



Universidad Internacional de La Rioja
Facultad de Derecho

MÁSTER UNIVERSITARIO EN DERECHO PENAL
INTERNACIONAL Y TRANSNACIONAL

Fraude fiscal, blanqueo y la utilización de
la prueba obtenida ilícitamente en el
extranjero

Trabajo fin de estudio presentado por:	ÁLVARO DE JUAN GARCÍA
Tipo de trabajo:	Investigación jurídica
Director/a:	INMER FRANCISCO PUERTA MIJARES
Fecha:	7 Diciembre 2022

Resumen

En 2009, un empleado de la banca extranjera HSBC es perseguido por haber sustraído ilícitamente los datos bancarios de sus clientes, al tiempo que dicha información reservada es utilizada por los diferentes Estados para iniciar procedimientos tributarios y, eventualmente, judicializar sus pretensiones por vía penal, resultando el contenido de los precitados ficheros en condenas por delito fiscal y blanqueo de capitales, entre otros. El tratamiento de estos datos en sede procesal para determinar su eficacia probatoria -pese a haber sido recabados por medios antijurídicos- se conoce como la doctrina Falciani, que supone un matiz -o complemento- a la teoría de la prueba ilícita. El presente estudio aborda la doctrina Falciani a la luz de la revisión de la naturaleza jurídica de las principales categorías dogmáticas que intervienen en su conformación, y llega a la conclusión de que la jurisprudencia ha venido limitando injustificadamente el imperativo constitucional de exclusión probatoria.

Palabras clave: Transnacionalidad, intimidad económica, secreto bancario, regla de exclusión, para-procesalidad

Abstract

In 2009, an employee from the HSBC bank system was prosecuted for illegally stealing personal economic data from its customers, while that private information is used to initiate numerous procedures for tax evasion, in both administrative and criminal fields, leading to prison sentences for tax crimes and money laundering, amongst other crimes. The procedural treatment of this data to determine its usability -eventhough it has been obtained by illegal means- is known as the "Falciani doctrine", that poses as an exception -or complement- to the theory of the exclusionary rule. The paper examines the issue by reviewing the legal nature of the main legal figures involved, including the internationality element, and comes to the conclusion that the jurisprudence has been unjustifiably limiting the constitutional obligation that is the exclusionary rule.

Keywords: Falciani list, economic privacy, bank secrecy, exclusionary rule, purposeful evidence

a Maite, donde la vida comienza y el amor nunca acaba

a Jordi, por creer en mí

a Noe, por hacer que todo tenga sentido

Artículo 28 C.P.:

“También serán considerados autores (...) b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado”

Índice de contenidos

1. Introducción	5
1.1. Justificación del tema elegido	
1.2. Problema y finalidad del trabajo	6
1.3. Objetivos	6
2. Marco teórico y desarrollo	8
2.1. Sobre el auge y naturaleza de la criminalidad transnacional	
2.1.1. En particular, la delincuencia fiscal y la legitimación de activos	9
2.2. Las barreras procesales en la persecución del fraude transnacional	11
2.2.1. El secreto bancario	13
2.2.2. La intimidad económica como derecho fundamental	17
2.2.3. Algunas consideraciones sobre la prueba ilícita como límite al ejercicio del <i>ius puniendi</i> del Estado	20
2.3. El caso de las listas reservadas de entidades bancarias extranjeras y su incorporación como prueba: La doctrina Falciani	24
2.3.1. La jurisprudencia abrumadoramente unánime	28
2.3.2. Dificultades dogmáticas de la consideración jurisprudencial del problema. Excurso: La doctrina Falciani y la concepción significativa de la acción	34
2.4. Sobre el Derecho comparado	48
3. Conclusiones	52
Referencias bibliográficas	56
Listado de abreviaturas	67

1. Introducción

1.1. Justificación del tema elegido

La criminalidad económica supone un problema a gran escala que afecta, en primer lugar, a los Estados en sus adentros, y en segundo lugar, a la comunidad internacional en su conjunto. Parece evidente que el ejemplo más paradigmático de la misma es el fraude fiscal, pues afecta a los recursos de los países y a su capacidad de dirigir, orientar y satisfacer su propia política económica. Pero además, ello entraña conexiones con terceros países: La liberalización de los mercados, el neoliberalismo y la globalización permiten a las corporaciones transnacionales practicar *forum shopping* entre distintas legislaciones fiscales y laborales. Ello puede dar lugar a riesgos como el incremento de la delincuencia organizada, la creciente legitimación de los activos procedentes de la misma, o la opacidad derivada del secreto bancario.

Estas nuevas formas de criminalidad no hacen más que acentuarse con el nacimiento de la *sociedad del riesgo* -según expresión del profesor Silva Sánchez¹-. Evidencia de ello es la reciente creación de la Fiscalía Europea, o las modernas propuestas de extensión del principio de jurisdicción universal a los delitos económicos -véase los Principios de Buenos Aires, o el Protocolo de Malabo de la Corte Africana de Derechos Humanos-.

La lucha procesal de los Estados -a través de la Fiscalía, la judicatura y las unidades policiales especializadas- contra el fraude fiscal y su consecuente blanqueo debe, no obstante, ser respetuosa con los derechos fundamentales. Aquí subyace un juicio ponderativo fundamental entre la investigación del ilícito penal -con las dificultades añadidas inherentes a la tecnología y la transnacionalidad, *id est*, la cultura y sistema jurídico de otros países, por ejemplo, en la manera de practicar la prueba- y los derechos fundamentales de los investigados como obligados tributarios, en calidad de contribuyentes, sustitutos, retenedores, etcétera, cuya profundización desde la doctrina deja mucho que desear.

¹ SILVA SÁNCHEZ, La expansión del Derecho Penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid, Ed. Civitas, 2001, P.52.

1.2. Problema y finalidad del trabajo

Es en este punto donde se plantea la cuestión jurídica principal objeto del presente estudio; ¿Puede, y de ser afirmativo, en qué términos sería legítimo utilizarse en un proceso penal la prueba del fraude y del blanqueo, obtenida mediante la vulneración del derecho fundamental a la intimidad, toda vez que se produce con el acceso y distribución de listas reservadas de entidades bancarias por empleados de las mismas?

Se trata del dilema que presenta el llamado caso lista Falciani, y respecto del cual la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales de los distintos países ha producido doctrina heterogénea y cuyo análisis no puede obviarse al abordar el asunto y realizar una toma de postura ya que -por razones que más adelante se indicarán- se trata de un asunto relativamente reciente y, en opinión de algunos, todavía no resuelto -cuanto menos, a nivel doctrinal-.

Es por lo anterior, que estamos en condiciones de afirmar que se trata de un tema de primicia actualidad que todavía permite aproximaciones científicas novedosas como son las que este trabajo pretende. Estas consideraciones merecen un estudio pormenorizado y justifican la presente investigación.

1.3. Objetivos

No solamente debido a la complejidad técnica de la materia -que integra tanto elementos de derecho sustantivo como son la criminalidad organizada y el fraude fiscal; como de derecho procesal, como son los conflictos de ponderación de derechos fundamentales, máxime cuando concurren vínculos transfronterizos- sino también debido a la escasa literatura jurídica específica existente sobre este asunto, se trata de un tema de gran envergadura y que requiere una aproximación ambiciosa y multidisciplinaria.

El objetivo que presenta el trabajo es resolver un problema jurídico insuficientemente

explorado en nuestra jurisprudencia. Y se desdobra en cuatro puntos silogísticos, a saber:

I. En primer lugar, se realizarán algunas consideraciones sobre la represión de la criminalidad económica en clave transnacional.

II. Más adelante, se ahondará en aquellas singularidades propias del crimen económico transnacional que suponen un reto para su prevención y castigo. Lógicamente, se trata de elementos coyunturales e inherentes a la política económica de cada Estado, pero también se trata de garantías desde la perspectiva del investigado. Por esta razón, en el trabajo son referidas como barreras, para evitar una posible connotación peyorativa de las mismas.

III. Se planteará la cuestión jurídica principal, que es la relativa a la prueba obtenida mediante la filtración por particulares de listas secretas de presuntos evasores fiscales y su eficacia para enervar la presunción de inocencia, que no es sino un exponente de los múltiples retos aparejados a la persecución de la criminalidad económica, que escapa de los límites del Derecho penal clásico. Se llevará a cabo un recorrido de la jurisprudencia -incorporando los elementos de derecho comparado que se consideren relevantes para el tratamiento del objeto del estudio- y se realizará una crítica toma de postura.

IV. Finalmente, el trabajo integra unas conclusiones finales, que no guardan en modo alguno vocación de universalidad.

El que escribe estas líneas no guarda el propósito de llevar a cabo una recopilación sistemática de la doctrina y jurisprudencia existente sobre esta cuestión jurídica concreta, sino de desempeñar una labor de exégesis e interpretativa en clave de derecho comparado que resulte en una idea original -sea en forma de crítica, de propuesta o de reflexión- y que contribuya, en la medida de sus cortas posibilidades, a realizar un avance en el análisis científico de esta materia.

Una materia que, en la jurisprudencia actual, presenta lagunas y vacíos lógicos que pueden derivar en una desprotección jurídica del contribuyente, pues el servicio público y la salvaguarda de las garantías del ciudadano son la vocación y el cometido del que escribe estas líneas.

2. Marco teórico y desarrollo

2.1. Sobre el auge y naturaleza de la criminalidad transnacional

En el curso de una discusión entre Glaucón y Sócrates -en *La república* de Platón- sobre qué debe entenderse por el término “justicia”, se hace referencia a Giges, rey de Lidia, y su anillo. Cuenta la historia que Giges era un hombre honrado, honesto y venerado entre los suyos. Pero un día se hizo con un anillo mágico. Un anillo que, al colocarse, le dota de invisibilidad y le lleva a cometer crímenes de toda naturaleza. Una simple alhaja que es capaz de alterar la moral y de convertir al hombre más virtuoso en vil. Es irrelevante que la portara una persona íntegra o no; el comportamiento de ambos derivaría en la más absoluta perversión, ya que el fundamento de la buena conducta no es la virtud, sino el miedo al castigo².

Este relato sirve para invocar la idea de que la sensación de impunidad genera *per se* factores criminógenos que incrementan la posibilidad de ejecutar conductas penales desviadas. Esta sensación de impunidad puede verse alimentada, *exempli gratia*, por la integración del sujeto en una organización, como ocurre en el caso de las personas jurídicas³. Sin embargo, en la rabiosa actualidad el mayor escenario en que se plantea -y se magnifica- esta contrastada circunstancia es en el ámbito de la criminalidad transnacional.

Los delitos transnacionales no son nada nuevo bajo el sol. Pero integran una realidad criminológica que no hace más que experimentar transformaciones con la globalización, los avances digitales y el auge de las nuevas tecnologías hasta convertirse en un fenómeno preocupante. Con alcance meramente ejemplificativo, asistimos a la creación de empresas fantasma, cuentas numeradas o la existencia de ingeniería y paraísos fiscales -esto es,

² LAIRD, A. (2001). Ringing the Changes on Gyges: Philosophy and the Formation of Fiction in Plato's Republic». *Journal of Hellenic Studies* 121. Pp. 12–29. En particular, el diálogo 2:359a–2:360d. “y nada probaría mejor que ninguno es justo por voluntad, sino por necesidad, y que el serlo no es un bien para él personalmente, puesto que el hombre se hace injusto tan pronto como cree poderlo ser sin temor”.

³ DE JUAN GARCÍA, A. Sobre la carga probatoria del elemento de idoneidad en los programas de compliance penal. *Noticias Jurídicas*. 26 de octubre de 2018.

terceros países que ofrecen ventajas fiscales en su legislación, con la potencialidad de permitir o facilitar así la ocultación el origen ilícito de determinadas ganancias⁴-. En definitiva, el reciente crecimiento de la delincuencia transnacional resulta cuanto menos preocupante, y su causa está directamente vinculada -volviendo al símil de Giges y su anillo- a la creación de estructuras que separan ficticiamente la realidad del individuo, y de mecanismos que le asisten en la elusión de su responsabilidad. A continuación se proponen dos de los ejemplos más paradigmáticos.

