evidence, exclusionary rule evidence, constitutional rights, criminal process, theory of the poisonous tree fruit, deterrent effect, unlawfulness connection, right to privacy*

## *Sumario*

### *1. Introducción*

### *2. La prueba ilícita y la exclusión probatoria*

#### **2.1. Aclaración terminológica**

#### **2.2. Origen de la doctrina de la prueba ilícita y evolución en el derecho comparado. Especial referencia al derecho norteamericano**

#### **2.3. Recepción en España de la doctrina: la STC 114/1984 y el artículo 11 LOPJ**

#### **2.4. Desarrollo posterior en la jurisprudencia y la doctrina: limitaciones y conexión de antijuridicidad**

#### **2.5. Evolución hasta la actualidad**

### *3. La STS 116/2017, Sala Segunda de 23 de febrero*

#### **3.1. El supuesto de hecho**

#### **3.2. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 23ª, 280/2016 de 29 de abril: la perspectiva internacional**

#### **3.3. La exclusión probatoria en la STS 116/2017**

### *4. La incidencia de la STS 116/2017 en la doctrina de la prueba ilícita: la disuasión del exceso policial como fundamento y fin*

### *5. A modo de conclusión: propuestas para la reflexión*

#### **5.1. El derecho a la intimidad frente al deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos**

#### **5.2. El derecho a la intimidad y el deber de denunciar hechos delictivos**

### *6. Índice sistemático de jurisprudencia*

#### **6.1. Resoluciones españolas**

##### **6.1.1. Tribunal Constitucional**

##### **6.1.2. Tribunal Supremo**

##### **6.1.3. Audiencia Nacional**

##### **6.1.4. Audiencia Provincial**

#### **6.2. Sentencias de la Corte Suprema de Estados Unidos**

#### **6.3. Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

#### **6.4 Sentencias de tribunales extranjeros**

### *7. Bibliografía*

## 1. Introducción

Pocos temas son capaces de atraer de manera ingente la atención del Derecho y de la opinión pública al tiempo. La prueba ilícita es uno de ellos. Esta representa una de las problemáticas de la doctrina procesal más complejas del último medio siglo, pero también es pasto de titulares de prensa en que se alude habitualmente a la posibilidad de la impunidad del probable autor de un hecho delictivo por los llamados “*tecnicismos*”.

No obstante, la importancia de la materia no se agota en el interés público que pueda suscitar. Antes al contrario, la institución es la clave de bóveda del sistema de protección de los derechos fundamentales en el proceso penal, y una de sus principales fuentes de legitimidad. En efecto, una de las razones que justifican hoy el monopolio estatal del uso de la violencia se encuentra en que esta tiene unos claros límites pues “*en la búsqueda de la verdad, no todo está permitido*”. De este modo, el proceso penal no solamente tiene por misión el descubrimiento y represión de los culpables, sino el de hacerlo con absoluto respeto a sus derechos, so pena de quedar imposibilitado el castigo en caso contrario.

Esto último pone de manifiesto que la doctrina de la prueba ilícita resuelve un conflicto de intereses incomparable y dramático: por un lado, el interés público de la persecución del delito, y, por otro, los derechos individuales. La colisión puede llegar a alcanzar cotas trágicas, de ahí la relevancia e interés público al que hacíamos referencia.

Pues bien, esta doctrina, de origen americano, ha ido evolucionando con el paso del tiempo, viendo su ámbito de actuación cada vez más restringido. Esta tendencia es común en todas las tradiciones jurídicas y pretende reajustar la balanza del anterior conflicto, de tal modo, que ante la existencia de una actuación ilegal en la investigación ello no suponga automáticamente la impunidad del posible culpable. Particularmente, destaca dentro de este proceso la desvinculación entre la regla y los derechos fundamentales, centrándose en la defensa de estos de un modo indirecto al desincentivar la comisión de ilícitos en los responsables de la persecución del delito.

Tanto la doctrina de la prueba ilícita como su evolución serán estudiadas en este trabajo, pero a la luz de un caso particular: la STS 116/2017 de 23 de febrero. En esta el Tribunal Supremo admitió la validez de la llamada Lista Falciani como prueba de cargo, señalando que la regla de la exclusión probatoria no sería de aplicación cuando la lesión de derechos fundamentales fuese imputable a un particular. Tal previsión no resulta del todo novedosa, pero sí lo es que se proclame sin las suficientes cautelas o sin ponderar adecuadamente la lesión causada al derecho fundamental. Así, la resolución supone un hito dentro del estudio de la prueba ilícita en nuestro derecho.

Inicialmente, se estudiará, de una manera somera, el origen y evolución de la regla de exclusión de la prueba ilícita, desde una perspectiva comparada, con especial atención al tratamiento que de la regla hizo la jurisprudencia norteamericana como paradigma. A continuación se analizará la

incorporación de la doctrina a nuestro derecho. En un segundo momento, se entrará en el estudio pormenorizado de la STS 116/2017, tanto de su supuesto de hecho como de la doctrina que sienta. Finalmente, comentaremos la incidencia y relevancia de esta última, para concluir con una crítica a su construcción y una propuesta para el futuro estudio judicial de la cuestión.

## **2. La prueba ilícita y la exclusión probatoria**

### **2.1. Aclaración terminológica**

Como apunta MIRANDA ESTRAMPES<sup>1</sup>, las denominaciones empleadas por la doctrina para aludir a esta teoría distan mucho de ser pacíficas (prueba ilícita, prueba prohibida, prueba inconstitucional, prueba inutilizable, prohibición probatoria,...etc.). Ello no deja de ser muestra de la complejidad de la materia y de la diversidad de enfoques a la hora de catalogar las causas de ilicitud probatoria.

A los efectos del presente trabajo, partiremos de un concepto estricto de prueba ilícita, teniendo por tal aquella obtenida con violación de derechos fundamentales, mientras que los restantes supuestos de prueba producida con quebranto de normativa legal quedarán englobados bajo el título de prueba irregular. Tal es la posición mayoritaria en la doctrina española, si bien con notables excepciones<sup>2</sup>. Asimismo, esta distinción resulta de especial relevancia para este trabajo, dado la especial atención que prestaremos a los supuestos del menoscabo de derechos fundamentales, frente a otros supuestos de ilegalidad probatoria.

### **2.2. Origen de la doctrina de la prueba ilícita y evolución en el derecho comparado. Especial referencia al derecho norteamericano**

La exclusión de la prueba obtenida de un modo ilícito tiene su origen en la obra de Ernst Beling de 1903 titulada *Las prohibiciones probatorias en el proceso penal*<sup>3</sup>, en la que se planteaba originalmente que el descubrimiento de la verdad material no podía alcanzarse a cualquier precio, en términos de sacrificio de derechos. A la misma conclusión llegó la jurisprudencia norteamericana en los fallos *Boyd vs US*<sup>4</sup> (1886) y *Weeks vs US*<sup>5</sup> (1914). Por su parte, dentro de la jurisprudencia europea cabe destacar la sentencia de 14 de junio de 1960 del Tribunal Supremo Federal alemán<sup>6</sup> que acogió los anteriores postulados.

---

<sup>1</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, Concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. Especial referencia a la exclusionary rule estadounidense. Ubijus Editorial, 1ª Edición mexicana, México DF, 2013, p. 59.

<sup>2</sup> ARMENTA DEU, Teresa, *La prueba ilícita (un estudio comparado)*. 1ª edición, Madrid, 2009, p. 47.

<sup>3</sup> *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsfindung im Strafprozess*.

<sup>4</sup> 116 US 616, 1886.

<sup>5</sup> 232 US 383, 1914.

<sup>6</sup> BGHS 14, 358, 365.

Todas estas resoluciones tienen en común, como punto de partida, la salvaguarda de los derechos individuales de los ciudadanos, reaccionando con la exclusión de las pruebas obtenidas ante el menoscabo de estos. Del mismo modo, tanto el derecho americano como europeo han ido matizando y moderando esta vinculación, como ahora veremos.

Comenzaremos con el estudio de la evolución de la regla de exclusión de la prueba ilícita en el derecho norteamericano. De entrada debe recordarse que fue la Corte Suprema de Estados Unidos la que aplicó por vez primera la regla de exclusión, y la que ha marcado su desarrollo a lo largo de la historia. En efecto, cada nueva idea sobre la prueba ilícita encuentra su origen en un fallo de la Corte Suprema, cuya jurisprudencia influye de modo decisivo en el derecho comparado.

Pues bien, entrando en materia, siguiendo a EUSAMIO MAZAGATOS y SÁNCHEZ RUBIO<sup>7</sup>, debemos distinguir cuatro etapas en la construcción de la regla de la exclusión probatoria en Estados Unidos.

La primera de estas comenzaría con las sentencias de la Corte Suprema ya citadas (Boyd vs US y Weeks vs US). En ellas la base de la regla de exclusión se encontraba en el respeto a las Enmiendas IV y V de la Constitución americana, que, esencialmente, consagran los derechos a no sufrir registros domiciliarios arbitrarios y el derecho a no declarar contra sí mismo, respectivamente. En consecuencia, la exclusión probatoria se imponía como consecuencia de la salvaguarda de estos derechos, pues de lo contrario, quedarían reducidos a una declaración de voluntades, carente de todo valor.

También en este primer momento se consagró el llamado efecto reflejo de la prueba ilícita, que excluye todas las pruebas derivadas de la obtenida ilegalmente. Inicialmente este efecto fue establecido en el asunto Silverthorne Lumber Co. vs US<sup>8</sup> (1920), pero no fue hasta la sentencia de Nardone vs US<sup>9</sup> (1939) cuando se instauró su célebre nombre: la teoría de los frutos del árbol envenenado (*fruit of the poisonous tree*).

Asimismo, esta etapa abarcaría el proceso de generalización de la regla a todas las fuerzas policiales, ya fuesen federales, estatales o locales, lo que se produce con el fallo Mapp vs Ohio (1961).<sup>10 11</sup>

---

<sup>7</sup> EUSAMIO MAZAGATOS, Ester y SÁNCHEZ RUBIO, Ana, *La prueba ilícita en la doctrina de la Corte Suprema de Estados Unidos*. Tirant lo Blanch, 1ª edición, Valencia, 2016.

<sup>8</sup> 251 US 385, 1920.

<sup>9</sup> 308 US 338, 1939.

<sup>10</sup> 367 US 643, 1961.

<sup>11</sup> Hasta esta resolución, la regla de la exclusión probatoria no era de aplicación a las pruebas obtenidas por los agentes pertenecientes a las policías estatales o locales. Esta tendencia ya había sido adelantada por la Corte Suprema en los casos *Elkin vs US* (364 US 202, 1960). Esta última también había comenzado a invocar la XIV Enmienda como fundamento de la doctrina, que consagra el derecho al debido proceso (*due process of law*).

En una segunda fase, comenzarían a admitirse ciertos límites consustanciales a la posibilidad de excluir la prueba obtenida ilícitamente. Así, por ejemplo solamente el titular del derecho lesionado podía oponerse a la admisión de las pruebas obtenidas con aquel quebranto, no estando legitimado un tercero para ello, que sí podría ser acusado con aquellas, conforme a la sentencia *Alderman vs US*<sup>12</sup> (1969).

Sin embargo, el cambio esencial en esta a partir de la segunda mitad del siglo XX fue llevado a cabo por la jurisprudencia, que comienza a inclinarse por fundar la regla de la exclusión probatoria en la finalidad de evitar excesos y arbitrariedades durante la investigación, por parte de las fuerzas de seguridad, de manera que tales efectos las disuadiesen de incurrir en cualquier ilegalidad (*deterrent effect*). En consecuencia, la exclusión probatoria deja de ser una exigencia impuesta por el contenido de los derechos constitucionales lesionados. Se produce de este modo la *deconstitucionalización* de la doctrina, de notable relevancia pues *“la regla de exclusión deja de ser un derecho fundamental tutelable ante los tribunales ordinarios para pasar a convertirse en un límite a las facultades de los poderes públicos. Un límite que entrará en juego en función de las circunstancias del caso”*<sup>13</sup>.

Esta doctrina se asienta en los casos *US vs Calandra*<sup>14</sup> (1974), *US vs Janis*<sup>15</sup> (1976) e *INS vs. López-Mendoza*<sup>16</sup> (1984)<sup>17</sup>. La segunda de las sentencias afirmaba que *“el principal propósito de la exclusión de las pruebas ilícitas, si no el único, es evitar las conductas policiales ilícitas”* y más adelante añade que *“la regla por la que se excluye la prueba obtenida en violación de la IV Enmienda, tiende a garantizar los derechos generalmente reconocidos en dicha Enmienda a través de un efecto disuasorio (de la violación misma) y no tanto como expresión de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada...”* (MIRANDA, 2010, p. 4)<sup>18</sup>. En definitiva, este cambio de fundamento doctrinal de la exclusión permitió al Tribunal Supremo americano desvincularla del quebranto de derechos de particulares, flexibilizando de este modo la aplicación de la regla. Así lo hizo en el caso *US vs Verdugo-Urquidez*<sup>19</sup>, sobre la validez de las pruebas obtenidas por la policía mexicana en su Estado, citado por la STS 116/2017 aquí analizada.

La tercera etapa en el desarrollo de la doctrina, comienza con el fallo de *US vs Leon*<sup>20</sup> (1984) que establece la doctrina de la buena fe dentro de la regla de la exclusión probatoria. Según esta, si los agentes habían obrado bajo una creencia de respeto al Derecho, no era posible descartar las

---

<sup>12</sup> 394 US 165, 1969.

<sup>13</sup> EUSAMIO MAZAGATOS, SÁNCHEZ RUBIO, op. cit., 2016, p. 100 y 101.

<sup>14</sup> 414 US 338, 1974.

<sup>15</sup> 428 US 433, 1976.

<sup>16</sup> 468 US 1032, 1984.

<sup>17</sup> Por otra parte, estas resoluciones excluyeron la aplicación de la doctrina en los procedimientos ante el gran jurado, procedimientos tributarios y sobre extranjería, respectivamente.

<sup>18</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones”, *Revista catalana de seguretat pública*, número 131, 2010.

<sup>19</sup> 494 US 259, 1990.

<sup>20</sup> 468 US 897, 1984.

pruebas obtenidas, y ello pese al menoscabo irrogado a los derechos constitucionales. Señalaba el fallo que debían admitirse aquellas pruebas *“obtenidas por los funcionarios que confían de forma razonable en una orden emitida por un juez independiente y neutral”*<sup>21</sup> <sup>22</sup>. Esta doctrina se vio consolidada y ampliada en sucesivos fallos.

También a lo largo de la segunda mitad de la centuria, se fueron introduciendo las excepciones a la eficacia refleja de la prueba ilícita. Así, se rompe el efecto reflejo y cesa la necesidad de exclusión de aquellos medios de prueba que puedan considerarse independientes de las fuentes ilícitas. Para ello se atiende a un juicio de causalidad puramente natural o fáctico. Tal postura fue asumida por la Corte Suprema en el caso *Segura vs US*<sup>23</sup> (1984). Una variación de esta tesis serían la teoría del hallazgo inevitable (caso *Nix vs Williams*<sup>24</sup>, 1984), o la doctrina del nexo atenuado (caso *Wong Sun vs US*<sup>25</sup>, 1963). Dentro de estas categorías flexibilizadoras cobraba gran relevancia la autoincriminación del acusado, al constituir una fuente independiente de la lesión anterior, siempre que la confesión fuese precedida de la información de derechos, a través de las famosas advertencias Miranda (*Miranda warnings*), que cualquier aficionado al cine o televisión estadounidense habrá oído en infinidad de ocasiones<sup>26</sup>.

La última fase se desarrollaría desde 1995 hasta la actualidad, y vendría a ampliar las excepciones en la aplicación de la regla, siendo particularmente notorios a este respecto los fallos *Hudson vs Michigan*<sup>27</sup> (2006) y *Herring vs US*<sup>28</sup> (2009). El primero de estos, alcanza la conclusión de que la lesión del derecho a la intimidad del acusado no justifica la exclusión de las pruebas halladas puesto que el fin de disuasión a los agentes no es suficiente razón para descartar el castigo del culpable; en palabras de la Corte Suprema, *“no podemos asumir que en este contexto la exclusión sea necesaria para simplemente generar efectos disuasorios, porque encontrásemos que hace mucho tiempo y en otro contexto dicha disuasión fuera necesaria. Se estaría forzando hoy día al público a pagar por los pecados y las deficiencias de un régimen legal que existía hace casi medio siglo atrás”*<sup>29</sup>. Esta cita resulta

---

<sup>21</sup> EUSAMIO MAZAGATOS, SÁNCHEZ RUBIO, op. cit., 104.

<sup>22</sup> A los efectos de la prueba ilícita no se considera en derecho americano autoridad al juez que autoriza de las órdenes de registro o detención, sino solo a los agentes actuantes. Por lo tanto, los errores de los primeros no resultarían invocables a estos efectos, lo que choca claramente con nuestra tradición jurídica en que las actuaciones irregulares del juez de instrucción producen la plena ilicitud de la prueba, en los mismos términos que los imputables a la policía.

<sup>23</sup> 468 US 796, 1984.

<sup>24</sup> 467 US 431, 1984.

<sup>25</sup> 371 US 471, 1963.

<sup>26</sup> Estos derechos fueron establecidos en el fallo de *Miranda vs Arizona* (384 US 436, 1966), que entendió que una confesión autoincriminatoria sin que el acusado fuese informado de su derecho a no declarar contra sí mismo no era admisible por ser contraria a la V Enmienda. Tras este fallo, la policía debería informar a todo detenido de su derecho a guardar silencio, de la posibilidad de usar contra él de cuanto dijese, del derecho a ser asistido de letrado y de la posibilidad de contar con un letrado de oficio de no poder sufragar uno de confianza.

<sup>27</sup> 547 US 586, 2006.

<sup>28</sup> 555 US 135, 2009.

<sup>29</sup> MIRANDA ESTRAMPES, op. cit., 2013, p. 311.

esclarecedora respecto del estado de la más reciente jurisprudencia sobre la cuestión, al someter los efectos de la exclusión probatoria a la ponderación de costes sociales que supone, muy lejos ya de la consideración de la expulsión de ciertas pruebas como una manifestación intrínseca de ciertos derechos constitucionales.

Efectuado el anterior estudio, procederemos ahora a entrar somera y brevemente en un rápido repaso de la cuestión de la prueba ilícita en el derecho y la doctrina de diferentes Estados europeos, por ser este el entorno natural de nuestra tradición y cultura jurídicas.

Comenzando con el examen del derecho alemán sobre la prueba ilícita, la Ordenanza procesal penal alemana (StPO, *Strafprozeßordnung*) no contiene una regulación unitaria sobre la cuestión. La doctrina alemana trata esta en base al concepto de “*prohibición probatoria*”, que tiene su origen en la obra de ERNST BELING ya mencionada. Pues bien, la anterior ley contempla ciertas restricciones e instrucciones en cuanto a la producción de las pruebas, de tal modo que la contravención de dichas reglas da lugar a una prueba irregular. Sin embargo, no se explicita generalmente cuál es el efecto de tal irregularidad, por lo que la decisión de excluir o no la prueba compete al juez. Para abordar la problemática, la jurisprudencia ha desarrollado diversas teorías o criterios, como sería la teoría del ámbito o círculo de derechos (*Rechtskreislehre*), la doctrina del fin de protección de la norma (*Schutzzwecklehre*), y, la más seguida actualmente, la teoría de la ponderación (*Abwägungslehre*)<sup>30 31 32</sup>. Al margen de esta explicación, se reconoce como pruebas prohibidas con independencia de cualquier disposición legal, aquellas creadas lesionando derechos fundamentales protegidos por la Constitución alemana. Finalmente, debemos destacar que la jurisprudencia alemana rechaza mayoritariamente el efecto reflejo de la prueba ilícita, que la doctrina estudia como efecto remoto de la prohibición probatoria (*Fernwirkung*), salvo cuando pueda considerarse que se está lesionando la misma prohibición probatoria original, de manera que exista entre ambas pruebas *unidad o identidad probatoria normativa*<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> AMBOS, Kai. *Prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*. Tirant lo Blanch, 1ª edición, Valencia, 2008, p. 325 y siguientes.

<sup>31</sup> Por ejemplo, el párrafo 136.III.a) StPO prohíbe con carácter general la tortura y los malos tratos en la declaración del acusado, y, expresamente, aclara que las manifestaciones así obtenidas no pueden ser introducidas en el procedimiento, ni siquiera con el posterior consentimiento del acusado.

Por el contrario, el párrafo 52 StPO al interrogar a un familiar del acusado exige que se le advierta de su derecho a rechazar declarar incriminando al acusado, pero no aclara si la prueba puede emplearse en caso de que se omita tal advertencia (silencio común a la mayor parte de reglas probatorias legales). La cuestión fue resuelta por la jurisprudencia que entendió que tal defecto conlleva la imposibilidad de utilización del testimonio. En cambio, si la declaración de un funcionario o juez se efectúa sin la previa autorización de su superior (como exige el 54 StPO), la prueba podría utilizarse igualmente.

<sup>32</sup> La doctrina del círculo de derechos buscaría analizar si el grado de afectación del derecho lesionado admite la pervivencia de la prueba; la teoría del fin de la norma buscaría desentrañar si con la ilegalidad se ha frustrado la genuina finalidad de la norma, en cuyo caso se impondría la exclusión; y, la ponderación consistiría en un juicio de contraposición entre los derechos o reglas violentados y la eficacia del proceso penal.

<sup>33</sup> AMBOS, Kai, *La teoría del efecto extensivo en el derecho procesal penal estadounidense y su traslado al proceso penal alemán* (traducción de María de las Mercedes Galli y Guillermo Orce). Revista general de derecho Procesal,

En cuanto a la cuestión en el derecho francés, este también carece de una regulación uniforme en su Código procesal penal (CPP, *Code du procedure penal*). Al igual que en el anterior caso, el estudio de la materia parte de la regulación de las diversas diligencias probatorias, de modo que su inobservancia puede dar lugar como efecto a la exclusión de la prueba obtenida. Esto sucederá en el caso de que la irregularidad produzca la lesión o perjuicio de los intereses de la parte a la que afectara (artículos 171 y 802 CPP). A estos efectos resulta determinante atender a si la contravención causó lesión de derechos fundamentales o el llamado principio de lealtad (ARMENTA DEU, 2009)<sup>34</sup>.

Por su parte, el derecho italiano sí acomete el estudio de la exclusión probatoria a través de un precepto específico: el artículo 191 del Código procesal penal (CPP, *Codice di procedura penale*). Esta norma fue introducida en 1988, tras la sentencia del Tribunal Constitucional italiano 34/1973, que sentó la doctrina de la ineffectividad procesal "*de las interceptaciones realizadas al margen de los casos permitidos por la Ley*". El artículo declara que "*las pruebas adquiridas violando las prohibiciones establecidas por la ley no pueden ser utilizadas*". El punto de partida es de nuevo el estudio de la ley procesal, que disciplina la producción de los medios de prueba, y todas las pruebas que ignoren aquella resultarán inutilizables. Sin embargo, la doctrina interpreta restrictivamente el precepto y considera que la *inutilizzabilità* solamente puede ser establecida por una norma procesal, y sin que quepa su aplicación extensiva, pues se trata de un catálogo taxativo. En consecuencia, se configura como un concepto ajeno al respeto de derechos fundamentales, si bien en muchos casos, las prohibiciones establecidas legalmente buscan asegurar el respeto de estos (ARMENTA DEU, 2009)<sup>35</sup>. Por último, en la medida en que la inutilizabilidad representa una categoría distinta y autónoma de la nulidad, no puede producir el efecto extensivo propio de esta, por lo que, legalmente no está contemplado el efecto reflejo de la prueba inutilizable. Ahora bien, doctrinal y jurisprudencialmente se trata de una posibilidad discutida y excepcionalmente admitida.