2.1.1 En particular, la delincuencia fiscal y la legitimación de activos

Ya se ha establecido con anterioridad (Introducción, *vid.* 1.1) que el delito fiscal afecta a la función recaudatoria y redistributiva del Estado⁵, y que tenga repercusión internacional es relativamente comprensible a la luz de la libre movilidad de la empresa, que es una consecuencia inherente a la liberalización de los mercados⁶, facilitando con ello el intercambio de mercancías, de moneda y de capital. Y es todavía más común teniendo en cuenta el crecimiento de la delincuencia organizada, que implica que los ingresos obtenidos por las organizaciones criminales *no revierten fiscalmente vía impuesto en las arcas del estado; es una consecuencia inherente a la ilicitud del origen*⁷.

En el caso de España, el delito fiscal viene regulado *ex* artículo 305 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante, C.P), y hace referencia a la evasión de las obligaciones jurídico-tributarias debidas, tratándose de un delito especial de carácter doloso. El delito fiscal afecta, en esencia, a lo que RAWLS denomina el *consenso entrecruzado*⁸; un concepto de justicia que descansa sobre la cooperación social al ámbito de

⁴ PAINO RODRIGUEZ, F. J., *Una aproximación a la delincuencia organizada*. Servicio de Publicaciones Facultad Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2ª Ed. Madrid, 2018. Pág. 117.

⁵ GALÁN MUÑOZ, A., NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa*. 2ªEd: Valencia. Tirant lo Blanch, 2019. p. 251 y ss.

⁶ SERRANO PIEDECASAS, J. R., DEMETRIO CRESPO, E., *Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico*. Ed. Colex, Madrid, 2008. p. 365.

⁷ BARRIGA BEYODA, F. *El lavado de activos en Iberoamérica y la necesidad de la armonización legislativa (derecho internacional comparado)*. Instituto ecuatoriano de estudio para las relaciones internacionales, 2011. p. 173.

⁸ FERNANDEZ MANZANO, J. A.. *La idea del consenso entrecruzado en el liberalismo político de John Rawls*. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Ciencias Políticas. 2016.

las instituciones y las *demograntías*⁹ como la sanidad pública, la educación universal o las prestaciones sociales. Podría decirse que, de la misma manera en que el delito urbanístico afecta al bien jurídico de la *función social del suelo*¹⁰, es pacífica y consolidada doctrina actual que el delito fiscal afecta a la función social del tributo (configurándose como un bien jurídico material¹¹), y no al mero patrimonio del Estado (de carácter más bien formal).

Sumándose al problema anterior, está el que consiste en el aprovechamiento del ilícito enriquecimiento patrimonial. Es decir, convertir dinero ilegítimo e inaparente a los ojos del Estado, en legítimo. Como señala D'ALBORA¹², el término *blanqueo de capitales* responde a una jerga económico-empresarial técnicamente imprecisa -razonamiento que aquí se hace extensivo- y, en consecuencia, en adelante será referido como *legitimación de activos*. La persecución de la misma se materializa en el artículo 301 C.P.

Precisamente, por dinero negro se entiende aquel que no puede estar sujeto a la fiscalización de la Hacienda Pública y, por lo tanto, libera a su detentador del deber de contribuir a la carga económica del Estado. Pero el dinero negro lleva consigo determinadas desventajas como la inoponibilidad del mismo e incluso a efectos de utilidad registral en la adquisición de propiedades¹³, y ello, a ojos del delincuente de cuello blanco, hace necesario su blanqueamiento; es decir, la *perpetración de una situación antijurídica de contenido económico* (CORCOY¹⁴), ya sea por medio de inversiones inmobiliarias, adquisición de enseres artísticos o incluso en simulaciones contractuales vinculadas a falsos premios de lotería¹⁵.

⁹ ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO. Dirección del Servicio Jurídico del Estado. Manual de Delitos contra la Hacienda Pública. Thomson Aranzadi, 2008. p. 73.

¹⁰ DE JUAN GARCÍA, A; CASAS HERVILLA, J, (dir). Una revisión crítica del injusto propio del 319 C.P. en sede de fragmentariedad penal. 2019. Universidad Autónoma de Barcelona, Facultad de Derecho. Disponible en: <https://ddd.uab.cat/record/206358>. (Fecha de consulta: 19/10/2022).

¹¹ *Op. Cit.* ABOGACÍA (2008), p. 24.

¹² D'ALBORA, F. J, *Lavado de dinero*. 2ª ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2011. p. 14

¹³ BAJO FERNANDEZ, M., BACIGALUPO, S., *Política criminal y blanqueo de capitales*. Ed. Marcial Pons, 2009, Barcelona. P. 13

¹⁴ CORCOY BIDASOLO, M., GOMEZ MARTIN, V. (dir), *Derecho Penal Económico y de Empresa. Parte General y Parte Especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*. Tomo 2. 2da Ed, Tirant lo Blanch, 2020. Valencia. p. 575. Para mayor abundamiento, COBO DEL ROSAL sustituye el término legitimación por *descontaminación*. En este sentido, COBO DEL ROSAL, M., ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C., *Blanqueo de capitales. Abogados, procuradores y notarios, inversores, bancarios y empresarios*. Ed. CESEJ, 2005, Madrid. p. 107.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, STS) 501/2019 de 24 de octubre. (Ponente: Sánchez Melgar).

2.2. Las barreras procesales en la persecución del fraude transnacional

La constatación de lo anterior no supone descubrir el Mediterráneo. Lo que se ha tratado de poner de relieve es que es patente que la transnacionalidad de un crimen da lugar a dificultades añadidas en la persecución del mismo, máxime cuando se trata de delitos económicos. El derecho penal económico constituye, sin duda alguna, un reto para el derecho penal clásico cuya dogmática gira alrededor de delitos de acción y referidos a bienes jurídicos individuales. De hecho, tercia SILVA SÁNCHEZ¹⁶ en el sentido en que la responsabilidad penal de la persona jurídica supone un fracaso del derecho penal clásico, debido a la imposibilidad del mismo de individualizar al concreto sujeto responsable.

Las instituciones actuales de teoría del delito, ciertamente, abarcan cuestiones como el desvalor del elemento volitivo o la limitación de la relevancia jurídico-penal del error de prohibición. Y si bien el sistema causalista-naturalista ya tempranamente supuso la superación de problemas como la comisión por omisión, no es más cierto que al analizar categorías dogmáticas en particular, resulta evidente que su configuración teórica necesita evolucionar para dar soluciones -se sobreentiende, justas- a nuevos hechos, particularmente aquellos derivados de lo que MARTÍNEZ-BUJÁN¹⁷ denomina las *singularidades* de la criminalidad económica, que SILVA SÁNCHEZ¹⁸ categorizaría a nivel dogmático como la lógica de la imprudencia, la culpa consciente o la ignorancia deliberada.

Así, nuestro sistema jurídico -incluyendo una desfasada Ley de Enjuiciamiento Criminal- se

¹⁶ SILVA SÁNCHEZ, La expansión del Derecho Penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid, Ed. Civitas, 2001, P. 108. *“Además, es preciso determinar cómo se construye la imputación subjetiva de la persona jurídica en caso de actuaciones de órganos colegiados, en las que unos miembros obran con dolo y otros no; si cabe un a suma de conocimientos individuales, cada uno por sí mismo insuficiente, para conformar el dolo de la empresa; si causas de exclusión de la responsabilidad concurrentes en el miembro de la empresa pueden beneficiar a ésta o no...”*

¹⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico y de la Empresa. Parte General*. 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch. 2011. P. 67.

¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial B de f. 2016. P. 2 y ss.

construye sobre una lógica que se halla sometida a tensión derivada de los casos del Derecho penal económico. Estas singularidades se refieren a la falta de formación especializada de los efectivos policiales; la deficiencia en los peritajes judiciales económicos; la complejidad del tejido jurídico edificado por el delincuente; la naturaleza del delincuente mismo, así como, naturalmente, la internacionalidad del crimen.

Ello implica -se reitera, debido a una anacrónica lógica dogmática e infraestructura procesal- que el *ius puniendi* del Estado está más preparado para investigar y poner en marcha sus mecanismos de punición frente a un sujeto individual que conduce superando las tasas de alcoholemia legalmente permitidas (delito contra la seguridad vial), que frente a una peluquería de grandes dimensiones, atestada de una multitud de trabajadores, con escasa o esporádica actividad profesional efectiva en sus adentros (blanqueo de capitales o legitimación de activos).

En cuanto a lo que al presente interesa, para hacer frente a nuevos fenómenos como son las empresas pantalla o la opacidad bancaria, el Estado recurre a mecanismos como el levantamiento del velo o los instrumentos de cooperación judicial internacional, anticipando aquí la especial relevancia del intercambio de información tributaria. Pero, si bien la necesidad crea la virtud, toda lucha contra estas nuevas realidades debe ser respetuosa con los derechos fundamentales, ya sean estos de carácter material o sustantivo.

Sumándose a ello la transnacionalidad, que añade otra dificultad. Esta vez, de carácter probatorio, ya que no todos los Estados ofrecen un mismo tratamiento de la regla de exclusión probatoria por ilicitud, de la que más adelante se hará un extenso examen.

Un ejemplo paradigmático de un cúmulo de la mayoría de las anteriores circunstancias -*experiencias jurídicas*¹⁹- es el que se plantea como cuestión jurídica principal que se pretende abordar en el presente trabajo: el caso Lista Falciani, que involucra cuestiones de derecho penal económico (el delito fiscal y la legitimación de activos), político-constitucional (la intimidad económica y el secreto y reserva bancaria), mercantil (intermediación financiera y secreto empresarial), tributario (los paraísos fiscales y los límites a la actuación de la Administración tributaria) o procesal (prueba ilícita y para-procesalidad en la obtención de

¹⁹ DÍEZ-PICAZO, L. *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*. 3ª ed. Barcelona: Ariel. 1999.

prueba).

Sin ánimo de anticiparse en exceso y de ser invasivo con el terreno de otras partes de este trabajo, el caso Lista Falciani presenta un asunto que permite reflejar palmariamente los escollos que a efectos de represión supone el auge de la criminalidad económica, en que la confluencia de la cultura jurídica de diferentes Estados supone un elemento científicamente enriquecedor, pero al mismo tiempo un muro paralizante: un doloroso privilegio.

El planteamiento general es el siguiente: Existen determinadas entidades bancarias extranjeras que disponen de listas reservadas de datos de defraudadores fiscales y de blanqueadores de capitales. Estos vienen amparados por el sistema jurídico del Estado de la entidad y, en general, por los derechos fundamentales en tanto que obligados tributarios.

De ahí se deriva la cuestión: En caso de hacerse acopio por medios ilícitos un particular de dicha información, ¿puede ser esta empleada como prueba en un proceso penal posterior en España?

El planteamiento de esta cuestión jurídica -que ha motivado al Tribunal Constitucional de España (TC, en lo sucesivo) a modificar su doctrina sobre la relativización de la regla de exclusión probatoria, en cierto modo contradiciendo al Tribunal Supremo- se desenvolverá con pelos y señales más adelante, una vez establecida una base teórica que permita llevar a cabo una postura fundada respecto de la solución adoptada por dicha jurisprudencia.

Pero primero de todo, y para que este barco llegue a buen puerto, se establecerá una serie de premisas partiendo del estudio multidisciplinario de la naturaleza jurídica de tres figuras potenciadas por el auge del crimen transnacional -escenario en que se mueve actualmente una ingente cantidad de activos derivados del delito fiscal y la legitimación de activos-, como son el secreto bancario, la intimidad económica, y la prueba ilícita en sede internacional.