Para concluir con este breve repaso, debemos dirigir la mirada a nuestro vecino peninsular, Portugal. El derecho portugués presenta como novedad, frente a lo expuesto, que la cuestión goza de rango constitucional. De este modo, el artículo 32 de la Constitución de 1976 consagra la nulidad de una serie de pruebas, obtenidas con menoscabo de derechos fundamentales: en particular, las "*obtenidas mediante tortura, coacción, ofensa de la integridad física o moral de la persona, intromisión abusiva en la vida privadas, en el domicilio o en la correspondencia o telecomunicaciones*". Se proclama constitucionalmente así la vinculación esencial entre la prueba ilícita y la defensa de los derechos constitucionales. Dada la fuerza del pronunciamiento transcrito, la doctrina portuguesa admite también el efecto reflejo de la prueba ilícita (*efeito a distância*), excluyendo las derivadas de estas, sin embargo, efectúa para ello un juicio de ponderación casuístico.

---

número 29, 2013, p. 25.

<sup>34</sup> Op. cit., p. 53 y siguientes.

<sup>35</sup> Op. cit., p. 39 y siguientes.

Para concluir, debemos hacer una somera referencia a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la cuestión. Con carácter general esta fue recogida en el fallo del caso Schenk contra Suiza (1998). El tribunal situó la cuestión de la prueba ilícita en el ámbito del derecho al proceso equitativo amparado por el artículo 6 del Convenio y afirmaba que la introducción de prueba producida irregularmente en el proceso solamente menoscababa aquel derecho si, analizado el juicio en su conjunto, ello privaba al recurrente de un proceso justo (en el mismo sentido, caso Khan contra Reino Unido, 2000). En consecuencia, debía atenderse particularmente a las restantes pruebas valoradas y a la fundamentación de la condena. En definitiva, según el TEDH el Convenio no regula qué pruebas pueden reputarse ilícitas o no, sino que ello compete al derecho interno de cada Estado contratante. Pese a esta última declaración, existen ciertas excepciones, como sería las pruebas obtenidas con tratos degradantes o tortura, prohibidas por el artículo 3 (caso Jalloh contra Alemania, 2006), así como aquellas lesivas del derecho a la privacidad del artículo 8 del Convenio. No obstante, la introducción en el proceso de estas pruebas, si bien lesiona los mencionados artículos del Convenio, no siempre afecta al derecho a un proceso equitativo, lo que se decidirá en los términos anteriormente expuestos (caso Bykov contra Rusia, 2009)<sup>36</sup>.

### 2.3. Recepción en España de la doctrina: la STC 114/1984 y el artículo 11 LOPJ

Expuesta la evolución de la doctrina de la prueba ilícita en el derecho comparado, resulta notable el mayor retraso en la asunción de estas teorías en el continente europeo, lo que nos exige tener en cuenta el contexto histórico de estos pronunciamientos, que no es otro que la consolidación del Estado constitucional de Derecho tras la Segunda Guerra Mundial. No es distinto el caso de nuestro país, pues es en el contexto de la construcción del Estado social, democrático y de Derecho, cuando el Tribunal Constitucional dictó la STC 114/1984 de 29 de noviembre, que acogió la regla de la exclusión probatoria en nuestro ordenamiento.

La sentencia acoge la regla de la expulsión de las pruebas producidas con menoscabo de derechos fundamentales, amparándose en el derecho a un proceso con todas las garantías y a la inviolabilidad de los derechos fundamentales consagradas en la Constitución de 1978. Afirma categóricamente el fundamento cuarto de esta resolución que *“aun careciendo de regla legal expresa que establezca la interdicción procesal de la prueba ilícitamente adquirida, hay que reconocer que deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales”*. En conclusión, aprecia la sentencia que la contravención de esta regla de exclusión menoscabaría las garantías del proceso del artículo 24.2 de la Constitución y confirmaría una situación de desigualdad entre las partes en el juicio, contraria al artículo 14. En este sentido, la sentencia interpreta que el derecho a utilizar los medios de prueba pertinente *“pasa, así, a incorporar, sobre su contenido esencialmente técnico-procesal, un alcance también sustantivo, en mérito del cual nunca podrá considerarse “pertinente” un instrumento probatorio obtenido en desprecio a los derechos fundamentales de otro”*. En definitiva, concluye la resolución con *“la nulidad radical de todo acto -público o, en su caso, privado- violatorio” de las situaciones jurídicas reconocidas en la sección primera del capítulo segundo del Título I de la Constitución y de la necesidad institucional por no confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los*

<sup>36</sup> LÓPEZ GUERRA, Luis. *El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales españoles. Coincidencias y divergencias. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 32, 2013, p. 139 y siguientes.

*mismos derechos fundamentales (el deterrent effect propugnado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos).*

Reflexiona el Tribunal Constitucional que el problema de la admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida es un conflicto de intereses protegidos jurídicamente, entre la búsqueda de la verdad y los derechos subjetivos, en que deben prevalecer estos, dado su rango constitucional, de modo que sería admisible su sacrificio, si fuesen de base infraconstitucional<sup>37</sup>.

Pese a sentar esta doctrina, lo cierto es que la resolución denegó el amparo solicitado, al entender que en el caso concreto, la grabación empleada no había sido obtenida ni usada con lesión de derecho fundamental alguno. Se trataba de la grabación de una conversación telefónica realizada por el interlocutor del demandante de amparo, de modo que el tribunal rechazó este, pues el secreto de las comunicaciones no era oponible al partícipe de las mismas.

Como vemos, esta primera aproximación del derecho español a la regla de exclusión, sitúa la causa de la regla de exclusión en la fuerza de los derechos fundamentales, y, si bien menciona el efecto disuasorio a efectos ilustrativos, no lo invoca como título fundante de la doctrina. Por consiguiente, la ilicitud probatoria y sus efectos resultan de aplicación, con independencia del carácter público o privado del agente causante del menoscabo del derecho fundamental, cuestión sobre la que trata abundantemente la STS 116/2017.

Por último, es notable que, tras centrar este debate doctrinal en el contexto de un conflicto entre intereses y bienes jurídicos, el Tribunal Constitucional admita que la exclusión de la prueba deba imponerse ante el menoscabo de derechos fundamentales, pero no de otro tipo de derechos subjetivos. Esta distinción permitió introducir la diferenciación ya analizada entre la prueba ilícita y la prueba irregular: la primera sería la que resultaría lesiva de los derechos fundamentales, mientras que la segunda no llegaría a afectar a aquellos, por lo que su exclusión no vendría impuesta constitucionalmente. Como dijimos, esta distinción es asumida generalmente por la doctrina, si bien también existen opiniones discrepantes.

Con este antecedente directo, se aprueba en 1985 la Ley orgánica del Poder Judicial, que recoge la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su artículo 11.1, del siguiente tenor literal: “*en todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*”. El precepto se fundamenta en la lesión de derechos y libertades fundamentales, sin incluir matización alguna, en los términos reflejados en la STC 114/1984 de 29 de noviembre.

Sobre el efecto reflejo de la prueba ilícita en nuestro derecho, la cuestión fue debatida doctrinalmente, particularmente, partiendo de la expresión “*obtenidas, directa o indirectamente*”. Así, el efecto fue admitido por la STC 85/1994 de 14 de marzo, que consideró que no podía

---

<sup>37</sup> Esta línea de razonamiento del tribunal, centrada en la defensa de los derechos fundamentales y libertades públicas ha sido el apoyo esencial de la distinción doctrinal entre *prueba ilícita* y *prueba irregular*, antes expuesta, que, como dijimos coexiste con otras clasificaciones. La recepción literal de esta doctrina por la Ley orgánica del Poder Judicial, también ha contribuido al predominio de la anterior clasificación.

tomarse como indicio la droga que había sido ocupada a raíz de unas escuchas telefónicas ilícitas. Ya anteriormente, el Tribunal Supremo había reconocido el efecto reflejo en el célebre auto de 18 de junio de 1992, *caso Naseiro*, respecto de las diligencias probatorias que se habían obtenido originalmente con lesión del derecho al secreto de las comunicaciones. La doctrina de los frutos del árbol envenenado fue así asumida plenamente por nuestra jurisprudencia.

#### **2.4. Desarrollo posterior en la jurisprudencia y la doctrina: limitaciones y conexión de antijuridicidad**

La evolución jurisprudencial del precepto se ha ido apartando de la visión originalista y literal mantenida en la STC 114/1984. Así, se han admitido diversas teorías y situaciones en que deja de regir la exclusión probatoria, particularmente, en los supuestos de eficacia refleja. Muchas de estos mecanismos ya han sido mencionados en la exposición de la doctrina en el derecho comparado, lo que es buena muestra de que la evolución analizada no deja de ser una tendencia común en muy diversas tradiciones jurídicas.

El primero de estos mecanismos sería la teoría de la buena fe en la actuación de las sujetos actuantes, cuyo comportamiento resultó lesivo del derecho fundamental. El Tribunal Constitucional acogió esta tesis en su STC 22/2003 de 11 de febrero. En esta resolución, se aceptó como prueba de cargo, el arma de fuego hallada por los agentes con ocasión del registro del domicilio del imputado, con el solo consentimiento de la esposa de este, a la postre, víctima del delito. Destacaba el tribunal que los agentes actuaron en todo momento bajo la creencia de estar respetando el ordenamiento jurídico y que no constaba culpa o dolo en su conducta. Otro ejemplo de esta línea de razonamiento podríamos encontrarlo en la STS 9/2004 de 19 de enero. En el caso analizado, se trataba de una prueba obtenida con directa violación del derecho fundamental, esto es, afectaba a la misma prueba originalmente ilícita. Sin embargo, la mayor parte de estos mecanismos han estado dirigidos a atemperar los efectos de la exclusión en los supuestos de eficacia refleja de una primera prueba obtenida con menoscabo de derechos fundamentales.

Así, en primer lugar, la teoría de la fuente independiente establece que se rompe el efecto reflejo y cesa la necesidad de exclusión de aquellos medios de prueba que puedan considerarse independientes o autónomos de las fuentes ilícitas. Se atiende a un juicio de causalidad puramente natural o fáctico. Ejemplo de esta postura sería la STC 49/1996 de 26 de marzo.

Una variación de esta tesis sería la teoría del hallazgo inevitable, aplicable a aquellas pruebas que, pese a estar precedidas por una prueba ilícita, habrían sido obtenidas de igual modo. Existen ejemplos de esta construcción en la jurisprudencia, como muestran la STS 974/1997 de 4 de julio, o, posteriormente por las SSTS 836/2002 de 10 de mayo y 227/2006 de 8 de marzo. De análoga factura es el caso del hallazgo casual, admitido como prueba de cargo por la STS 284/2000 de 21 de julio.

En tercer lugar, respecto a la doctrina del nexo atenuado, esta consiste en que aquellas pruebas que tengan su origen en otras obtenidas ilícitamente serán admisibles si existe un segundo acto que pueda reparar la ilegalidad original. En definitiva, se considera que existe un segundo

acontecimiento subsanador que rompe la relación de causalidad, considerando los medios de prueba subsiguientes, válidos.

En el desarrollo de las anteriores posturas surge la figura de la autoincriminación voluntaria del acusado, relacionada con otra prueba ilícita. Siendo dos actos distintos, se considera que la confesión adquiere plena y total independencia, de modo que a través de ella pueden quedar probados hechos que originalmente habían sido descubiertos en virtud de la prueba ilícita. El Tribunal Constitucional abordó la cuestión en la original STC 86/1995 de 6 de junio en que admitió como prueba incriminatoria la confesión del imputado, tanto en fase de instrucción como en plenario, considerando que no se hallaba contaminada por la ilicitud inicial de las escuchas telefónicas, practicadas sin autorización judicial, a través de las cuales se obtuvieron los elementos fácticos suficientes para dar lugar a la declaración en que se produjo la confesión. Posteriormente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo incorporó como exigencia para poder valorar la confesión, ya sea en fase de instrucción o juicio oral, que sea en todo caso posterior a la declaración de nulidad de las diligencias originales, y que el acusado estuviese informado de esta situación y sus efectos (STS 370/2008, de 19 de junio).

Pero el culmen del proceso de limitación del efecto reflejo de la prueba ilícita fue la STC 81/1998 de 2 de abril<sup>38</sup>, que condiciona el efecto reflejo de la exclusión probatoria a que entre la prueba ilícitamente obtenida y las que de ella se deriven exista, no solo causalidad fáctica, sino también una conexión de antijuridicidad, de manera que la tutela del derecho fundamental lesionado exija la exclusión de las pruebas causadas. Esta idea se recoge en el fundamento jurídico cuarto que afirma que *“para concluir que la prohibición de valoración se extiende también a ellas, habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, habrá que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuridicidad)”*.

Para efectuar este juicio sobre la conexión, la sentencia alude a dos criterios complementarios: desde una perspectiva interna, se ha de atender a *“la vulneración del derecho (...) en la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de determinar si, desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no”*; en segundo lugar, la llamada perspectiva externa exige ponderar *“las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho”*. Concluye la sentencia que *“estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo (STC 11/1981, fundamento jurídico 8º)”*.

Antes de desmenuzar el análisis que la sentencia hizo del juicio de conexión, debemos recordar los detalles del caso examinado. En este, el recurrente en amparo había sido condenado por un

---

<sup>38</sup> La resolución también es ilustrativa de la evolución doctrinal sobre la materia pues sitúa el fundamento de la exclusión de la prueba lesiva de derechos fundamentales en el derecho a la presunción de inocencia y en el derecho al proceso con todas las garantías, recogido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, frente a la base originalmente postulada en la STC 114/1984.

delito contra la salud pública y durante la instrucción se había acordado la intervención de las comunicaciones telefónicas, a través de una resolución judicial que se consideró nula por no estar suficientemente motivada. Gracias a estas escuchas, los agentes, sabiendo que el imputado tenía un encuentro concertado, procedieron a su detención, hallando en su poder nuevos indicios incriminatorios, que fueron valorados en la sentencia condenatoria. En consecuencia, lo que se plantea el Tribunal Constitucional es si la ilicitud de las escuchas imponía la exclusión de los elementos probatorios encontrados con ocasión de la detención.

Dicho esto, desde el punto de vista interno, el tribunal consideró que el defecto de la autorización judicial de la intervención era menor, pues se trataba de *“la falta de expresión parcial del presupuesto legitimador de la injerencia en el derecho fundamental”*. Además, valoró que tal menor lesión no fue determinante del hallazgo de las pruebas controvertidas, atendiendo a la escasa relevancia de la información obtenida: *“dadas las circunstancias del caso y, especialmente, la observación y seguimiento de que el recurrente era objeto, las sospechas que recaían sobre él y la irrelevancia de los datos obtenidos a través de la intervención telefónica, el conocimiento derivado de la injerencia en el derecho fundamental contraria a la Constitución no fue indispensable ni determinante por sí sólo de la ocupación de la droga o, lo que es lo mismo, que esa ocupación se hubiera obtenido, también, razonablemente, sin la vulneración del derecho”*. Como vemos este razonamiento tiende a desvincular causalmente las pruebas valoradas de la lesión inicial al derecho fundamental.

Desde la perspectiva externa, la sentencia, en su fundamento jurídico sexto, negaba también que la salvaguarda del derecho al secreto de las comunicaciones exigiese la exclusión de las pruebas valoradas, lo que permitía negar la conexión de antijuridicidad. Esta conclusión se apoyaba en que la admisión de aquellas pruebas reflejas no supondría fomentar el uso de medios de investigación lesivos de los derechos fundamentales y que no se apreciase en los órganos encargados de la investigación criminal la intención de menoscabar aquellos. Por ello, la tutela del secreto de las comunicaciones no requería excluir los medios de prueba controvertidos. Respecto al primero de los argumentos empleados, el Tribunal Constitucional acude a la finalidad disuasoria, como elemento interpretativo de la exclusión probatoria, lo que nos aleja del fundamento constitucional puro de esta. Asimismo, se vincula la exclusión al elemento subjetivo de los encargados de la responsabilidad criminal, en base a la teoría de la buena fe ya mencionada.

## **2.5. Evolución hasta la actualidad**

De este modo, la conexión de antijuridicidad, analizada desde una perspectiva interna y externa, se configuró como elemento determinante del efecto reflejo de la exclusión de las pruebas derivadas de la obtenida ilícitamente y como paradigma de la doctrina de la prueba ilícita en nuestro ordenamiento. Esta doctrina acoge los mecanismos analizados para eludir las rigideces del artículo 11 LOPJ, conformando un nuevo marco para todas ellas.

Así lo refleja la STS 228/2017 de 3 de abril que da cuenta de la recepción jurisprudencial de esta teoría y su evolución: *“en la jurisprudencia de esta Sala se acostumbra a citar como criterios idóneos para excluir la conexión de antijuridicidad y validar por tanto las pruebas reflejas o derivadas los*

*siguientes: el descubrimiento inevitable, el vínculo atenuado entre la prueba ilícita y la refleja, el hallazgo casual, la fuente independiente, la ponderación de intereses, la autoincriminación del imputado en el plenario, y alguna otra (SSTS 320/2011, de 22-4; 811/2012, de 30-10; 69/2013, de 31-1; 912/2013, de 4-12; 963/2013, de 18-12; 73/2014, de 12-3; y 511/2015, de 17-7)".*

Al margen de la teoría de la conexión de antijuridicidad, la jurisprudencia más reciente también aplica la doctrina de la buena fe, respecto a la ilicitud original de los medios probatorios, lo que permite su utilización, en base a la actuación de los agentes actuantes. Así, las STS 298/2013 de 13 de marzo y 652/2016 de 15 de julio admitían como medios de prueba conversaciones grabadas por un agente, al no apreciar que este se hubiese prevalido o abusado de su posición de superioridad durante su obtención, supuesto en el cual debería prevalecer el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

Finalmente, debemos señalar que los argumentos analizados en este apartado, admiten un uso cumulativo o complementario, a fin de analizar si procede o no aplicar la exclusión probatoria. Un ejemplo de esto es la STS 811/2012 de 30 de octubre, que afronta la cuestión desde la perspectiva de la buena fe de los actuantes en la obtención de un hallazgo casual (fundamento jurídico decimosegundo), la existencia de una causalidad atenuada (fundamento jurídico decimotercero) y la ponderación de intereses (fundamento jurídico decimocuarto).

### **3. La STS 116/2017, Sala Segunda de 23 de febrero**

Hasta aquí se ha expuesto el origen y desarrollo en el derecho español de la regla de la exclusión probatoria, tras lo que procederemos a analizar la posición que la STS 116/2017 adopta respecto a esta doctrina. Previamente se describirá el caso controvertido, es decir, el origen de la llamada Lista Falciani, su obtención por la Agencia Tributaria y su utilización en un proceso judicial por delito fiscal.

#### **3.1. El supuesto de hecho**

El recurrente en casación, Darío, fue condenado por sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid por dos delitos contra la Hacienda Pública, por la defraudación en el IRPF de los ejercicios 2005 y 2006, como consecuencia de la no declaración de ciertas cuentas y sus rendimientos abiertas en la entidad financiera HSBC, en su sede suiza de Ginebra. Según los hechos probados de la sentencia original: *"el acusado era titular, (...), y con la intención de mantener sus fondos ocultos al fisco, de las siguientes cuentas en el HSBC Private Bank Suisse (...). 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). Darío 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".*

Estos hechos fueron acreditados en virtud de la Lista Falciani, en la que constaba Darío como titular de las cuentas, así como los importes de estas. Este documento fue aportado por la Agencia Tributaria, que, a su vez, lo obtuvo de los servicios tributarios de la República francesa, en el ámbito de la cooperación internacional del Convenio para evitar la doble imposición y prevenir el fraude fiscal en materia de impuestos sobre la renta y el patrimonio, firmado en Madrid el 10 de octubre de 1995. A su vez, el Estado francés consiguió el archivo durante el registro practicado en el domicilio de Hervé Falciani, a instancia de la Fiscalía de Niza, a raíz de una solicitud de cooperación internacional cursada por las autoridades suizas, que acusaban a aquel de un delito contra el secreto bancario, entre otros, como así reconocen las sentencias de instancia y de casación.

Fue la misma obtención de la lista Falciani la que motivó estas actuaciones judiciales. Hervé Falciani era un empleado de HSBC en Suiza, que antes de abandonar esta entidad, se apoderó de ficheros y datos de la empresa en los que constaba la identidad de infinidad de personas con cuentas y activos ocultos al fisco de los Estados europeos. Tal apropiación constituía en Suiza un delito contra el secreto bancario, entre otros, por lo que se incoó en proceso penal contra aquel, solicitando la cooperación de las autoridades francesas, dando lugar al registro durante el cual la lista fue encontrada. Fruto de esta misma solicitud de cooperación, Falciani fue detenido en España, pero la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional rechazó la extradición interesada por Suiza, por auto de 8 de mayo de 2013.

Este modo de obtención de la prueba esencial por un particular, a través de la comisión de un posible delito, es lo que ponía en tela de juicio la validez de aquella, por entrar en colisión con los derechos fundamentales, particularmente, la intimidad, del acusado. Pues bien, tanto la Audiencia Provincial como el Tribunal Supremo entendieron que no resultaba de aplicación la exclusión probatoria exigida por el artículo 11 LOPJ. En concreto, la STS 116/2017 alcanzó tal conclusión a través del estudio de la doctrina antes expuesta, respecto de lo que supone una evolución decisiva y polémica. Con todo, antes de entrar en ella, examinaremos brevemente la argumentación empleada por la Audiencia Provincial y el comentario que de ella hizo el Tribunal Supremo.

### **3.2. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 23ª, 280/2016 de 29 de abril: la perspectiva internacional**

La resolución de instancia analiza la licitud de la prueba aportada en los fundamentos jurídicos primero a quinto, resolviendo las cuestiones previas suscitadas al respecto por la defensa. En síntesis, la Audiencia concluía la licitud de la prueba mediante dos líneas argumentativas distintas.

La primera de ellas se engarzaba en torno al principio de no indagación. Este supone una manifestación del principio de reconocimiento mutuo y confianza propio de la cooperación internacional judicial, y conlleva que los tribunales españoles, en el marco del auxilio judicial internacional convencional, no pueden someter las diligencias practicadas por autoridades extranjeras en sus territorios a los requisitos de la legislación española, de modo que no pueden

*indagar sobre la validez de las mismas, debiendo respetar lo actuado por aquellas. Respecto a este señala la jurisprudencia, citada por la sentencia, que "no cabe convertir a los Tribunales españoles en custodios de la legalidad de las actuaciones efectuadas en otro país de la Unión Europea", "ni someter dichas pruebas al contraste con la legislación española", (STS nº 456/2013, de 9 de junio; nº 312/2012, de 24 de abril; STS de 27 de diciembre de 2006; STS de 22 de mayo de 2009; STS de 5 de mayo de 2003; 10 de enero de 2003, entre otras).*

Así, la Audiencia valoraba que la entrega de la prueba se hubiese dado en el marco de los procedimientos previstos convencionalmente para la cooperación en el ámbito de la lucha contra el fraude fiscal. Ello suponía que no se debía entrar a analizar la validez de la actuación de las autoridades francesas para la consecución de las pruebas remitidas, conforme a lo expuesto.