2.2.1. El secreto bancario

En el intercambio de información tributaria entre Estados como forma de lucha contra el fraude fiscal y la legitimación de activos, no son pocos los obstáculos o garantías oponibles que pueden encontrarse. Ni son baladí. Uno de ellos es el secreto bancario.

Puede entenderse el secreto bancario, según PINTO LAVÍN²⁰, como aquel compromiso, a cargo de una entidad bancaria, de mantener como reservada la información obtenida en virtud de sus relaciones jurídicas con sus usuarios (salvo consentimiento o causa legal), salvaguardando así los datos económicos derivados de las relaciones de comercio como reflejo de la intimidad personal, concepto al que más adelante se hará extensa referencia.

Abstracción hecha de la anterior afirmación, el secreto bancario puede generar preocupaciones como la competencia fiscal desleal -como *nicho potencial de planificación fiscal agresiva*²¹-. De la misma manera, una de las respuestas procesales a la delincuencia fiscal es precisamente el levantamiento del secreto bancario²². Esto es así ya que el sistema opaco que ofrece permite ampararse en la legalidad para no facilitar la identidad de los clientes, posibilitando la comisión de delitos y dificultando una cooperación policial²³ e investigación eficaz, ya sea en instrucción, o incluso en diligencias de investigación pre-procesal ante la Fiscalía (artículo 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, -EOMF-).

A esta dificultad se suma la derivada de la extraterritorialidad; *id est*, cuando se trata de datos en poder de entidades bancarias situadas extramuros de la soberanía del Estado. Precisamente, se entiende la legitimación de activos como aquel *proceso complejo que tiene por objeto desvincular el dinero de su origen*²⁴, y el íter ordinario consiste en transferencias

²⁰ PINTO LAVIN, J. *Secreto bancario. Régimen legal*. 1ª ed. Santiago, Chile: Padmos. 1980. Pp. 78 y ss.

²¹ En sentido crítico del secreto bancario, CALDERÓN CARRERO, J. M., QUINTAS SEARA, A.: *Cumplimiento tributario cooperativo y Buena gobernanza fiscal en la era BEPS*. 1ª ed. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi. 2015. P. 238.

²² GONZALEZ CUSSAC, J. L. *SEXTA LEY DE REFORMA DEL DERECHO PENAL (1998)* Revista Penal Nº 50 Julio 2022 Especial XXV Aniversario. "La corrupción como una amenaza para la seguridad nacional". Pp. 152 y ss.

²³ PUERTA MIJARES, I. F., *Necesidad de una Amplia Cooperación Policial y Judicial entre los Órganos de Persecución Penal Internacional de la Unión Europea*. En Revista Científica Virtual N°5-RECAMPI-12. Revista Científica virtual, Red de Capacitación del Ministerio Público Iberoamericano. Número 5 - Marzo 2017. Caracas, Venezuela. P. 14

²⁴ GUIASOLA LERMA C., PERIAGO MORANT, J. J. *Tutela de los bienes culturales. Una visión cosmopolita desde el derecho penal, el derecho internacional y la criminología*. 1ª ed. Barcelona: Tirant lo Blanch, 2021. P. 180.

de capital a cuentas situadas en paraísos fiscales que ofrecen el secreto bancario.

No es pretensión de este trabajo -por inabarcable- establecer una toma de postura dogmática acerca de la legitimidad axiológica del secreto bancario. Sin embargo, resulta fundamental, a efectos de sostener la premisa del mismo, señalar que aunque algunos lo consideren como un medio para el fraude fiscal y el blanqueo²⁵ (es decir, como barrera a la aplicación del sistema tributario transnacional), no es menos importante la consideración de este como un medio para salvaguardar un derecho de elevada categoría como es la intimidad personal.

No solamente identifica la OCDE²⁶ el secreto bancario como un elemento estimulante de un sector activo de los servicios financieros, sino que desde un prisma técnico, se trata de una limitación o garantía frente al intercambio de información tributaria²⁷. Un obstáculo íntimamente ligado a las garantías del contribuyente en lo relativo a su intimidad -de la misma manera que acontece con el secreto profesional, industrial o de protocolo notarial²⁸-.

El tratamiento jurisprudencial en España es contundente. En un asunto relativo al principio de doble incriminación, el Auto 19/2013 de la Audiencia Nacional especifica que no existe protección penal específica alguna del secreto bancario en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, ha de recordarse la Sentencia de la AN Sala Contencioso-Administrativo de 5 de noviembre de 2001 (FJ Segundo) que señala que *“con independencia del encaje jurídico del secreto bancario y de si éste está o no expresamente reconocido en nuestro ordenamiento, se ha de entender que las injerencias arbitrarias o ilegales están proscritas en nuestro ordenamiento jurídico”*. El TC, como más adelante se desarrollará, tercia en el sentido en que el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos puede imponerse a la tutela de la intimidad económica al ser estos confrontados entre sí, partiendo de la base de que

²⁵ ESPAÑA ALBA, V. M. *Blanqueo de capitales y secreto bancario*. Granada: Universidad de Granada, 2016. Consultable en: [<http://hdl.handle.net/10481/44018>]. P. 227

²⁶ OECD (2000), *Mejorar el acceso a la información bancaria por motivos fiscales*, OECD Publishing, Paris. Consultable en <https://doi.org/10.1787/9789264481268-es>. P. 19.

²⁷ MARTÍNEZ GINER, L.A. *La protección jurídica del Contribuyente en el intercambio de información entre Estados*. 1ª ed. Madrid: lustel. 2008. Pp. 55 y ss.

²⁸ QUIRÓS DE ORTIZ MEJÍA, C. A.: *La asistencia mutua internacional y el secreto bancario*. 1ª ed. Pamplona: Aranzadi. 2020. P. 373.

ningún derecho es absoluto²⁹.

Sin embargo, parece razonable afirmar que en los países en que existe secreto bancario, este se constituye como una garantía implacable desde la estricta perspectiva del consumidor, generando una percepción escéptica en el posible intercambio de sus datos económicos -por no decir, su obtención por cualquier medio por un particular-.

Esto es así ya que, en la doctrina de Derecho Mercantil, el cliente bancario posee una posición de especial naturaleza como consumidor; el negocio bancario es una práctica comercial de intermediación financiera regulada³⁰ siendo el banquero una suerte de "confidente necesario"³¹, el cual es tenedor de información reservada en necesidad del cliente de resguardar su patrimonio, dependiendo su intimidad de la reserva de sus datos.

En resumen, sobre la legitimidad axiológica del secreto bancario se han escrito ríos de tinta. Solamente se citará a GUILLÉN FERRER, que opina que "no es posible realizar una conclusión absolutista e inamovible de su fundamentación y ello porque ésta varía no solamente en el tiempo (...) sino también en el espacio"³².

Esto implica afirmar que la justificación del secreto bancario es coyuntural. El nivel de protección de los datos económicos obedece a una lógica política y sociológica de cada Estado, y ello se traduce en su Derecho particular³³, o como uso del comercio como fuente jurídica³⁴ (ya que el Derecho Mercantil, a diferencia que otras ramas del ordenamiento jurídico, tiene un origen generosamente consuetudinario). Es por ello, en todo caso, que

²⁹ El ya mencionado ATC 642/2986 de 23 de julio. "Este derecho, al igual que los demás, tiene sus límites, los cuales vienen marcados por el deber de todos de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo, como dispone el ya citado artículo 31.1 de la Constitución, deber para cuyo efectivo cumplimiento es evidentemente necesaria la inspección fiscal". Por tanto, según dicho auto, las entidades financieras en España están obligadas a facilitar datos de sus operaciones. Asimismo, huelga recordar el artículo 93.3 de la Ley General Tributaria "el incumplimiento de las obligaciones establecidas en este artículo no podrá ampararse en el secreto bancario".

³⁰ JIMENEZ SANCHEZ, G., DIAZ MORENO, A. *Lecciones de Derecho Mercantil*. 17ª ed. Madrid: Tecnos, 2014. P. 530.

³¹ CERVINI, R., ADRIASOLA, G. *El secreto bancario y la evasión fiscal internacional*. 1ª ed. Buenos Aires: Editorial B de f. 2012. P. 51

³² GUILLÉN FERRER, M. J. *El secreto bancario y sus límites legales*. 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch. 1997. P. 35.

³³ BUENO OCHOA, L. *El marco filosófico de lo jurídico*. 1ª ed. Madrid: Dykinson, 2020. P. 45. Para más, ATIENZA, M. *El sentido del Derecho*. 2ª ed. Barcelona: Ariel. 2012. P. 99.

³⁴ GARRIGUES, J.: *Contratos bancarios*. Madrid. 1975. P. 51.

existe una legítima expectativa de respeto y reserva razonable, y prueba de ello es que su vulneración puede conducir a la ilicitud probatoria en los países en que el secreto bancario está integrado en su cultura y sistema jurídico.

Un caso paradigmático es el de Suiza. Percibido como un país cuya idiosincrasia se presta a la neutralidad política, se posiciona de esta manera como buen anfitrión al capital extranjero. Así, CERVINI y ADRIASOLA dicen que *“la protección legislativa del secreto bancario, más que una finalidad de orden privado, responde a una finalidad de orden público de protección del sistema crediticio y, en un último término, de la economía nacional”*³⁵. Esto implica un firme compromiso frente al contribuyente a la preservación de su información financiera; no solamente frente al intercambio, sino también frente a la sustracción.

A pesar de su indiscutible interés, el examen de la legalidad de las actuaciones en terceros Estados que realiza la STS 116/2017 no es objeto de análisis de este trabajo. Pero lo relevante es el nuevo contenido material de que se dota el secreto bancario, presidido por el concepto de legítima expectativa.

La precitada *legítima expectativa*³⁶ de intimidad del cliente bancario, como se ha afirmado a través del estudio de la dogmática mercantil, abarca la expectativa de inmunidad ante los requerimientos de la Administración tributaria de otro país así como la ilicitud probatoria, con la consecuencia de la imposibilidad de incorporación de sus datos a efectos de un proceso penal posterior, pudiendo depender de ello la equidad e integridad de dicho proceso. Este punto se someterá a contraste en el momento de argumentar sobre la prueba ilícita (*Vid.* 2.2.3).

³⁵ *Op. Cit.* CERVINI, R., ADRIASOLA, G. (2012). P. 29.

³⁶ La cursiva es mía.

2.2.2. La intimidad económica como derecho fundamental reforzado

Con el auge de las nuevas tecnologías como medio tanto de defraudación como de investigación, la intimidad económica cobra capital importancia, máxime a la luz del concepto de *legítima expectativa* que genera el secreto bancario, y que la sitúa en equiparación a otros derechos fundamentales como la integridad física o la libertad³⁷. Esta premisa parte de una consideración de la ontogénesis constitucional de la intimidad.

La intimidad es un derecho fundamental de primera generación, ya que está prevista en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos³⁸. Con los avances tecnológicos de la modernidad, sin embargo, su contenido material se ha trasnochado y esta extemporaneidad ha dado lugar a un complemento en la misma, y como derecho de tercera generación surge, postula PÉREZ LUÑO³⁹, la protección de datos y libertad informática (*habeas data*, 18.4 CE).

Lo anterior implica que el concepto de intimidad ha dejado de ser omnicompreensivo. Su ambivalencia abre diversas lecturas. Y es evidente que en la sociedad tecnologizada, la configuración de la intimidad se ha transformado, ha trascendido a nuevas dimensiones y resultaría anacrónico circunscribirla al tradicional ámbito de la esfera corporal, el domicilio y la correspondencia. Es aquí pertinente la afirmación de ESTADELLA YUSTE, que reza: “...el derecho a ser dejados solos ha ido transformándose en función de las nuevas variantes desarrolladas en el contexto de la sociedad informatizada”⁴⁰.

³⁷ No parece descabellado, en un contexto jurídico en que se habla de Derecho penal y robótica, o de reconocimiento de personalidad jurídica del mar menor, llevar a cabo una equiparación entre intimidad personal e integridad física; el concepto de persona -que es un concepto plástico- se ha alterado hasta el reconocimiento de la *persona virtual*. Respecto de lo anterior, QUINTERO OLIVARES, G. La robótica ante el derecho penal. El vacío de respuesta jurídica a las desviaciones incontroladas. *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad: REEPS*, ISSN-e 2531-1565, Nº. 1, 2017, y la Ley 19/2022, de 30 de septiembre, para el reconocimiento de personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca.

³⁸ Disponible en web http://www.un-org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf (consultado en 16 de octubre de 2022).

³⁹ PÉREZ LUÑO, A. E. *Intimidación y protección de datos personales: del habeas corpus al habeas data* en la obra colectiva *Estudios sobre el derecho a la intimidad*. (BUSTOS PUECHE, J.E. et al). 1ª ed. Madrid: Tecnos. 1992. P. 39.

⁴⁰ ESTADELLA YUSTE, O. *La protección de la intimidad frente a la transmisión internacional de datos personales*. 2ª ed. Madrid: Tecnos. 1995. P. 28.

Establecido lo anterior como indiscutible, estamos en condición de afirmar que es errónea la aproximación a la intimidad que el Derecho Tributario ofrece, ya que la configura contraponiéndola en todo momento a los deberes de información de los obligados tributarios. Sin embargo, la anterior exégesis histórico-constitucional de la intimidad atribuye la misma a la persona en todas sus zonas corporales, situaciones o datos susceptibles de reserva. Aquí se delimita la *intimidad constitucionalmente protegida*⁴¹. En el corazón de la misma se encuentran los datos protegidos por el secreto bancario⁴², que se tutela constitucionalmente en el marco de la intimidad económica.

Y es que resultaría un anacronismo situar los datos económicos de una persona en un ámbito meramente periférico de su intimidad. Esto es así ya que, hoy más que nunca, la información económica pone al descubierto aspectos relativos a la vida personal y familiar de un cliente bancario o contribuyente⁴³, con lo cual debe considerarse esta como incondicionalmente íntima. El mismo Tribunal Constitucional avala lo anterior al establecer un estrecho vínculo en su reiterada jurisprudencia⁴⁴ entre el derecho a la intimidad y el dato bancario, como son aquellos que figuran en las declaraciones de IRPF, los gastos, la situación económica o las notificaciones tributarias.

Gran parte de estos actos revelan información que afecta a la vida de las personas, y se hallan registrados en ficheros digitales que conducen a filtraciones y el uso desviado de la misma, incluso en procesos judiciales por delito fiscal o de blanqueo, aunque se hayan obtenido con otros fines que el de ser incorporados al proceso, constituyéndose este fin como un *fin potencial o indirecto* respecto del fin lucrativo, que podría considerarse el fin inmediato.

La anterior construcción doctrinal sistemática se refleja en el trabajo de

⁴¹ BUENO GALLARDO, E. *La configuración constitucional del derecho a la intimidad. En particular, el derecho a la intimidad de los obligados tributarios*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2009. P. 24.

⁴² CASAS BAAMONDE, M. E., ANGEL QUIROGA, M. Los derechos fundamentales a la intimidad y a la protección de datos personales en la economía digital. Geolocalización de los trabajadores a través de GPS del vehículo de empresa. Despido procedente, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*. Número 9/2020. P. 8. Consultable en https://doi.org/10.55104/RJL_00187

⁴³ CALDERÓN CARRERO, J. M. *El derecho de los contribuyentes al secreto tributario*. 1ª ed. La Coruña: Netbiblo, 2009. Pp. 35 y ss.

⁴⁴ SSTC de 26 de noviembre de 1984, y 233/2005, 111/2006 y ATC 642/1986, entre otros, sin entrar a valorar los respectivos fallos y si estos se traducen en un legítimo reconocimiento de la intimidad económica.

RODRÍGUEZ-ZAPATA⁴⁵, que defiende que no puede hablarse de datos circundantes o periféricos al tratar la intimidad económica porque, si bien un dato inocuo y aislado como un ingreso o el alta de una cuenta en una entidad extranjera puede a primera vista considerarse superficial o liviano, estos datos, en su contexto y globalmente considerados, forman un perfil preciso y revelador de la personalidad del cliente bancario.

Esta perspectiva será elemental en sede de Derecho procesal, al tratar la prueba ilícita.

2.2.3 Algunas consideraciones sobre la prueba ilícita como límite al *ius puniendi* del Estado

No resulta controvertido afirmar que el concepto de prueba ilícita surge como límite procesal al poder punitivo del Estado, a fin de evitar sus excesos respecto de los derechos fundamentales en la obtención de pruebas, en orden a la idea de que el fin no justifica los medios.

Con todo -y con cierto laconismo, debido a que el presente trabajo no permite extenderse en pormenores-, una visión histórico-jurídica de esta figura hace la anterior afirmación acreedora de una serie de puntualizaciones sobre el destinatario de este mandato. Estas, al resolver sobre una barrera procedimental en la persecución del fraude y la legitimación de activos como es la tutela de la intimidad de los defraudadores fiscales cuyos datos se obtienen por particulares que generan listas reservadas, resultará fundamental.

El artículo 11.1 Ley Orgánica del Poder Judicial reza: *“No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”*. Se consagra, de esta manera, la llamada regla de exclusión⁴⁶, que no debe confundirse con una mera interdicción de valoración como excepción al artículo 741 LECrim; sino que implica

⁴⁵ RODRIGUEZ-ZAPATA, J. *Teoría y práctica del Derecho Constitucional*. 4ª ed, Madrid: Tecnos. 2018. P. 493.

⁴⁶ RIVES SEVA, A. P. Reflexiones sobre el efecto reflejo de la prueba ilícita. *Noticias Jurídicas*. 1 diciembre 2010. Consultable en: <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4605-reflexiones-sobre-el-efecto-reflejo-de-la-prueba-ilicita>. Además, CAMPANER MUÑOZ, J. La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba. Directores: Isabel Tapia Fernández y Fernando Gascón Inchausti. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho. Madrid, 2015. P. 17.

la inmediata expulsión de la prueba del procedimiento⁴⁷ y se trata de un mandato dirigido a Jueces y Magistrados. Sin entrar a valorar el fundamento de la regla de exclusión -esto es, si protege derechos procesales o materiales⁴⁸- este artículo intenta señalar que la verdad material no puede alcanzarse a cualquier precio por parte de los poderes públicos.

Por lo tanto, se reitera la idea inicial: el hecho de que la prueba ilícita opere frente a los abusos del Estado implica que el bien que protege, que es el derecho fundamental, goza de una eficacia vertical, esto es, para con los poderes públicos, ya que son estos los que poseen el poder, infraestructura y capacidad técnica en la obtención de prueba capaz de desbordar los límites del proceso mismo y quebrantar los derechos fundamentales. Así FERRAJOLI⁴⁹, en su teoría del Estado constitucional, señala que el reconocimiento del mismo descansa sobre la salvaguarda de los poderes públicos respecto de los derechos fundamentales.

En este punto es conveniente citar el artículo 53.1 de la Constitución Española:

Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).

Ya ha establecido el TS, así como el TC, que la regla de exclusión no debe interpretarse de manera rígida o estereotipada, sino que lo relevante son sus efectos sobre el proceso; esto es, si se produce una *ruptura del equilibrio procesal entre las partes, (...) desigualdad que ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio de los derechos fundamentales de otro*" (STC 114/1984, FJ 2).

Ello da lugar al matiz de la regla de exclusión del material probatorio en determinados supuestos, uno de ellos objeto del presente estudio. Pero, sin ánimo de anticiparse, podría

⁴⁷ En contraste, por ejemplo, a la figura de la "*innutilizabilità*" del artículo 191 del Código Penal italiano, en que la invalidez no afecta al acto concreto, sino a su valor probatorio, no pudiendo ser empleado para fundamentar una decisión judicial. A mayor abundamiento, ARMENTA DEU, T. *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*. 2ª ed. Barcelona; Marcial Pons. 2011. Pp. 23 y ss.

⁴⁸ ASECIO MELLADO, J.M. Otra vez sobre la exclusión de las pruebas ilícitas en fase de instrucción penal (Respuesta al Prof. Gimeno Sendra). *Diario La Ley*, núm. 8.026, Sección Doctrina, La Ley, 19 de febrero de 2013.

⁴⁹ FERRAJOLI, L. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. 10ª ed. Madrid: Trotta. 1995. Pp. 537 y ss.

erróneamente entenderse que la regla de exclusión es un mandato dirigido a los poderes públicos -en tanto que destinatarios de los derechos fundamentales- orientado a salvaguardar la integridad del proceso frente a sus excesos en el empleo de medios de los cuales los particulares no disponen.

Sin embargo, la anterior concepción del tratamiento procesal de la ilicitud probatoria cobra una nueva dimensión cuando se afirma que los derechos fundamentales también rigen los actos *inter privados*.

Hasta ahora, se ha establecido como axioma que son los límites exigibles al *ius puniendi* los que justifican la regla de exclusión ex artículo 11.1 LOPJ -y ello tiene sentido a la luz del tenor y dicción del artículo 53.1 CE-. En otras palabras, el Estado no puede servirse de atajos antijurídicos para el enjuiciamiento del delito fiscal y la legitimación de activos. Y con uso de la silogística, se entendería que el artículo 11.1 LOPJ se ciñe a las actuaciones y diligencias provenientes de autoridades estatales.

Sin embargo, puede proclamarse que los derechos fundamentales, como la igualdad o la intimidad, también despliegan sus efectos en un plano horizontal. La doctrina⁵⁰ entiende que los efectos de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares es de naturaleza indirecta, en el sentido en que no procede directamente de la Constitución -como anteriormente se ha establecido- sino de la acción del legislador al regular el ejercicio de tales derechos y en particular, de la acción de los Tribunales al resolver los conflictos entre las personas.

En este sentido, se trae a colación la STC 177/1988 que declaró que si bien el artículo 53.1 de la Constitución sólo regula expresamente la vinculación de los derechos fundamentales para con los poderes públicos, ello no excluye otros posibles destinatarios. Así, *"ciertamente, el art. 53.1 del Texto constitucional tan sólo establece de manera expresa que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos, pero ello no implica una exclusión absoluta de*

⁵⁰ BORBA LOPES, P. *A eficácia horizontal dos direitos fundamentais, face a força normativa da constituição e tentativas de impor critérios para essa aplicação*. Universidad Carlos III de Madrid. Grupo de Investigación sobre el Derecho y la Justicia (GIDYJ), URI: <http://hdl.handle.net/10016/25662>. Pp. 7 y ss.

otros posibles destinatarios, dado que, como señala la STC 18/1984 (fundamento jurídico 6.º) «en un Estado social de Derecho no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social» (...) Las relaciones entre particulares, si bien con ciertas matizaciones, no quedan, pues, excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad, y la autonomía de las partes ha de respetar tanto el principio constitucional de no discriminación como aquellas reglas, de rango constitucional u ordinario, de las que se derive la necesidad de igualdad de trato'' (FJ 4).

Ergo, aun en el ámbito de la autonomía privada es exigible el respeto a los principios constitucionales y los derechos fundamentales. Y esto no es caprichoso o arbitrario: Si estamos de acuerdo en que no solamente se constituyen los derechos fundamentales como derechos subjetivos de un titular concreto, sino también como un elemento edificador y esencial del sistema jurídico, entonces estamos en condiciones de afirmar que también operan en el derecho común como principios esenciales que regulan las reglas *inter privatos* (la llamada doctrina de la eficacia mediata frente a terceros o *mittelbare Drittwirkung der Grundrechte*⁵¹).