El segundo argumento empleado por la sentencia de instancia analizaba los hechos atribuidos a Falciani, alcanzando la conclusión de que los mismos no resultarían típicos conforme al derecho penal español. Esta argumentación aludía al principio de doble incriminación, que es aquel presupuesto de la cooperación judicial internacional, que condiciona esta a que el hecho enjuiciado sea delito en los dos Estados cooperantes, por lo que no se presta apoyo a la represión de actos en el extranjero que conforme a nuestro ordenamiento serían lícitos. Esta línea argumentativa ya fue empleada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, para rechazar la extradición de Falciani, en el auto de 8 de mayo de 2013.

En el caso enjuiciado, apuntaba la Audiencia que no se encuentra tipificado el delito de violación del secreto comercial y del secreto bancario en nuestro Código penal y que los hechos atribuidos a Falciani no podían ser constitutivos de un delito de deslealtad profesional tipificado en los artículos 278 y 279 de aquel, por no ser la información revelada lícita. Reforzaba esta afirmación, ya defendida por la Audiencia Nacional, a través del estudio de la sentencia condenatoria del Tribunal Penal Federal suizo, en que se absolvía a Falciani del delito de sustracción de datos, condenándole por los delitos cuya correspondencia no se apreciaba en el derecho español.

Expuesto el punto de vista de la Audiencia Provincial, debemos entrar en el comentario que de este hizo la STS 116/2017. Lo cierto es que, pese a hacerlo en términos elogiosos, rechaza íntegramente los argumentos empleados.

En primer lugar, respecto al principio de no indagación, el Tribunal Supremo recordaba el carácter limitado y relativo de esta doctrina, que no puede aplicarse en todo caso, como ya manifestó en el pasado (STS 829/2006 de 20 de julio, sobre la validez de una entrevista con un preso de la cárcel de Guantánamo en un ulterior proceso penal). Por ello, entendía que esta teoría no puede resolver la problemática planteada, pues elude entrar en el examen de si hubo o no lesión al derecho fundamental.

Respecto al principio de doble incriminación, y la falta de correspondencia entre las acusaciones sostenidas contra Falciani con nuestro ordenamiento penal, la sentencia manifestaba que *"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, tampoco podía este argumento sostener la validez de la prueba.

### 3.3. La exclusión probatoria en la STS 116/2017

Con carácter previo, el Tribunal Supremo efectuaba una recopilación de jurisprudencia comparada respecto de la admisibilidad de la Lista Falciani, y otras semejantes<sup>39</sup>, en diversos Estados de Europa. Menciona así pronunciamientos del Tribunal Federal Belga, de la Corte de Casación francesa, del Tribunal Constitucional alemán y de la Corte de Casación italiana. Todos ellos reconocieron valor probatorio a la lista, rechazando el efecto reflejo de la ilicitud original. Finalmente, también se aludía a la doctrina de la Corte Suprema de Estados Unidos, en los términos antes expuestos (caso US vs Verdugo- Urquidez<sup>40</sup>).

Por otra parte, dentro de los antecedentes invocados por el Tribunal Supremo, debemos destacar, dada su directa incidencia en nuestro derecho, por la vía del artículo 10.2 de la Constitución, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 6 de octubre de 2016, asunto K.S. y M.S. contra Alemania. Esta también admitió la validez de la lista como prueba, si bien de un modo indirecto, puesto que no fundamentaba tanto la condena, sino la autorización para efectuar una entrada y registro en domicilio particular. En efecto, el tribunal de Estrasburgo se pronunció a raíz de una demanda presentada por dos ciudadanos alemanes, que habían sido condenados en base a los indicios recabados con ocasión de un registro acordado judicialmente en base a la información obtenida como consecuencia de una filtración semejante a la Lista Falciani. Entendió el tribunal que la orden de entrada y registro, acordada en base a aquellos indicios, era proporcional al fin de la investigación del fraude fiscal, dentro de una sociedad libre y democrática.

Llegados a este punto, pasamos a examinar la ratio decidendi seguida por el Tribunal Supremo para admitir la controvertida Lista Falciani como medio de prueba. Esta se vierte en el fundamento sexto de la resolución y podría sintetizarse en que la regla de exclusión probatoria contenida en el artículo 11 LOPJ tiene su genuina misión en evitar los excesos policiales y de otros agentes del Estado durante la persecución de los delitos, de manera que no resulta aplicable al particular, que, al margen de la actividad estatal, obtiene ciertos medios de prueba. En palabras del propio tribunal: *"(P)ues 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*

---

<sup>39</sup> BLANCO CORDERO, Isidoro. *La admisibilidad de las listas de evasores sustraídas en el extranjero como prueba para acreditar la comisión de delitos fiscales*. Revista Indret 3/2015.

<sup>40</sup> 494 US 259, 1990.

*prohibición de valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales cobra su genuino sentido como mecanismo de contención de los excesos policiales”.*

Esta teoría, limitativa de la exclusión probatoria, resulta innovadora respecto de la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, como así reconocía la resolución. Con todo al mismo tiempo, afirmaba que su aplicación debe contextualizarse a través del adecuado juicio de ponderación: *“(E)l 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”.*

A continuación, la sentencia centraba este juicio de ponderación en torno al ámbito concreto del derecho fundamental afectado por la intromisión: *“(L)a 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 (...). 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”.*

Aplicando esto al caso de la lista Falciani, el tribunal partía de la convicción de que Hervé Falciani actuaba al margen del Estado en atención a que inicialmente él buscaba obtener un lucro económico y denunciar la injusticia del sistema tributario, finalidades muy lejanas a la cooperación judicial. Por lo tanto, resulta excluido del ámbito propio de aplicación del artículo 11 LOPJ.

La actuación de Falciani de un modo independiente al aparato punitivo resultaba manifiesto, a juicio del tribunal pues: *“(C)onforme expresan las autoridades suizas en la demanda de extradición, la disponibilidad de esos datos estaba tendencialmente orientada a la obtención de un rendimiento económico (...). 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”.* De este modo, concluía el Tribunal Supremo que: *“(L)a finalidad disuasoria que está en el origen de la exclusión de la prueba ilícita no alcanzaba a Belarmino, 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 todo ello, el tribunal alcanza la conclusión de que no debía aplicarse la exclusión probatoria del artículo 11 LOPJ, por lo que la lista Falciani constituía un medio probatorio apto para enervar la presunción de inocencia y fundar una condena por delito contra la Hacienda Pública.

#### ***4. La incidencia de la STS 116/2017 en la doctrina de la prueba ilícita: la disuasión del exceso policial como fundamento y fin***

Una vez hemos tratado el concepto de la prueba ilícita y su evolución, y tras el análisis de los argumentos de la STS 116/2017, debemos centrarnos en cómo esta afecta a la primera, determinando un paso decisivo en su desarrollo.

De lo expuesto en el apartado anterior resulta que lo esencial en la STS 116/2017 de 23 de febrero podría resumirse en la afirmación de que la regla de exclusión probatoria del artículo 11 LOPJ se concibe claramente como un mandato aplicable a las actuaciones de los poderes públicos, con carácter general, a fin de desincentivar la realización de actuaciones lesivas de los derechos fundamentales. En consecuencia, resultan admisibles los medios de prueba obtenidos con violación de aquellos, cuando el quebranto sea cometido por un particular.

Pues bien, esta nueva doctrina adoptada unánimemente por la sala supone la conclusión del proceso de deconstitucionalización de la regla de exclusión probatoria del artículo 11 LOPJ<sup>41</sup>. De este modo, la jurisprudencia española sigue los pasos de la doctrina de la Corte Suprema de Estados Unidos, descrita al inicio de esta exposición. Resulta ilustrativo comparar las partes transcritas de la STS 116/2017 con las del caso US vs Janis<sup>42</sup>. Afirma esta última: “(E)l principal propósito de la exclusión de las pruebas ilícitas, si no el único, es evitar las conductas policiales ilícitas” y que la exclusión “tiende a garantizar los derechos (...) a través de un efecto disuasorio (de la violación misma) y no tanto como expresión de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada”. No deja lugar a dudas la analogía con la tesis de la STS 116/2017, que afirma: “(L)a regla de exclusión sólo adquiere sentido como elemento de prevención frente a los excesos del Estado en la investigación del delito” y “la finalidad disuasoria que está en el origen de la exclusión de la prueba ilícita no alcanzaba a Belarmino”.

Este enfoque de la prueba ilícita nos aparta decisivamente del origen de la doctrina de la exclusión probatoria en nuestro derecho, que no es otro que la salvaguarda de los derechos

---

<sup>41</sup> MIRANDA ESTRAMPES considera que la deconstitucionalización de la regla se produjo ya con la STC 81/1998 y la teoría de la conexión de antijuridicidad (op. cit., 2013, p. 215 y siguientes). Sin embargo, no podemos compartir este juicio. Aunque es cierto que dicha doctrina supuso un paso importante en la interpretación restrictiva del artículo 11 LOPJ, la conexión de antijuridicidad incide sobre el efecto reflejo, desvinculando ulteriores pruebas de la original ilicitud. Las pruebas ilícitas, en sentido estricto, se mantienen igualmente excluidas, de manera que se garantiza la vigencia de los derechos fundamentales lesionados. Y es precisamente la tutela de estos la que inspira el juicio sobre la conexión de antijuridicidad y la necesidad de exclusión o no. En definitiva, la teoría construida por la STC 81/1998 no atenta contra la esencia de la exclusión probatoria, tal y como se configura en nuestro derecho, sino que la modula, atendiendo al mismo fin que busca servir.

<sup>42</sup> 428 US 433, 1976.

fundamentales como elementos preponderantes de nuestro ordenamiento jurídico en cualquier contexto, no solo en la actuación del Estado para la persecución del delito. Conviene no olvidar que la primigenia STC 114/1984 de 29 de noviembre respaldaba la nulidad de toda prueba adquirida por un acto violatorio de derechos fundamentales, público o privado, pues el origen del menoscabo no hacía este menos intolerable. Esta misma idea fue acogida por la LOPJ, cuyo artículo 11 no hacía distinción a este respecto.

En el mismo sentido, debe recordarse que la STC 114/1984 trataba sobre unas grabaciones obtenidas por un empresario y que fueron usadas en el pleito contra un trabajador, es decir, expresamente se estaba instaurando una doctrina, no solo común a particulares y entes públicos, sino que también buscaba ser unitaria en su aplicación en todos los procesos y órdenes jurisdiccionales. Tal intención se consagró cuando el legislador introdujo la regla de la exclusión en la Ley orgánica del Poder Judicial, con clara vocación de aplicación por todos los jueces y tribunales. Las declaraciones de la STS 116/2017 quiebran esta concepción, pues resultan imposibles de trasladar a los demás órdenes jurisdiccionales, en que suelen intervenir sujetos privados en ambas partes. De este modo, la sentencia insta una modalidad novedosa y propia de la prueba ilícita solamente aplicable dentro del proceso penal, lo que choca radicalmente con la jurisprudencia constitucional y con el mandato legal del artículo 11 LOPJ.

Con todo, es cierto que la limitación de los efectos de la lesión de derechos fundamentales en la obtención de la prueba no es novedosa. Por el contrario, como hemos ido exponiendo, se trata de una constante en el desarrollo jurisprudencial de la doctrina de la prueba ilícita en todos los Estados en que rige el principio. Sin embargo, esta sentencia supone un hito dentro de ese proceso, pues no solo atempera los efectos de la ilicitud probatoria, sino que altera la esencia del instituto, restringiéndolo al ámbito de los funcionarios públicos.

En este sentido, la propia resolución reconoce ser innovadora, citando numerosos ejemplos en los que la jurisprudencia de la sala acordó la exclusión de los medios de prueba ilícitos, cuando la ilicitud había sido cometida por un particular: "*(L)a 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)*".

En efecto, los argumentos empleados también habían sido valorados previamente por el Tribunal Supremo, si bien sin alcanzar el consenso suficiente. El voto particular de la STS 569/2013 de 26 de junio ya mencionaba la finalidad disuasoria como elemento para interpretar la regla de exclusión. Con todo, la STS 116/2017 cita dos ejemplos en que dejó de aplicarse la regla ante quebrantos cometidos por los particulares: la STS 793/2013 de 28 de octubre y la STS 45/2014 de 7 de febrero. Ambas merecen un examen detenido.

Por una parte, la STS 793/2013 de 28 de octubre analizaba la admisibilidad de unas grabaciones efectuadas con cámara oculta a los acusados, mientras los denunciados simulaban solicitar sus servicios, concluyendo que no podían excluirse como medios de prueba, pese a lesionar la

intimidad de los acusados. Sin embargo, este análisis no se basaba en que la grabación hubiese sido tomada por particulares ajenos al Estado, sin el fin de preconstituir la prueba, sino en el examen del conflicto entre el derecho a la intimidad y el derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso penal, en cuya ponderación no debía primar en todo caso el primero, excluyendo la prueba. Este juicio de proporcionalidad, esencia de aquel razonamiento, es ignorado totalmente por la STS 116/2017 que entra a valorar de un modo muy somero la lesión causada a la intimidad en su fundamento jurídico séptimo.

Por otra parte, la STS 45/2014 de 7 de febrero confirma el uso como prueba de grabaciones de una conversación tomadas por uno de los intervinientes, pues a él no le resulta oponible el secreto de las comunicaciones (como ya había dicho en su día la original STC 114/1984 de 29 de noviembre).

En ambos casos, la decisión de no excluir los medios de prueba discutidos no se debía al origen de las pruebas, sino al estudio del conflicto entre los derechos fundamentales lesionados posiblemente con su obtención y los fines que justifican esta. En otras palabras, para resolver la controversia planteada, debe examinarse exhaustivamente la colisión entre el derecho fundamental lesionado y los bienes jurídicos que ordinariamente justifican su restricción. La STS 116/2017 omite sustancialmente este juicio de ponderación.

El atento lector posiblemente haya detectado una contradicción en esta exposición, pues el Tribunal Supremo, con evidente mala conciencia, afirmaba en uno de los pasajes transcritos que su *"razonamiento no buscaba formular una regla con pretensión de validez general"*, y analizaba la incidencia en el derecho a la intimidad del acusado, concluyendo que este estaba solamente afectado en aspectos *"periféricos"*. Sin embargo, la resolución logra tácitamente aquello que formalmente niega, sentando una regla novedosa, pues el juicio de ponderación al que nos remite su fundamento jurídico séptimo brilla claramente por su ausencia. Este se limita a afirmar que en el caso enjuiciado se han afectado aspectos accesorios de la intimidad que no merecen ser sancionados con la exclusión probatoria, sin mayor justificación.

Es decir, condicionar la aplicación del artículo 11 LOPJ en los casos de pruebas obtenidas por particulares a un juicio cuyos criterios no se enuncian, no solo supone sentar un precedente de la doctrina enunciada, sino al tiempo abrir la puerta a su caprichosa aplicación o corrección. Como decíamos, esta es la grave laguna de la resolución, el omitir el estudio concreto del conflicto entre los bienes jurídicos implicados, al resolverlo en unas breves líneas.

En definitiva, la STS 116/2017, Sala Segunda, de 23 de febrero supone el culmen de un largo proceso de evolución jurisprudencial y doctrinal, que, finalmente, ha logrado desligar la exclusión probatoria de la ilícitamente obtenida del respeto a los derechos fundamentales como tal, y lo ha restringido a la lucha contra el abuso policial. Corresponderá al propio Tribunal Supremo, en lo sucesivo, confirmar o corregir esta nueva interpretación del artículo 11 LOPJ, sin perjuicio de lo que el Tribunal Constitucional pueda resolver en un hipotético recurso de amparo.

### *5. A modo de conclusión: propuestas para la reflexión*

Llegados a este punto, y expuesta la tesis principal de este trabajo, que no es otra que la respetuosa censura de la STS 116/2017 de 23 de febrero por desnaturalizar la doctrina de la prueba ilícita en nuestro derecho, vamos a permitirnos especular sobre los criterios a seguir para resolver la cuestión sobre la ilicitud de la llamada Lista Falciani. Vaya por delante que este ejercicio final no pretende ser exhaustivo, lo que resultaría imposible dada la imposibilidad de acceso a los detalles del supuesto de hecho, sino que solamente pretende exponer ciertas ideas que, a mi juicio, podrían ser de utilidad para afrontar en lo sucesivo esta problemática.

En primer lugar, atendiendo a la propia doctrina de la prueba ilícita y sus excepciones formuladas por la jurisprudencia previa a la STS 116/2017, podríamos plantearnos si entre la lesión al derecho fundamental a la intimidad del acusado y la prueba empleada por la Hacienda Pública española existe suficiente conexión. Atendiendo a la doctrina del nexo atenuado antes analizada, podría afirmarse que el menoscabo original a la intimidad se sitúa muy lejos de la prueba empleada, pues entre las mismas media un registro efectuado por las autoridades francesas, y la posterior entrega de información, mediante los mecanismos convencionales al Estado español. No obstante, desde un punto de vista natural, entre uno y otro hecho existe una relación de causalidad innegable.

A esta última afirmación cabría replicar que no existe conexión de antijuridicidad entre los actos de Hervé Falciani y la lista obtenida por la Agencia Tributaria. En este sentido, desde el punto de vista de la tutela del derecho a la intimidad, no existiría necesidad de exclusión de las pruebas. Con todo, ello supondría partir de que las pruebas presentadas son diferentes sustancialmente a la información extraída por Hervé Falciani de HSBC, lo que resulta algo complejo. Por el contrario, resulta más natural entender que se trata de la misma fuente de prueba, aquejada de idéntica ilicitud.

Otra posibilidad sería valorar la buena fe del sujeto que consiguió la lista, que no tenía otra misión que denunciar la comisión de ilícitos. Esta argumentación choca frontalmente con las conclusiones fácticas de la STS 116/2017 sobre el comportamiento de Hervé Falciani, que sitúa la sentencia en el ánimo de lucro.

Por último, la resolución comentada podría haber efectuado el juicio de ponderación<sup>43</sup> entre los bienes jurídicos que proponíamos en el apartado anterior, a fin de valorar si en el presente caso, la intimidad se ha visto efectivamente lesionada y dicha lesión conlleva o no la exclusión de la prueba. Por tanto, es preciso contraponer la intimidad, por un lado, y la tutela de bienes jurídicos como la persecución del ilícito, el derecho a la tutela judicial efectiva y el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos.

---

<sup>43</sup> La STS 5281/2016 de 30 de noviembre acude a este juicio de ponderación, a fin de valorar si la lesión de la intimidad de los acusados por otro particular impone el deber de exclusión de las pruebas, alcanzando una conclusión negativa, en el caso concreto.

Y en este estudio, dado el elemento internacional presente en el caso, debe tenerse en cuenta que el peso que nuestro derecho atribuye a los elementos de la comparación es distinto al otorgado por otros sistemas jurídicos, particularmente, el suizo. En efecto, es este contraste entre la protección que los distintos ordenamientos dispensan a la información económica y financiera el origen de la problemática planteada.

A esta idea alude brevemente la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, antes de entrar en el estudio del principio de doble incriminación: *“(N)os enfrentamos a una invocación del derecho fundamental a la intimidad (ciertamente reconocido en el artículo 18 de nuestra Constitución) que en este caso concreto -no es un matiz- sirve de modo incuestionable para ocultar el patrimonio, poniéndolo fuera del conocimiento y alcance de la autoridad fiscal española, y además oculto en una entidad bancaria de un país que se niega de manera sistemática y rotunda a facilitar cualquier información a otros países u organismos sobre su existencia y titularidad. (...) Es decir: se perfecciona hasta el límite la ocultación directa e indirecta de los fondos, con la exclusiva finalidad de sustraerlos al conocimiento de la Hacienda Pública correspondiente, y eludir el pago de tributos. Esto en la legislación española es, sencillamente, un delito.*

*No puede pretenderse que estas prácticas resulten amparadas por el ordenamiento jurídico, ni que a través del sofisticado diseño al que responde el sistema de ocultación se burle consciente y decididamente la aplicación de la ley penal urdiendo un entramado jurídico que, bajo la invocación premeditada del derecho fundamental a la privacidad garantice de antemano la impunidad. Como tampoco puede admitirse que para la lucha contra este tipo de delincuencia económica se traicionen los principios del Derecho y del Proceso penal que conforman nuestro sistema de garantías, habrá que ponderar todos los elementos en juego. Dentro de este ejercicio de ponderación, ya que se invoca la prohibición de efectos de la prueba obtenida de manera ilícita, no podemos dejar de recordar que en el mismo precepto en que se proclama este principio, el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se contienen otros que no pueden resultar obviados: las reglas de la buena fe en todo tipo de procedimiento y la prohibición del abuso de derecho”.*

Como vemos, la resolución defiende la necesidad de un juicio de ponderación dentro de la doctrina de la prueba ilícita. A nuestro juicio, este es el medio más efectivo para afrontar la cuestión. En particular, nos centraremos en el conflicto entre la intimidad con el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, y, frente al deber de denunciar, si bien cabrían otras posibilidades. Como decíamos, la intención no es dar una respuesta absoluta, sino solo reflexionar sobre el caso analizado.

### **5.1. El derecho a la intimidad frente al deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos**

La primera cuestión fue tratada originalmente por la STC 110/1984 de 26 de noviembre<sup>44</sup>, que afirmaba que el derecho a la intimidad no es absoluto y que, en particular, no abarca la información económica y financiera del contribuyente, que debe ser conocida por la

---

<sup>44</sup> Esta fue pionera en la materia y sentó una doctrina reiterada posteriormente por las SSTC 57/1994 de 28 de febrero y 143/1994 de 9 de mayo, así como por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 12 de diciembre de 1999 y 26 de junio de 2004, entre otras).

Administración a fin de poder dar efectividad a lo dispuesto en el artículo 31.1 de la Constitución<sup>45</sup>. Asimismo, para evitar que a partir de esta información, neutra desde el punto de vista de la intimidad, se pueda invadir el contenido esencial del derecho a la intimidad la Ley regula una serie de requisitos para la investigación de las cuentas bancarias del administrado, de los que se derivan una serie de garantías para este, como el carácter reservado de la investigación, por ejemplo<sup>46</sup>. Finalmente, afirmaba la resolución que ni el secreto profesional ni el secreto bancario resultaban oponibles a la Administración Tributaria como causa que justificase el cese del deber de terceros de contribuir a la investigación patrimonial de los contribuyentes<sup>47</sup>.

Expuesto lo anterior, los datos obrantes en la Lista Falciani sobre la titularidad e importe de ciertas cuentas en la entidad HSBC en Suiza no se encuentran protegidos en el derecho español por el derecho fundamental a la intimidad, pues como datos económicos se encuentran sometidos al deber de declaración a Hacienda, para asegurar la efectividad del artículo 31 de la Constitución. En consecuencia, no es posible invocar frente a la Hacienda Pública el derecho a la intimidad, pues esta está legitimada constitucionalmente para acceder a la información que se pretendía ocultar.

Este análisis de ponderación entre los bienes jurídicos en conflicto, unánime en nuestro derecho desde la anterior sentencia del Tribunal Constitucional, no puede verse afectado por el hecho de que el Estado suizo resuelva de modo distinto el mismo problema. Por el contrario, como afirmaba la resolución de la Audiencia Provincial ello supondría amparar el uso torticero del ordenamiento jurídico internacional para defraudar a la Hacienda Pública, dejando a esta, y los intereses que tutela, desamparados.

En este sentido, no puede olvidarse que las obligaciones fiscales del acusado surgen como consecuencia de mantener su residencia fiscal en España, y que estas afectan a la totalidad de su patrimonio y rentas obtenidas, ya en el territorio nacional o en el extranjero (artículos 2 y 9 de la

---

<sup>45</sup> Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio (artículo 31.1 Constitución española).