Como se verá más adelante, a la hora de resolver los conflictos procesales relacionados con la prueba ilícita y la ponderación entre integridad del proceso y consecución de la verdad material, la jurisprudencia se muestra relativista y confiere un peso sustancial a la circunstancia de que sea una Administración pública y no un particular la que obtiene los datos económicos de clientes bancarios, en vez de atender a criterios como la acción (la sustracción ilícita de información) o la coyuntura (profundizar en el significado de *lucro personal*).

Una vez establecida la base teórica y al llegar el momento de la toma de postura, la vinculación de los derechos fundamentales para con los particulares es una circunstancia que guardará coherencia con la tesis que más adelante se sostendrá, entendiéndose que un particular también puede vulnerar un derecho fundamental por la vía de hecho, como la sustracción de datos.

⁵¹ BALAGUER CALLEJÓN, F. (dir). *Manual de Derecho Constitucional*. 14ª ed, Madrid: Tecnos. vol II. 2019. P. 65.

2.3. El caso de las listas reservadas de entidades bancarias extranjeras y su incorporación como prueba: La doctrina Falciani

Las premisas derivadas de la base teórica anterior no pueden quedarse en el terreno de las conjeturas. Por ello, es el momento de llevar lo abstracto a lo concreto y abordar el objeto principal del presente estudio: La utilización de listas y ficheros obtenidos ilícitamente en el extranjero -que contienen información reservada de clientes bancarios- como prueba en un proceso penal. Se empezará contextualizando el caso fáctico, para posteriormente desarrollar la doctrina jurídica derivada del mismo.

El abuso de la ingeniería fiscal no es nada novedoso, máxime a la luz del aprovechamiento de los opacos sistemas bancarios y la desleal legislación fiscal que han ido tiñendo los ordenamientos jurídicos de determinados países con sus lucrativos tentáculos, y ello evidentemente supone un riesgo penalmente relevante en lo que a la comisión del delito fiscal y la legitimación de activos en la actividad empresarial se refiere. Se entiende superado el lugar común del *forum shopping* -¿*Libertad económica o fraude punible*⁵²?- y consumado el hecho ilícito con la más absoluta impunidad.

Todo ello, sin perjuicio de que el empleo de estructuras fiscales opacas no es *per se* ilegal y que existen razones legítimas que testimonialmente lo puedan justificar.

Con todo, durante los tiempos recientes han tenido lugar una serie de filtraciones masivas de datos reservados que muestran cómo determinados contribuyentes aprovechan la ingeniería tributaria para destinar los beneficios y efectos derivados del delito fiscal -sin perjuicio de otros ilícitos- a la inobservancia y el olvido de cara al fisco. Con alcance ilustrativo y no exhaustivo, el caso del Kredietbank Luxembourg, en los años 1990, o bien el caso de Liechtenstein Global Trust Treuhand AG, entre 2006-2007. Pero uno de los ejemplos más difundidos en la reciente memoria es el relativo a la lista Falciani, que vino a generar la doctrina que en este trabajo se discute.

⁵² SILVA SÁNCHEZ, J. M (dir). *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*. 1ª ed. Barcelona: Marcial Pons. 2003.

En 2009 Hervé Falciani, ingeniero empleado por la banca suiza HSBC, es acusado por la sustracción de datos comerciales secretos con vulneración de su deber de sigilo. Estos datos, que han venido a conocerse como la Lista Falciani, se refieren a las cuentas de decenas de miles de evasores fiscales, sean personas físicas o entidades, y han permitido a Estados como Austria, Francia⁵³, Argentina o España recuperar cientos de millones de euros para las arcas públicas. Las autoridades desempeñaban las oportunas investigaciones, y un número considerable de casos derivaron en procedimientos administrativos y procesos penales.

En España, se destaca la SAP Madrid 280/2016 de 29 de abril, dictada por la Sección 23, que ha dado lugar a la ya aludida STS 116/2017 por vía casacional, culminando en la STC 97/2019. Los hechos probados se resumen escuetamente en lo siguiente: La Agencia Tributaria española (AEAT) obtiene de las autoridades fiscales francesas un CD en que obra un contenido ingente de archivos sobre clientes bancarios con fondos, activos y valores en la entidad bancaria HSBC con sede en Ginebra.

Tres listados concretos con datos identificativos de personas físicas y jurídicas respectivamente, y su patrimonio en diciembre de 2005 y en diciembre de 2006. Entre ellos se hallaba el acusado, que fue finalmente condenado por dos delitos contra la Hacienda Pública en base a la información secreta obrante en dichas listas.

En particular, venía reflejado en las listas como titular de fondos en acciones, preferentes, productos estructurados, obligaciones convertibles depósitos fiduciarios y otras clases de activos cuyo importe económico alcanzaba los 4.918.316,49 euros en 2005 y 5.277.511,05 euros en 2006, por los cuales no pagó impuestos ante las autoridades españolas -ni siquiera los declaró- ni tampoco lo había hecho en Suiza.

Precisamente, la información personal del acusado supuestamente amparado por el deber de sigilo de la entidad bancaria -así como de otros contribuyentes que ocultaban sus

⁵³ Véase el informe «Rapport d'information de la commission des finances déposé en application de l'article 146 du règlement, par la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire relatif au traitement par l'administration fiscale des informations contenues dans la liste reçue d'un ancien salarié d'une banque étrangère», ante la Asamblea Nacional francesa, en la XIVª Legislatura. Informe núm. 1235, 10 de julio de 2013 (disponible online en <http://www.assemblee-nationale.fr/14/rap-info/i1235.asp>; fecha de consulta: 24.10.2022).

ganancias al fisco- se obtuvo mediante un oportuno cruce de datos económicos que permitieron dibujar su perfil como contribuyente, con clara trasgresión de su derecho a la intimidad.

El *modus operandi* consistía en la sustracción de documentos bancarios y ficheros contables y la formación de perfiles por parte de un trabajador informático del banco suizo -por tanto, una apropiación ilícita por parte de un tercero, siendo este un particular, con ánimo de lucro; esto es, para la posterior comercialización con dicha información (más adelante se explorará la intencionalidad en la obtención de dicha información, lo cual constituirá un elemento esencial en la toma de postura)-.

Estos documentos fueron aprehendidos de su ilegítimo custodio en el curso de un registro domiciliario para la incautación de sus datos fruto de una actividad de cooperación internacional que involucró a las autoridades suizas y la Fiscalía francesa, y finalmente fue puesta a disposición de la Administración tributaria española. Pesó más tarde sobre Falciani un procedimiento de extradición a solicitud de Suiza, el cual fue denegado por la Audiencia Nacional española por Auto 19/2013 por incumplimiento de los requisitos en sede del principio de doble incriminación⁵⁴, resolución a cuyo contenido se hace remisión, pues, a pesar de su indudable interés, resulta aquí inabarcable.

A propósito del caso Falciani (y los anteriores citados), y haciendo eco de las palabras de BLANCO CORDERO⁵⁵, *“estos supuestos tienen en común la existencia de un empleado de banco que sustrae datos de evasores fiscales y los entrega a las autoridades de un país, con la especialidad de que en el supuesto alemán las autoridades estatales pagan por los datos. El problema más importante a efectos penales, como decimos, es de índole probatorio. En concreto, si los datos tienen un carácter ilícito al haber sido sustraídos del banco y si ello*

⁵⁴ Véase para mayor profundización en el secreto bancario, los antecedentes penales y la jurisdicción, el Informe CAC/COSP/IRG/2013/8 de 26 de marzo de 2013, relativo al *Examen de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, que analiza los artículos 40 a 42 de la Convención, de la Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (disponible online en <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/WorkingGroups/ImplementationReviewGroup/27-31May2013/V1382119s.pdf>, fecha de consulta 18/20/2022).

⁵⁵ BLANCO CORDERO, I. La admisibilidad de las listas de evasores fiscales sustraídas en el extranjero como prueba para acreditar la comisión de delitos fiscales. *Revista Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. Nº. 3, 2015, Pág. 4 (consulta: octubre de 2022). ISSN-e 1698-739X. Disponible en: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1152.pdf>

determina que no pueden ser admitidos como prueba ni valorados en los procesos por la eventual comisión de delitos contra la Hacienda pública por parte de los clientes del banco”.

En relación con la prueba -y sin invadir el contenido de posteriores epígrafes- resultará instrumental en orden a discutir la aplicación de la regla de exclusión constatar si en el país de origen se ha obtenido esta mediante una vulneración de un derecho fundamental material, como es el caso de la intimidación económica. Esta circunstancia conduciría al plano de la ilicitud y la expulsión del procedimiento de dicha prueba -si bien más adelante se observarán matices de la jurisprudencia constitucional a esta regla según el carácter público o privado del sujeto que la haya obtenido-.

El objetivo de este estudio se puede acotar, por lo tanto, en analizar si los datos bancarios sustraídos por particulares y puestos a disposición de la Administración tributaria de otros países -en particular, España, sin perjuicio de un apartado de derecho comparado, como no puede ser de otra manera- pueden ser utilizados como prueba en un proceso penal posterior contra los presuntos delincuentes fiscales, para lo cual resultarán instrumentales los conceptos definidos en el Título 2.2 (*supra*), por cuanto interviene, en esencia, un juicio ponderativo entre el interés recaudatorio y la búsqueda de la verdad en la persecución de la delincuencia transnacional por una parte, y la integridad del proceso y los derechos fundamentales por otra, que se tomarán en consideración desde el prisma de la intimidación económica⁵⁶. Se llevará a cabo un breve periplo al recorrido lógico que -al menos a nivel jurisprudencial- ha concluido⁵⁷ este debate y se realizará una toma de postura respecto del mismo.

⁵⁶ Es preciso señalar que la poca doctrina existente sobre este asunto lo aborda desde diferentes perspectivas, como por ejemplo, aquellos que parten de una distinción esencial entre la prueba ilícita y la prueba irregular, así como los que articulan el debate en clave del derecho de defensa a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, *Ibid.* BLANCO CORDERO (2015).

⁵⁷ Si bien, como más adelante en el trabajo se indicará, las resoluciones judiciales recaídas en la materia no tienen vocación de generalidad en sus pronunciamientos.

2.3.1. La jurisprudencia abrumadoramente unánime

Hasta ahora se ha establecido el supuesto de hecho, que terminó en sentencia condenatoria de la AP de Madrid por dos delitos contra la Hacienda Pública por la defraudación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) durante los ejercicios de 2005 y 2006, y la prueba se obtuvo mediante la lista Falciani (Fundamento Jurídico -FJ- primero).

Precisamente, la controversia gira en torno a la forma de obtención de dicha prueba; el apoderamiento ilícito de ficheros en que consta la identidad de personas que ocultan su patrimonio a la Hacienda de los Estados europeos, suponiendo ello un delito en el Estado de origen (la vulneración del secreto bancario). Ello pone en tela la validez de dicha prueba por vulneración de los derechos fundamentales; la intimidad, bajo el paraguas de la cual se ubica el secreto bancario.

Con todo, tanto la AP de Madrid (SAP Madrid 280/2016) como el Tribunal Supremo (STS 116/2017), como el propio Tribunal Constitucional -máximo garante de los derechos fundamentales- en reciente sentencia 97/2019, han identificado la validez de dicha prueba llegando a dicha conclusión -a mi parecer- por diferentes vías.

Frente a la sentencia vertida por la AP, en una interesantísima resolución el TS destina a la inobservancia y el olvido los dos principales argumentos esgrimidos por la misma para rechazar la aplicabilidad de la regla de exclusión probatoria.

El primero de ellos hace referencia al principio de no-indagación⁵⁸, en virtud del cual no cabe entrar a valorar -indagar- la validez de las actuaciones llevadas a cabo en terceros países y las diligencias practicadas por los mismos (en particular, las autoridades francesas, que son las que ponen la prueba a disposición del Estado español), no siendo los Tribunales españoles custodios de la legalidad⁵⁹ de dichas actuaciones.