<sup>46</sup> Algunas de estas garantías serían las siguientes: "a) la autorización ha de proceder de ciertos órganos que se enumeran taxativamente (LRF, art. 42.1); b) en la autorización deben precisarse una serie de extremos, tales como las cuentas y operaciones que han de ser investigados, los sujetos pasivos interesados, la fecha en que la actuación debe practicarse y el alcance de la investigación (ibidem); c) la investigación se llevará a cabo según procedimientos específicos y, en su caso, con citación del interesado y en presencia del director de la Entidad bancaria de que se trate (LRF, art. 42.2); d) los datos o informaciones sólo podrán utilizarse a los fines tributarios y de denuncia de hechos que pueden ser constitutivos de delitos monetarios o de cualesquiera otros delitos públicos; e) se recuerda con especial energía el deber de sigilo que pesa sobre todas las autoridades y funcionarios que tengan conocimiento de los datos revelados en la investigación, sigilo que ha de ser «estricto y completo» y que está especialmente protegido porque la infracción del deber de guardarlo será considerado siempre falta disciplinaria muy grave, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y criminales que pudieran corresponder (LRF, art. 42.3)" (fundamento jurídico sexto, STC 110/1984 de 26 de noviembre).

<sup>47</sup> Estas últimas previsiones hoy se incluyen en los apartados 3 y 4 del artículo 93 de la Ley 58/2003 general tributaria: "el incumplimiento de las obligaciones establecidas en este artículo no podrá ampararse en el secreto bancario. (...) Los funcionarios públicos, incluidos los profesionales oficiales, estarán obligados a colaborar con la Administración tributaria suministrando toda clase de información con trascendencia tributaria de la que dispongan (...)".

Ley 35/2006 del IRPF). Por lo tanto, el cumplimiento de estas obligaciones debe ajustarse al ordenamiento jurídico español, sin que pueda la protección que el derecho suizo dispensa al secreto bancario frustrar los derechos de la Hacienda Pública. Así, expresamente, la Disposición Adicional Decimotercera de la anterior ley<sup>48</sup>, en su apartado 2, impone a los contribuyentes el deber de aportar datos económicos sobre sus actividades en paraísos fiscales<sup>49</sup>.

Este punto de vista es también señalado por la STEDH de 6 de octubre de 2016, *asunto K.S. y M.S. contra Alemania*, citada por la propia STS 116/2017 que afirmaba: “A mayor abundamiento, el dispositivo contenía información relativa a la situación financiera de los demandantes, que estaban obligados a comunicar a las autoridades fiscales domésticas, pero no datos íntimamente ligados a su identidad”<sup>50</sup>(apartado 53).

Llegados a este punto, concluimos que el contribuyente acusado de fraude fiscal no puede oponer a la Agencia Tributaria que su información financiera y económica se encuentre cubierta por su derecho a la intimidad, pues este cesa ante el cumplimiento de las obligaciones fiscales. Es decir, tal derecho no opera frente a la actuación de la Administración en el marco de un procedimiento de inspección tributaria legal, así como aquellos que tengan su origen en la cooperación internacional, conforme a los instrumentos convencionales vigentes. Por lo tanto, desde el punto de vista del derecho a la intimidad, la actuación de la Agencia Tributaria es inatacable.

No obstante, lo anteriormente expuesto no es predicable de la intervención de Hervé Falciani, pues esta se dio al margen de procedimiento legal alguno, sin ajustarse a los cauces y fines constitucionales que justifican y modulan la restricción del derecho fundamental a la intimidad. En efecto, sentadas las bases del conflicto entre el derecho a la intimidad y el deber de contribución al sostenimiento de los gastos públicos, resulta que la prevalencia del segundo se justifica en cuanto a la información económica del contribuyente, pero solo si se da la actuación de un funcionario público dentro de un procedimiento legalmente establecido, requisitos que no concurren en el origen de la Lista Falciani y cuya ausencia fue determinante para el Tribunal Supremo a fin de admitir la validez de la prueba.

---

<sup>48</sup> *Los contribuyentes por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o por el Impuesto sobre Sociedades deberán suministrar información, en los términos que reglamentariamente se establezcan, en relación con las operaciones, situaciones, cobros y pagos que efectúen o se deriven de la tenencia de valores o bienes relacionados, directa o indirectamente, con países o territorios considerados como paraísos fiscales.*

<sup>49</sup> Hasta 2010, Suiza estaba incluida en la lista de paraísos fiscales de la OCDE, en consecuencia, tenía tal consideración durante los ejercicios fiscales de 2005 y 2006, discutidos en el caso litigioso. Desde el 1 de enero de 2017, como consecuencia de la aplicación del Protocolo Modificativo del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza relativo al establecimiento de medidas equivalentes a las previstas en la Directiva 2003/48/CE del Consejo en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses de 2015, que supuso el inicio de intercambio automático de información tributaria a partir de 2018, Suiza está fuera de la categoría de paraíso fiscal.

<sup>50</sup> En la versión inglesa: “Moreover, the data carrier contained information concerning the financial situation of the applicants, which they were obliged to submit to the domestic tax authorities, but no data closely linked to their identity (compare *G.S.B. v. Switzerland*, no. 28601/11, § 93, 22 December 2015)”.

Esta paradoja pone de manifiesto, una vez más, que el Tribunal Supremo desoyó lo que él mismo ordenaba en el fundamento jurídico séptimo, pues no efectuó de un modo real ponderación entre los bienes jurídicos en liza, sino que aplicó automáticamente la doctrina sentada en el fundamento sexto, restringiendo la exclusión probatoria a las actuaciones del funcionario público.

## 5.2. El derecho a la intimidad y el deber de denunciar hechos delictivos

Lo anterior nos exige analizar la conducta de Hervé Falciani, a fin de comprobar si su conducta lesionó la intimidad del acusado<sup>51</sup>, al obtener copia de una serie de datos ilustrativos de la existencia de ciertas cuentas abiertas en el HSBC, con sus respectivas titularidades y contenidos. La cuestión es dilucidar si con arreglo al Derecho español tal conducta es lesiva del derecho fundamental a proteger y, en tal caso, si tal sacrificio resulta o no admisible.

Dentro de la jurisprudencia existen diversas respuestas al interrogante formulado. Así, por un lado, el auto de 8 de mayo de 2013 de la Sala Penal de la Audiencia Nacional, denegatorio de la extradición de Hervé Falciani, no solo consideraba que los hechos que se le atribuían no eran constitutivos de los delitos de revelación de secretos o de deslealtad profesional<sup>52</sup>, sino que tal conclusión se alcanzaba, respecto al primero de los delitos, por considerar que la actuación del ex empleado del HSBC resultaba justificada. Ello suponía la exclusión de toda ilicitud en la intromisión en la intimidad del acusado, pues la conducta estaría amparada por el deber de denunciar hechos delictivos. Apoyaba la Audiencia este pronunciamiento sobre la base de la Ley 15/1999 de protección de datos personales y la Directiva 95/46/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales. Estas, en síntesis, autorizan la cesión de datos personales no consentida por el titular cuando tenga por finalidad el cumplimiento de fines de interés general o de deberes legales del cesionario. En suma, desde este punto de vista, si bien se admitía tácitamente que la actuación de Hervé Falciani pudo lesionar el derecho a la intimidad, tal lesión resultaría justificada por el ordenamiento, dada la indiciaria apariencia delictiva de los hechos

---

<sup>51</sup> De entrada, siguiendo el análisis efectuado por la sentencia de instancia, resulta que de los cuatro delitos que Suiza le imputaba, dos de ellos (delito contra el secreto bancario y el secreto comercial) no solo no están tipificados en nuestro ordenamiento, sino que tampoco integran bienes jurídicos tutelados autónomamente como derechos fundamentales. Todo lo más, podrían calificarse como manifestaciones del derecho fundamental a la intimidad, si la información revelada afectase al cliente, mientras que si afectase al empresario, se trataría de una defensa penal del principio de libre mercado y competencia.

Esto mismo podría decirse respecto de la acusación de espionaje industrial, tipo que sí contempla nuestro Código penal en sus artículos 278 y 279, pues no busca amparar ningún derecho fundamental. Además, como razonaban la sentencia de instancia y el auto de la Audiencia Nacional de 8 de mayo de 2013 denegatorio de la extradición, los hechos no resultaban típicos, pues la información revelada afectaba a una serie de hechos presuntamente ilícitos (STS de 12 de mayo de 2008).

Así pues, el único derecho fundamental que, con arreglo al derecho español, pudo verse afectado es el derecho a la intimidad del acusado.

<sup>52</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *¿In dubio pro reo aut in dubio contra opulentibus? (Comentario a la STS 116/2017 de 23 de febrero sobre la prueba ilícita)*. Diario La Ley, Número 8974, 2017. El autor critica la resolución en base al deficiente control de doble incriminación.

revelados, lo que impediría extender a estos la protección del derecho fundamental<sup>53</sup>.

Por su parte, el Tribunal Supremo trató análoga cuestión en su STS 778/2013 de 22 de octubre<sup>54</sup>. En esta ocasión, el tribunal examinaba si la actuación de un médico cirujano, al denunciar ciertas prácticas de su compañía, que consideraba ilícitas, era constitutivo de un delito de revelación de secretos del artículo 197 del Código penal, en cuanto a la revelación de los datos personales de los afectados por tales prácticas. Pues bien, el denunciante fue absuelto por esta sentencia, que revocaba la condena impuesta en instancia. La sentencia estimaba que la conducta del profesional, al apoderarse de la documentación propia de los pacientes no estaba amparada en una causa de justificación, pero que respecto a la misma existía un error de prohibición invencible, lo que determinaba la absolución. Por el contrario, sí concurría la causa de justificación en relación al hecho de la denuncia formulada, debiendo prevalecer el deber prescrito por el artículo 259 de la Ley de enjuiciamiento criminal<sup>55</sup>.

Los dos supuestos analizados afectan a la problemática del llamado *whistleblower* (soplón o delator), esto es, el antiguo empleado o socio que denuncia prácticas irregulares de su anterior corporación, revelando hechos desconocidos por su posible ilicitud. Actuación que podría, a su vez, lesionar otros derechos como la intimidad o el secreto de empresa. Los antecedentes jurisprudenciales señalados examinan la cuestión de si la revelación es o no constitutiva de delito, pero no si los materiales recabados pueden ser o no prueba válida, razón por la cual, resulta conveniente examinar la tutela extrapenal del secreto y la intimidad.

A tal fin, resulta esclarecedora la Directiva 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2016 relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas<sup>56</sup>. Esta prevé la denuncia de actos ilícitos como supuesto justificado para la revelación de los llamados secretos comerciales<sup>57 58</sup>.

---

<sup>53</sup> Concluye el auto que *“el secreto no es un valor o un bien en sí mismo que merezca en sí y por sí mismo ser protegido, sino como elemento puramente instrumental para proteger lo que son auténticos bienes jurídicos merecedores de protección, tales como son la intimidad, la libre competencia, el secreto de empresa, la seguridad del Estado, etc., por ello resulta un elemento imprescindible la licitud de aquella información que se encuentra amparada bajo el secreto, bien sea bajo la protección de la intimidad o bajo la protección del secreto de empresa y, en todo caso, existen intereses superiores que relevan de este secreto y justifican la cesión de información en favor de determinados sujetos públicos, además de interesados, legitimados para conocer la información, tales como son las autoridades administrativas competentes en materia de defraudación tributaria, y específicamente el Ministerio Fiscal y los Tribunales, en la investigación y persecución de ilícitos penales”*.

<sup>54</sup> RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, “La trascendencia penal de la obtención y revelación de información confidencial en la denuncia de conductas ilícitas. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 778/2013 sobre el “caso de las prótesis mamarias””. Revista Indret 3/2015, 2015.

<sup>55</sup> Concluía la sentencia que *“la conducta de poner en conocimiento de la autoridad competente para la depuración de lo que entiende son hechos delictivos no es revelar secretos, sino cumplir con la obligación impuesta en el art. 259 y ss de la Ley de enjuiciamiento criminal, el deber de denunciar impuesto legalmente y con especial intensidad al médico (art. 262 de la Ley de enjuiciamiento criminal)”*.