⁵⁸ ZARAGOZA TEJADA, J. I. Principio de no indagación y principio de contradicción. La introducción de declaraciones testificales practicadas en el extranjero sin presencia de las demás partes. *Revista Aranzadi Doctrinal*, ISSN 1889-4380, Nº. 2, 2022 (consulta en 10 de noviembre de 2022). Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8268905>. En el mismo se lleva a cabo un análisis de los límites del principio de no-indagación, que rige en Derecho procesal español, desde la perspectiva del principio de contradicción.

⁵⁹ Entre otras, la (STS nº 456/2013, de 9 de junio; nº 312/2012).

Frente a este argumento, en la STS 116/2017 la Sala Segunda recuerda sus propios precedentes y establece que se trata de una doctrina limitada y de carácter relativo. Así, y pese a que sea cierto que no debe condicionarse la legalidad de la prueba al grado de similitud entre las reglas formales que en uno y otro Estado singularizan su práctica (el fundamento de la no-indagación), el TS establece que *“...la histórica vigencia del principio locus regit actum (...) no puede convertirse en un trasnochado adagio al servicio de la indiferencia de los órganos judiciales españoles frente a flagrantes vulneraciones de derechos fundamentales”*.

En otros términos, que la jurisprudencia no puede servirse del principio de no-indagación como un escudo formal, el cual no puede interpretarse más allá de sus justos términos. Así, *“el principio de no indagación no puede convertirse en la pieza maestra con la que resolver las dudas de ilicitud cuando los documentos bancarios ofrecidos por las autoridades policiales de un Estado extranjero han podido obtenerse con vulneración de algún derecho fundamental”*.

Esto es así porque dicha doctrina, abstracción hecha de que no pueda abarcar la infinitud de supuestos que en la práctica puedan presentarse, impide además entrar en el examen de la cuestión principal que permite resolver la problemática que se plantea como básica (*vid.* 2.2.3): Si se ha producido o no la vulneración de un derecho fundamental.

El segundo argumento de la AP Madrid hace referencia a otro principio anteriormente aludido en este trabajo (*vid.* 2.2.1): El principio de doble incriminación. Se postula que los hechos imputados a Hervé Falciani carecen de tipicidad en Derecho español. Ya se ha mencionado el Auto de la AN por el cual, siendo la doble incriminación vacante, se rechazó la extradición de Falciani a Suiza, a cuyo contenido se hace remisión.

El Tribunal Supremo rechaza este argumento señalando que, efectivamente 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 definitiva, la AP -postula el TS- omite de nuevo el núcleo de la cuestión jurídica contenciosa, que no gravita entorno la comisión de un delito -fundamento de la doble

incriminación⁶⁰- sino en la producción o no de la lesión de un derecho fundamental -ya que se trata, en efecto, de dos cuestiones netamente distintas, a pesar de estar estrechamente vinculadas-, y si de la ilicitud original se destila efecto reflejo alguno. En palabras más sencillas, se trata de una cuestión de índole probatoria.

Así entonces, la resolución del Tribunal Supremo se entrega a la labor de analizar el asunto desde el prisma de la ilicitud probatoria y la aplicabilidad de la regla de exclusión del artículo 11.1 LOPJ de la que antes se ha hecho extenso análisis.

En particular, y al margen de los anteriores razonamientos, la *ratio decidendi* de la STS 116/2017 se basa en una revisión de la naturaleza y fundamento de la regla de exclusión del artículo 11.1 LOPJ.

El Tribunal Supremo, al analizar la admisibilidad de la lista Falciani -y, por tanto, la legitimidad del *ius puniendi* en su empleo en el marco del proceso penal-, realiza un recorrido histórico a propósito del significado de la ilicitud probatoria y las resoluciones recaídas en los demás Estados europeos, las cuales se analizarán más adelante.

Y a consecuencia de dichos antecedentes, llega a la conclusión de que la regla de exclusión solamente adquiere sentido en cuanto se refiere a los excesos y libertinajes de las autoridades públicas en la indagación probatoria. Que el artículo 11.1 LOPJ, a la luz de la jurisprudencia, el Derecho comparado e incluso desde un plano semántico, se sirve al cometido genuino de prevenir abusos del Estado -policiales, en última instancia- en la investigación del delito: *“...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.*

⁶⁰ GUDÍN RODRÍGUEZ-MARADIÑOS, A. E. El principio de doble incriminación en la Orden Europea de Detención y Entrega. Comentario a la STJUE de 14 de julio de 2022, C-168/21. *Diario La Ley*. Sección Tribuna. 28/07/2022 (fecha de consulta: 9 de octubre de 2022). Disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2022/09/02/el-principio-de-doble-incriminacion-en-la-orden-europea-de-detencion-y-entrega-comentario-a-la-stjue-de-14-de-julio-de-2022-c-168-21>

La prohibición de valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales cobra su genuino sentido como mecanismo de contención de los excesos policiales en la búsqueda de la verdad oculta en la comisión de cualquier delito. No persigue sobreproteger al delincuente que se ve encausado con el respaldo de pruebas que le han sido arrebatadas por un particular que cuando actuaba no pensaba directamente en prefabricar elementos de cargo utilizables en un proceso penal ulterior”.

En consecuencia, el Tribunal Supremo viene a relativizar la antes rígida regla de exclusión del artículo 11.1 LOPJ con el fin de evitar un automatismo en la aplicación de la misma; idea que se acoge en su posterior jurisprudencia y que aquí se comparte.

Dicha relativización se fundamenta en un juicio ponderativo que debe hacerse en el caso concreto y que, en lo que nos ocupa, comprende el carácter de la lesión del derecho fundamental afectado, el agente causante de ésta y su intencionalidad.

En cuanto al primer punto, no toda vulneración de derechos fundamentales debe conducir a la ilicitud probatoria, ya que en lo que aquí interesa, es cierto que la lesión de un derecho fundamental puede verse dotada de diferentes dimensiones y capas de profundidad. En este sentido, resulta aquí pertinente recordar el precedente sentado por la reciente STS 87/2020 que vino a señalar que no existe prueba ilícita en el caso de acceso policial a la agenda de contactos de un teléfono móvil sin autorización judicial, pero sí con el acceso policial a otras funciones del terminal que puedan revelar procesos de comunicación, como el registro de llamadas, y sin autorización judicial⁶¹.

Sostiene el TS que una cosa es la intimidad, y otra es la llamada intimidad económica. Una cosa es el núcleo *-contenido esencial*⁶² de un derecho fundamental, y otra bien distinta son sus elementos periféricos, los cuales conforme defiende el TS no pueden recibir el mismo

⁶¹ La STS 87/2020 de 3 de marzo (ponente Susana Polo García), en relación con los medios de investigación tecnológica y en particular acerca del artículo 588 ter k) LECrim, introducido específicamente por la Ley Orgánica 13/2015 de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica y analizada *in extenso* por las Circulares de la Fiscalía General del Estado 1-5/2019.

⁶² PAREJO ALFONSO, L. El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981. *Revista Española de Derecho Constitucional* Vol. I. Núm. 3. Septiembre-diciembre 1981. p. 169-190.

tratamiento (siguiendo la llamada *teoría de las esferas* del TC alemán).

El segundo argumento -de mayor peso- empleado por el TS hace referencia al agente causante de la vulneración del derecho fundamental.

Con la premisa establecida de que la regla de exclusión tiene como destinatario a los agentes públicos, señala que no existe ilicitud probatoria alguna cuando se obtiene la prueba por un particular, desvinculado de los aparatos del Estado, y sin la finalidad en su obtención de prefabricar pruebas a los efectos de un proceso penal posterior (lo que en este trabajo se denominará *para-procesalidad*).

En el caso Falciani se considera probado, en cambio, que la información fue obtenida para su lucrativa comercialización. En estas condiciones, la valoración de una prueba obtenida con vulneración de un derecho fundamental -omitiendo por el momento si se produce o no en sus aspectos periféricos- sería perfectamente posible.

Por lo tanto, el Tribunal Supremo viene a relativizar el rigor de la incondicional exclusión probatoria sometiendo la misma a un juicio ponderativo que integra la intensidad de la lesión del derecho fundamental afectado por una parte y, además, el fundamento del artículo 11.1 LOPJ por otra, que considera la autoridad pública como su máximo destinatario (si bien enuncia que en ningún caso pretende establecer *una regla con pretensión de validez general*).

A continuación, y en resolución del recurso de amparo recae la STC 97/2019, que viene a confirmar la resolución del TS, si bien establece una serie de matices de necesaria consideración en el juicio ponderativo a realizar en la exclusión probatoria.

El primer aspecto relevante que se observa es la puntualización en cuanto a la relevancia de quién es sujeto ejecutor de la ilegalidad: *“...el dato de que la vulneración originaria del derecho sustantivo fuera cometida, en el caso que nos ocupa, por un particular no altera en absoluto el canon de constitucionalidad aplicable desde la óptica del derecho a un proceso con todas las garantías”*. Con todo, la tipología del sujeto causante sigue siendo una pieza fundamental en la narrativa, y deberá ser matizada en el momento de la toma de postura.

El segundo aspecto incide en el susodicho canon de constitucionalidad. El TS afirma que el juicio ponderativo consiste en determinar el grado de lesión al derecho fundamental afectado, y si incide en su esencialidad o bien en sus periferias.

El TC, frente a este canon, recuerda su doctrina y viene a establecer que lo relevante es la medida en que dicha vulneración afecta a la equidad, o integridad del proceso.

Se trata de una sutil incorporación que enriquece el contenido material del juicio ponderativo y que guarda congruencia con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (que, como ya es conocido, forma parte del ordenamiento jurídico español por vía del artículo 10.2 CE). El criterio del TEDH, en relación con el artículo 6 CEDH, es que el fundamento de la regla de exclusión radica en el impacto de la ilegalidad en el conjunto del proceso⁶³.

La STC 114/1984 establecía que *no existe un derecho fundamental autónomo a la no recepción jurisdiccional de las pruebas de posible origen antijurídico*. Por esta razón, no toda vulneración produce el mismo resultado invalidante, sino que debe existir una consecutividad lógica y jurídica con el proceso.

La STC 97/2019 establece que, una vez constatada la vulneración del derecho sustantivo, debe analizarse en segundo plano si ello guarda instrumentalidad con el proceso desde la perspectiva del proceso justo y equitativo. Así, *tal nexo o ligamen existe si la decisión de incorporación al acervo probatorio evidencia una ruptura del equilibrio procesal entre las partes, esto es, una "desigualdad entre las partes en el juicio (art. 14 de la Constitución (LA LEY 2500/1978)), desigualdad que ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio de los derechos fundamentales de otro"* (haciéndose eco de la STC 114/1984).

Ciertamente, la esencialidad del contenido del derecho fundamental y la para-procesalidad en la obtención de la prueba tienen mucho que ver en el impacto de la vulneración en la integridad del proceso. De tal suerte que una pauta para valorar dicha instrumentalidad

⁶³ MADRID BOQUÍN, C. M.: La prueba prohibida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Luces y sombras el caso Zherdev c. Ucrania. Revista de estudios europeos, n.º extra 1, 2017, pp. 80-81.

radicaría en observar si se ha obtenido la lista Falciani con la intención de ser aportada a un futuro proceso penal (para-procesalidad), entendiéndose en el caso concreto probado lo contrario; que estaba la intromisión originaria en la intimidad desvinculada de las posteriores investigaciones de las autoridades españolas.

Concluye el Tribunal Constitucional que, tratándose de elementos meramente periféricos de la intimidad económica y no habiéndose recabado la prueba por el particular para ser incorporada a un proceso penal posterior, no guarda la vulneración del derecho fundamental entidad suficiente como para quebrar la integridad del proceso penal, pudiendo ser la lista Falciani aportada como prueba en el mismo.

2.3.2. Dificultades dogmáticas de la consideración jurisprudencial del problema

Se ha establecido al principio de este trabajo que el objeto del mismo, más que una exégesis sistemática sobre el *statu quo* en la materia -suficientemente trabajada en nuestra doctrina⁶⁴- consiste analizar la jurisprudencia vigente a la luz de una revisión de la naturaleza de las figuras jurídicas involucradas -en particular el secreto bancario, la intimidad económica y la regla de exclusión probatoria- y exponer sus luces y también sus sombras. En conclusiones (*vid.* Cap. 3) se mostrará, a partir de la crítica que a la jurisprudencia se va a formular, una muestra de la visión genuina del que escribe estas líneas.

¿Existen vacíos lógicos en la solución jurisprudencial al problema que pueden generar una situación de desprotección jurídica del investigado en los delitos fiscales y la consecuente legitimación de activos? La respuesta es inevitablemente afirmativa. La revisión de las figuras jurídicas que hasta ahora se ha llevado a cabo probará ser fundamental en orden a sostener la actual toma de postura.

⁶⁴ MOSQUERA BLANCO, A. J. La prueba ilícita tras la sentencia falciani: Comentario a la STS 116/2017, de 23 de febrero. InDret, Vol. 3, 2018 (consulta: 16/11/2022). Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3260508>

Por ponerlo en otros términos:

- ¿Posee el secreto bancario una legitimidad coyuntural? Y si esto es así, ¿Genera una legítima expectativa de privacidad con transcendencia en un plano procesal, aun en un sistema jurídico foráneo?
- ¿Existe la intimidad económica? Y, de ser así, ¿Hay un llamado ámbito periférico de la intimidad económica, o es dicha distinción puramente cuantitativa y producto de un análisis truncado? ¿Es la intimidad, en su concepto amplio, equiparable a la libertad personal?
- ¿Guarda la eficacia horizontal del derecho fundamental repercusión alguna en el análisis del fundamento de la regla de exclusión probatoria en caso de ilicitud?

Las sentencias hasta ahora analizadas vienen a conformar la *doctrina Falciani*⁶⁵, por la cual pueden ser valoradas en un proceso penal por delito fiscal las pruebas obtenidas por un particular con vulneración de derechos fundamentales, siempre y cuando no hubieran sido obtenidas con la intención de ser aportadas a dicho proceso, por cuanto se entiende que falta de esta manera instrumentalidad, y por lo tanto en nada afecta la utilización de dicha prueba a la equidad de las partes en el proceso.

La conformación de la doctrina Falciani, sin embargo -y tomando en consideración la base teórica establecida en el Capítulo II-, plantea serias objeciones tanto a nivel dogmático como político-criminal, y a efectos del presente estudio, estamos en condiciones de sistematizarlas en los siguientes cinco argumentos: El argumento de desviación; de instrumentalidad; de congruencia; de transnacionalidad y de criminología.

I. Desviación. La nomenclatura empleada para abreviar convencionalmente el primer argumento no es caprichosa o arbitraria. Con desviación, trata de expresarse el error de la doctrina en la fijación de las circunstancias a valorar jurídicamente en el supuesto a resolver; en particular, el hecho de que la información haya sido obtenida por un particular,

⁶⁵ MARTIALAY, A. Lista Falciani: así se logró la unanimidad en el Constitucional tras nueve meses de debate. El Independiente. 16/07/2019. Disponible en: <https://www.elindependiente.com/politica/2019/07/16/lista-falciani-asi-se-logro-la-unanimidad-en-el-constitucional-tras-nueve-meses-de-debate/>

entendiéndose tal a estos efectos aquél que no guarda conexión alguna con los aparatos del Estado. Por desviación se entiende desacierto en la fijación del marco epistemológico.

La doctrina Falciani senta la idea de que -en el marco del fraude fiscal y la legitimación de activos- es admisible y valorable en un proceso penal la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales -algo hasta ahora insólito en sede procesal- cuando ésta, entre otras justificaciones, haya sido apremiada por un particular.

El atento análisis realizado por el TS en cuanto al fundamento de la regla de exclusión del artículo 11.1 LOPJ, si bien incontrovertiblemente sugestivo, erra en la selección del marco epistemológico. Esto es así, ya que no es tan sustancial el examen del sujeto causante de la vulneración de derechos fundamentales en la obtención de prueba sino, como se ha puesto de relieve anteriormente, la intencionalidad en la indagación de dicha información.

El TC incide acertadamente en este punto, como ya se ha citado: *“...el dato de que la vulneración originaria del derecho sustantivo fuera cometida, en el caso que nos ocupa, por un particular no altera en absoluto el canon de constitucionalidad aplicable”*.

Dicho con otras palabras: Resulta de todo punto irrelevante que el ilícito apoderamiento de datos haya sido ejecutado por un ciudadano como empleado de banca con violación de su deber de reserva, o por una Administración tributaria, sino que la reflexión debe desviarse en otra dirección: La para-procesalidad en la obtención de la prueba, ya que este es precisamente el elemento fundamental para establecer si se ha quebrado o no la integridad del proceso.

Cuestión distinta es que la actuación del particular sea un indicador de ausencia de falta de preordenación al proceso -al contrario de lo que debería ocurrir en materia de autoridades públicas, particularmente a la luz de la interdicción jurisprudencial de investigaciones meramente prospectivas (sin perjuicio de lo que en términos procesales entendemos como hallazgos casuales⁶⁶)-.

Se valorará si el particular en cuestión ha obtenido los datos para aportarlos a un futuro proceso en el caso concreto, pero para satisfacer el juicio ponderativo que establece el TC la

⁶⁶ SSTC 171/1999 de 27 de septiembre y 167/2002 de 18 de septiembre.

circunstancia a la que debe atenderse, en mi opinión, radica en el elemento de intencionalidad (preordenación) y no en el elemento normativo o personal (sujeto público o privado).

Así lo entendió el TCI⁶⁷, pero debe definitivamente abandonarse el abordamiento del debate en términos de índole personal en el actuar precedente que la doctrina y opinión pública actualmente aborda, especialmente a la luz de una de las premisas teóricas de este estudio acerca de la legitimidad del *ius puniendi* del Estado y sus límites (vid. 2.2.3): que los derechos fundamentales irradian eficacia horizontal, y que un particular puede también quebrar un derecho fundamental sustantivo y, con ello, la integridad del ulterior proceso en un segundo plano⁶⁸.

Si entendemos que en el ámbito de la autonomía privada también rigen los derechos fundamentales, es lógico inferir que un particular, y no solamente un poder público, guarda el potencial de lesionar una legítima expectativa creada en el respeto en los mismos y, con ello, verse vulnerada la equidad en el proceso. Así, sería razonable establecer una equiparación en sede de ilicitud probatoria entre el actuar de un particular y el de una Administración Pública, y no solamente aplicando la regla de exclusión probatoria a particulares cuando estos operan como instrumento de agentes del orden público⁶⁹.

En consecuencia, debería el debate dejar de abordarse en los actuales términos -sobre todo, a nivel especulativo- para incidir en la preordenación inicial de la información comercial y económica ilícitamente sustraída como prueba -ello es lo que puede afectar al equilibrio de las partes en el proceso- **recibiendo la cuestión del sujeto que realiza la acción el tratamiento de elemento periférico corroborador en un plano secundario.**

II. Instrumentalidad. Como ya se ha establecido, la relativización de la regla de exclusión probatoria implica su singular excepción en los supuestos de pruebas obtenidas por

⁶⁷ Ya desde la STC 114/1984, que a pesar de que la STS 116/2017 lo trate con abundancia, se entendía irrelevante el carácter público o privado del agente causante del menoscabo al derecho fundamental.

⁶⁸ De la misma manera que la propia STS 116/2017 declara que el secreto bancario resulta oponible frente a particulares.

⁶⁹ STS Sala de lo Penal 311/2018 de 27 de junio.

particulares, ya que, desde un prisma técnico, se presupone la falta de para-procesalidad en las mismas y ello permite llegar a la conclusión de que el acto verificado por el particular no guarda conexión instrumental alguna con el proceso. De esta manera, al no concurrir el presupuesto de instrumentalidad -indispensable para la ilicitud probatoria- no se considera quebrado en modo alguno el equilibrio de las partes y su rituaría equidad.

La razón por la cual se excluye del psique del sujeto la intención inicial de aportar la prueba a un posterior proceso penal, es porque este propósito se ve desplazado por el **ánimo de lucro**, toda vez que la información fue obtenida con el objetivo directo de la comercialización con la misma.

Así, la STS 116/2017, sobre la base de los hechos probados: *“Se trataba de información contenida en unos archivos de los que se apoderó ilícitamente un particular que, cuando ejecutó la acción, no lo hizo como agente al servicio de los poderes públicos españoles interesados en el castigo de los evasores fiscales. Tampoco se trataba de ficheros informáticos cuya entrega hubiera sido negociada entre el transgresor y los agentes españoles. La finalidad disuasoria que está en el origen de la exclusión de la prueba ilícita no alcanzaba a (Falciani), **que sólo veía en esa información una lucrativa fuente de negociación.** (...) 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 (...) con la vulneración de los datos personales que protegían a los evasores fiscales”* (FJ Octavo).

En definitiva, quedó demostrado que la tenencia de la información estaba vinculada a la obtención de un rédito económico. De hecho, se hizo ofrecimiento de la misma a otro grupo bancario de Suiza en un proceso de negociación. El antijurídico íter de acopio de información guardaba como objeto su ofrecimiento a bancos o incluso Administraciones públicas interesadas (en cuanto a su adquisición por parte de entidades públicas, el Derecho comparado: *vid.* Cap. 2.4).

Ello, en definitiva, implica la ausencia de propósito de preordenación para un proceso penal en la obtención de prueba.

Sin embargo, el atento lector advertirá que el argumento empleado por el TS se edifica sobre una inferencia equivocada, y debe correr idéntica suerte que la anterior. La RAE define “móvil” como *aquello que mueve material o moralmente algo* (acepción tercera⁷⁰).

El propio TS en su jurisprudencia⁷¹ marca la diferencia entre dolo -único e inmediato- y móvil, siendo este último mediato y en la mayoría de ocasiones polifacético. En términos de parte general de Derecho penal, es sobradamente conocido que la relevancia del móvil en el autor está sujeta a su incorporación en el tipo de injusto⁷². Pero en sede procesal, como ya se ha visto el móvil del sujeto al obtener la prueba resulta determinante en la apreciación de ilicitud probatoria, según la gobernante doctrina Falciani (así como la tipología del sujeto causante de la injerencia, punto que ya ha sido antes sometido a cuestionamiento, *vid. supra* 2.3.2).

Hervé Falciani, al apoderarse ilícitamente de los datos y ficheros que contenían información económica -*ergo* personal- de evasores fiscales, conoce perfectamente su utilidad y atractivo. El móvil de la sustracción, efectivamente, consiste en especular y lucrarse con dicha información. Esto es así porque el valor de dicha información, respecto del Estado que la recibe y se beneficia de la misma, es el ingreso de las cuotas tributarias no declaradas.

Esto implica que la Administración tributaria de cada Estado pretenderá eventualmente judicializar el cobro de dichas deudas -máxime ante la concurrencia de ilícitos penales- y para ello, dicha información se hará valer en un proceso penal. Esto implica que el valor de la información radica en su potencialidad de ser incorporada en un proceso -o procedimiento administrativo sancionador⁷³-.

De la misma manera en que puede hablarse de un valor lucrativo directo, no parece descabellado hablar de un valor procesal o probatorio indirecto, que quedaría integrado por el móvil del individuo en cuestión. Es incuestionable la utilidad de la información indirectamente facilitada por Falciani para el fisco español.

⁷⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., [versión 23.5 en línea]. <<https://dle.rae.es/m%C3%B3vil>> [Fecha de la consulta: 15/11/2022].