<sup>56</sup> Esta norma aún está pendiente de transposición en el ordenamiento jurídico español. El artículo 19 concede un plazo a tal fin que vence el 9 de junio de 2018.

<sup>57</sup> Así, el artículo 5.2 señala que *“los Estados miembros garantizarán que se deniegue la solicitud de las medidas,*

Hechas las anteriores consideraciones, en primer lugar, es evidente que el comportamiento de Hervé Falciani lesionó la intimidad del acusado. Esta conclusión se desprende de la sola lectura de la STC 110/1984 de 29 de noviembre, que expresamente admitía que la información financiera, si bien no estaba a resguardo del conocimiento de la Administración Pública, sí formaba parte del derecho a la intimidad, razón por la que su investigación requiere garantías y procedimientos previstos legalmente.

Sentada la existencia de una lesión, la cuestión es si esta está o no justificada. Las sentencias citadas afrontan la cuestión desde el punto de vista de la tipicidad penal, lo que no nos da una respuesta absoluta. Dentro de estas, la STS 778/2013 de 22 de octubre admitía la existencia de una causa de justificación respecto de la revelación de información reservada, pero no de la obtención previa de los registros. Por último, desde el punto de vista de la tutela civil, la normativa comunitaria admite como justificada la obtención y revelación de información calificada como secreto comercial si se persigue denunciar irregularidades.

Lo anterior pone en evidencia, una vez más, lo errado de la STS 116/2017, al fundamentar la admisión de la Lista Falciani en el agente de la lesión, un particular, a quien no afectaría la prohibición del artículo 11 LOPJ, poniendo el acento en que el objetivo nunca fue perseguir delito alguno. Por el contrario, la jurisprudencia y normativa transcritas solo justifican tales lesiones de derechos fundamentales, cuando se den como consecuencia del cumplimiento del deber de denunciar delitos o prácticas irregulares, lo que, en muchos casos, tiene como objetivo natural el iniciar la persecución penal de ilícitos, en defensa del interés general. En suma, que la finalidad sea denunciar hechos delictivos o irregulares no es óbice, sino requisito esencial para que la intromisión en el secreto o el derecho a la intimidad resulte admisible. Si se diesen los anteriores requisitos, sí podría considerarse justificada la actuación de Hervé Falciani, y, por tanto, el derecho a la intimidad no podría excluir las pruebas obtenidas<sup>59</sup>.

---

procedimientos y recursos previstos en la presente Directiva cuando la presunta obtención, utilización o revelación del secreto comercial haya tenido lugar en cualquiera de las circunstancias siguientes: (...) b) para poner al descubierto alguna falta, irregularidad o actividad ilegal, siempre que la parte demandada actuara en defensa del interés general”.

<sup>58</sup> Se trata de una norma aún pendiente de implementación final, por lo que los detalles podrían variar e introducir cambios sustanciales. Sin embargo, a la espera de estos, podemos adelantar que se trata de una novedosa norma que en nuestro derecho no solo regularía la tutela civil del secreto industrial, sino también sus límites, lo que ayudaría a dibujar, en nuestro caso, los contornos del derecho fundamental a la intimidad.

<sup>59</sup> En el caso analizado en la resolución objeto de comentario, el Tribunal Supremo situó las motivaciones de Hervé Falciani en la obtención de un lucro económico, siguiendo las tesis acusatorias suizas. Al margen de la apreciación judicial sobre los fines de Hervé Falciani, cuestión sobre la que no se discutió en el procedimiento ni se practicó prueba, lo cierto es que la realidad de aquella sigue siendo un misterio, sin que pueda alcanzarse ninguna conclusión certera. Lo llamativo del caso ha dado lugar a la gran atención de los medios, que se plantean también ese interrogante. La siguiente publicación cita la declaración de Hervé Falciani ante la Audiencia Nacional, y tal testimonio contradice algunos de los argumentos empleados por la STS 116/2017; [https://www.elconfidencial.com/espana/2017-07-23/lista-falciani-supremo-recurso-revision-benzaquen\\_1417164/](https://www.elconfidencial.com/espana/2017-07-23/lista-falciani-supremo-recurso-revision-benzaquen_1417164/)

En definitiva, descartada la doctrina sentada por la STS 116/2017, es preciso valorar los bienes jurídicos en liza para fundamentar una decisión sobre la prueba ilícita. Aquí se ha intentado ofrecer alguna alternativa a la cuestión, que no es simple ni pacífica. Sin embargo, cerrar la controversia corresponderá a los jueces y tribunales que examinen los sucesivos casos que se presenten en base a la Lista Falciani. Ellos serán quienes acaben por decidir si las innovaciones aquí analizadas pasan a integrar pacíficamente la doctrina de la prueba ilícita en nuestro derecho.

## 6. Índice sistemático de jurisprudencia

### 6.1. Resoluciones españolas

#### 6.1.1. Tribunal Constitucional

<b>Tribunal, Sala</b>	<b>Número</b>	<b>Fecha</b>	<b>Ponente</b>
Tribunal Constitucional, Sala Primera	110/1984	16/11/84	Ángel Latorre Segura
Tribunal Constitucional, Sala segunda	114/1984	29/11/84	Luis Díez-Picazo y Ponce de León
Tribunal Constitucional, Sala Primera	85/1994	14/03/94	Fernando García-Mon y González-Regueral
Tribunal Constitucional, Sala Primera	86/1995	06/06/95	José Vicente Gimeno Sendra
Tribunal Constitucional, Sala Primera	49/1996	26/03/96	Manuel Jiménez de Parga y Cabrera
Tribunal Constitucional, Pleno	81/1998	02/04/98	Tomás Salvador Vives Antón
Tribunal Constitucional, Sala Segunda	22/2003	11/02/03	Tomás Salvador Vives Antón

#### 6.1.2. Tribunal Supremo

<b>Tribunal, Sala</b>	<b>Número</b>	<b>Fecha</b>	<b>Ponente</b>
Tribunal Supremo, Sala segunda	Auto -	18/06/92	Enrique Ruiz Vellido
Tribunal Supremo, Sala segunda	974/1997	04/07/97	Cándido Conde-Pumpido Tourón
Tribunal Constitucional, Pleno	81/1998	02/04/98	Tomás Salvador Vives Antón
Tribunal Supremo, Sala segunda	284/2000	21/07/00	Diego Antonio Ramos Gancedo
Tribunal Supremo, Sala segunda	836/2002	10/05/02	José Manuel Maza Martín
Tribunal Supremo, Sala segunda	009/2004	19/01/04	Joaquín Delgado García
Tribunal Supremo, Sala segunda	227/2006	08/03/06	Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
Tribunal Supremo, Sala segunda	811/2012	30/10/12	Cándido Conde-Pumpido Tourón

Tribunal Supremo, Sala segunda	298/2013	13/03/13	Antonio del Moral García
Tribunal Supremo, Sala segunda	569/2013	26/06/13	Perfecto Agustín Andrés Ibáñez
Tribunal Supremo, Sala segunda	778/2013	22/10/13	Andrés Martínez Arrieta
Tribunal Supremo, Sala segunda	793/2013	28/10/13	Manuel Marchena Gómez
Tribunal Supremo, Sala segunda	652/2016	16/07/16	Cándido Conde-Pumpido Tourón
Tribunal Supremo, Sala segunda	116/2017	23/02/17	Manuel Marchena Gómez
Tribunal Supremo, Sala segunda	228/2017	03/04/17	Alberto Gumersindo Jorge Barreiro

### 6.1.3. Audiencia Nacional

<b>Tribunal, Sala</b>	<b>Número</b>	<b>Fecha</b>	<b>Ponente</b>
Audiencia Nacional, Sala de lo Penal	Auto 19/2003	08/05/13	José Ricardo de Prada Solaesa

### 6.1.4. Audiencia Provincial

<b>Tribunal, Sala</b>	<b>Número</b>	<b>Fecha</b>	<b>Ponente</b>
Audiencia Provincial de Madrid, sección 23 <sup>a</sup>	280/2016	29/04/16	Celso Rodríguez Padrón

## 6.2. Sentencias de la Corte Suprema de Estados Unidos

<i>Caso</i>	<i>Referencia</i>	<i>Año</i>
Boyd vs US	116 US 616, 1886	1886
Weeks vs US	232 US 383, 1914	1914
Silverthorne Lumber Co. Vs US	251 US 385, 1920	1920
Nardone vs US	308 US 338, 1939	1939
Mapp vs Ohio	367 US 643, 1961	1961
Wong Sun vs US	371 US 471, 1963	1963
Miranda vs Arizona	384 US 436, 1966	1966
Alderman vs US	394 US 165, 1969	1969

US vs Calandra	414 US 338, 1974	1974
US vs Janis	428 US 433, 1976	1976
INS vs López-Mendoza	468 US 1032, 1984	1984
US vs Leon	468 US 897, 1984	1984
Segura vs US	468 US 796, 1984	1984
Nix vs Williams	467 US 431, 1984	1984
US vs Verdugo-Urquidez	494 US 259, 1990	1990
Hudson vs Michigan	547 US 586, 2006	2006
Herring vs US	555 US 135, 2009	2009

### 6.3. Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

<i>Caso</i>	<i>Referencia – Número de demanda</i>	<i>Fecha</i>
Schenk vs Alemania	10862/84	12/07/98
Khan vs Reino Unido	35394/97	12/05/00
Jalloh vs Alemania	54810/00	11/07/06
Bykow vs Rusia	4378/02	10/03/09

### 6.4 Sentencias de tribunales extranjeros

<i>Tribunal</i>	<i>Referencia</i>	<i>Fecha</i>
Tribunal Supremo Federal alemán (BGH)	BGHS 14, 358, 365	14/06/60

## 7. Bibliografía

AA. VV., Coord. GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *Prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*, Tirant lo Blanch, 1ª edición, Valencia, 2008.

AA. VV., Coord. HUESCA BOADILLA, Ricardo, *Procedimientos tributarios. Normas comunes, gestión e inspección. Comentarios a la Ley general tributaria y reglamentos de desarrollo con jurisprudencia*, Tomo I. Editorial La Ley, 1ª edición, Madrid, 2007.

AMBOS, Kai, “La teoría del efecto extensivo en el derecho procesal penal estadounidense y su traslado al proceso penal alemán” (traducción de María de las Mercedes Galli y Guillermo Orce), *Revista general de derecho Procesal*, número 29, 2013.

ARMENTA DEU, Teresa, *La prueba ilícita (un estudio comparado)*. 1ª edición, Madrid, 2009.

BLANCO CORDERO, Isidoro, “La admisibilidad de las listas de evasores sustraídas en el extranjero como prueba para acreditar la comisión de delitos fiscales”, *Revista Indret 3/2015*, 2015.

EUSAMIO MAZAGATOS, Ester y SÁNCHEZ RUBIO, Ana, *La prueba ilícita en la doctrina de la Corte Suprema de Estados Unidos*. Tirant lo Blanch, 1ª edición, Valencia, 2016.

LÓPEZ GUERRA, Luis. “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales españoles. Coincidencias y divergencias”. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 32, 2013.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *Concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. Especial referencia a la exclusionary rule estadounidense*, Ubijus Editorial, 1ª Edición mexicana, México DF, 2013.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones”, *Revista catalana de seguretat pública*, número 131, 2010.

RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, “La trascendencia penal de la obtención y revelación de información confidencial en la denuncia de conductas ilícitas. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 778/2013 sobre el “caso de las prótesis mamarias””, *Revista Indret*, 3/2015, 2015.

RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, “Licitud y validez de la prueba obtenida por particulares en el proceso penal: comentario a la STS 116/2017 de 23 de febrero que declara la validez de la “lista Falciani” para fundar una condena por delito fiscal”, *Diario La Ley*, número 8946, 2017.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, “¿In dubio pro reo aut in dubio contra opulentibus? (Comentario a la STS 116/2017 de 23 de febrero sobre la prueba ilícita)”, *Diario La Ley*, Número 8974, 2017.