⁷¹ STS 1442/2018

⁷² JAKOBS, G. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2da ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. Pp. 370 y ss.

⁷³ El tratamiento probatorio de datos sustraídos, con arreglo a Derecho comparado, difiere según se valore en un proceso penal o bien administrativo de carácter tributario. La cuestión aquí interesante es su tratamiento en sede penal.

Así, si convenimos en que la obtención de la información estaba orientada a un fin remoto o indirecto como es su aportación a un ulterior proceso -ya que el lucro subyacente a dicha información radica precisamente en su potencialidad probatoria en sede procesal-, entonces estamos en condiciones de afirmar que el acto de injerencia no solamente violenta un derecho fundamental, sino que además guarda conexión instrumental con el proceso penal. Afirmar esto no debe confundirse con promover una supuesta sobreprotección de los derechos del delincuente, sino con constatar el evidente cumplimiento de los requisitos de aplicabilidad de la regla de exclusión sentados por la STC 97/2019. Todo ello sin perjuicio de observar las peculiaridades del caso concreto, lo cual no es una empresa fácil.

Sumándose a ello, y siguiendo con la perspectiva de la intencionalidad, el planteamiento jurisprudencial deja extremos lógicos sin resolver cuando, al atender de manera exclusiva al criterio de preordenación, equipara las finalidades legítimas e ilegítimas.

En particular, resulta paradójico que pueda valorarse una prueba cuando ésta se obtenga con finalidades ilegítimas (por ejemplo, el lucro personal ilícito) pero sin finalidad de preordenación a un ulterior proceso, como ocurre en el caso Falciani, pero sin embargo no pueda valorarse la prueba cuando se haya obtenido esta con una finalidad legítima (por ejemplo, la persecución de delitos), pero con propósito para-procesal -que es precisamente el cometido de las autoridades públicas-.

Esto obedece, nuevamente, a la idea del fundamento de la prueba ilícita como figura preventora de abusos de las autoridades, y no una cuestión de eficacia de derechos fundamentales versus eficacia del proceso penal⁷⁴ (tesis que aquí se sustenta).

III. Congruencia. Ya se ha discutido al principiar el presente estudio (*Vid.* 2.2.2) que un análisis globalmente considerado de los datos comerciales del contribuyente impide trazar un límite nítido entre los contornos periféricos y el núcleo duro de su intimidad económica, por cuanto se obtienen los perfiles personales de los clientes bancarios mediante un complejo entrecruzamiento de piezas de información económica que apriorísticamente

⁷⁴ GONZÁLEZ LÓPEZ, J. J. Entorno a la prueba y al proceso. En Admisibilidad probatoria de la información obtenida con vulneración de derechos fundamentales: a propósito de la "Lista Falciani". Granada: ed. Comares. 2019. p. 51 y ss.

pueden parecer inocuas⁷⁵.

Manifestado lo anterior, parece razonable afirmar que la intimidad personal -que en un contexto internacionalizado digital propio de las sociedades del riesgo comprende la intimidad económica en su epicentro- integra estos datos bancarios.

Y la intimidad personal, al estar dotada en la era digital de un nuevo contenido material, podría gozar de equivalencia en cuanto a su tutela se refiere respecto de otros derechos fundamentales como la libertad o la integridad física.

Si lo anterior resulta pacífico, puede entonces afirmarse que nos encontramos ante un problema de congruencia de la doctrina Falciani con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Hasta ahora, se ha entendido que en cuanto se obtengan pruebas al margen de las pautas constitucionalmente exigibles y el acto de injerencia guarde conexión instrumental del proceso penal, resultará necesario extender la tutela del derecho sustantivo de intimidad en el ámbito del proceso, aplicándose la regla de exclusión del artículo 11.1 LOPJ. Ya se ha establecido que, en opinión de este servidor, la relación de instrumentalidad resulta indiscutible -de lo contrario, la tesis sería incoherente con los demás argumentos que se formulan-.

Sin embargo, la doctrina del TEDH sostiene que, aun en los casos en que no existe conexión de instrumentalidad, debe verificarse si la vulneración del derecho fundamental es de tal intensidad que debe entrañar consecuencias procesales *al afectar al núcleo axiológico más primordial de nuestro orden de derechos fundamentales*⁷⁶. En consecuencia, aun tratándose

⁷⁵ Establece el artículo 93.1 LGT: "Las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, así como las entidades mencionadas en el apartado 4 del artículo 35 de esta ley, estarán obligadas a proporcionar a la Administración tributaria toda clase de datos, informes, antecedentes y justificantes con trascendencia tributaria relacionados con el cumplimiento de sus propias obligaciones tributarias o deducidos de sus relaciones económicas, profesionales o financieras con otras personas". Podría concluirse a la vista de este artículo que la inclusión de la información económica en la esfera de la intimidad es *harto dudosa*. No hace falta, sin embargo, expresar que la Ley es siempre fugaz y nunca perenne, y que existen postulados alternativos al normativismo, tales como el marxismo, el iusnaturalismo, el institucionalismo e incluso el realismo jurídico que identifica el Derecho no con las normas, sino con las conductas. Las nuevas tendencias y realidades sociológicas -tales como el auge de la criminalidad e intimidad económica- dan paso al nacimiento de nuevas consideraciones e instituciones jurídicas. Sobre las variedades de normas, la función directiva del lenguaje y su validez, eficacia y justificación, ATIENZA, M. *El sentido, Op. Cit.* Pp. 70 y ss.

⁷⁶ STC 81/1998, FJ 4.

de vulneraciones que no guarden vínculo de medio-fin con el proceso, si estas afectan a derechos fundamentales de primer orden -exista o no una prohibición singular constitucional, como en el caso de tortura o tratos inhumanos o degradantes-, entonces resulta inadmisibile, en todo caso, la valoración de dicho material probatorio.

En este sentido se pronuncia el TEDH al señalar que los actos de brutalidad o violencia -u otras formas de trato susceptibles de ser calificadas como tortura- no pueden ser en ningún caso dar lugar a elementos de cargo que puedan ser recepcionados en el proceso (SSTEDH *Jalloh c. Alemania, Göcmen c. Turquía o Harutyunyan c. Armenia*).

Podría, así entonces, adherirse al catálogo de derechos -integridad física y psíquica, dignidad- cuya trasgresión da lugar sea como fuere a la interdicción de la valoración de la prueba obtenida, la intimidad personal.

IV. Transnacionalidad. A propósito de la doctrina Falciani y la persecución internacional de la criminalidad económica (y organizada), existen retos que tienen que ver con la convergencia de diferentes Estados, cada uno con su idiosincrasia, facilidades en cooperación e investigación, y tratamiento probatorio de ciertos materiales.

Y a lo largo de este estudio, se ha explicado la evolución histórica de la interpretación del artículo 11.1 LOPJ a la luz de ciertos supuestos fácticos -en particular, pero no de manera exclusiva, como el de las listas de evasores fiscales y blanqueadores obtenidas por medios bastardos-.

La jurisprudencia constitucional sostenía en sus inicios (STC 114/1984) la inadmisibilidad de cualquier medio de convicción obtenido mediante la vulneración de un derecho fundamental, siendo el fundamento de aplicabilidad de la regla de exclusión la fuerza de dicho derecho (y una mención al efecto disuasorio como *obiter dicta*). A partir de entonces, la jurisprudencia constitucional fue evolucionando hacia un sistema relativista de la eficacia de la regla de exclusión probatoria en caso de ilicitud, a la vista de la necesidad de ponderar cada situación en sus justos términos.

La STS 116/2017 vino a beber de esta doctrina, como ya se ha explicado, estableciendo un juicio ponderativo. En mi opinión, la laguna de esta resolución consiste en la omisión del

conflicto entre los bienes jurídicos implicados (resumiéndolo en unas breves líneas) y la omisión del juicio de ponderación (entre el derecho fundamental lesionado, la intimidad; y el bien jurídico que ordinariamente justifica su restricción, la función social del tributo).

Finalmente la STC 97/2019 ha matizado y desarrollado este juicio haciéndose eco de sus propios precedentes (*id est*, situando el factor de equidad o equilibrio procesal como causa de relevancia de la para-procesalidad que discute el TS).

El presente argumento de transnacionalidad tiene que ver con la idea que la concurrencia de un sistema jurídico foráneo y sus singularidades debe ser un elemento cuya toma en consideración sea inevitable en el juicio ponderativo a efectuar por el Juez o Tribunal.

El hecho de que la prueba haya sido obtenida en el extranjero no debería, a mi juicio, tratarse de una circunstancia a valorar en abstracto (sería un sofisma), sino siempre a raíz de la vigencia de figuras e instituciones que así lo justifiquen, siendo una de ellas el secreto bancario (si bien mi razonamiento puede traducirse holísticamente en puntuales circunstancias a contemplar, a saber la concepción americana de la libertad de expresión o la noción helvética de la intimidad). Estas coyunturas influyen en el actuar de los autores y víctimas, en su ánimo y sus expectativas.

Así las cosas, ya se ha asumido (*Vid.* 2.2.1) que el secreto bancario (figura plenamente legítima en el país de origen) genera en el cliente una legítima expectativa de respecto y no-injerencia en sus datos personales (esfera económica), y no sería malaventurado alegar que dicha expectativa se ve incluso reforzada frente a otros particulares, confiando plenamente el cliente en la existencia de los debidos mecanismos preventivos externos e internos frente a la sustracción de sus datos. Huelga decir que inclusive en nuestro ordenamiento jurídico (LO 1/1982) esta expectativa es el fundamento de la prohibición de las intromisiones ilegítimas⁷⁷.

La tutela de la equidad del proceso, con arreglo a la jurisprudencia constitucional, tiene como objeto evitar el aprovechamiento de una situación antijurídica en perjuicio de la otra

⁷⁷ PEREZ ROYO, J., CARRASCO DURÁN, M.: *Curso de Derecho constitucional*. 17ª ed, Marcial Pons. Barcelona, 2021. p. 296. Para más, la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y la propia imagen.

parte. Esta parte -el contribuyente- aprovechando la opacidad que por razones coyunturales ofrece el sistema bancario suizo, ha confiado su información económica *ex profeso* al mismo a sabiendas de que, por ejemplo, no va a vender sus datos a terceros países para su posterior utilización⁷⁸, ni mucho menos los va a confiar a particulares, confiando en que, ya sea a través de la comercialización o del apoderamiento ilícito de un particular, no se verá desprevenido en un procedimiento punitivo o recaudatorio en que dicha información será manejada.

Podría entenderse producido el desequilibrio procesal en perjuicio de dicha parte en el momento en que se ve quebrada esta prospectiva de respeto de su intimidad, que se ha visto reforzada por la circunstancia del secreto bancario⁷⁹. Lo anterior no es un academicismo de trascendencia meramente escolástica, sino que entraña consecuencias prácticas innegables: Parezca o no razonable, es cartesiano que el cliente bancario obra de una manera u otra en sus actividades en función de su inmunidad frente a los requerimientos de la Administración de otros Estados así como la potencialidad de conversión de los datos derivados de sus movimientos y operaciones comerciales en acervo probatorio. Dicha legítima expectativa debe recogerse como criterio en el juicio ponderativo a efectuar, que debe ser más complejo para evitar un retroceso en las garantías constitucionales.

Frente a la argumentación desplegada por el TC, en ningún caso se pretende justificar la exclusión de las listas de evasores fiscales y blanqueadores como prueba negando la necesidad de relativizar la regla de exclusión y de realizar un juicio ponderativo sobre la misma -concepción absolutista del artículo 11.1 LOPJ: que la prueba ilícita no admite de excepciones-; por el contrario, se aspira a enriquecer y dotar de mayor profundidad a dicho juicio ponderativo, que deberá observar como criterio y como parte de su contenido material la transnacionalidad del asunto, en aquellos supuestos en pueda aquella circunstancia

⁷⁸ SILVA SÁNCHEZ, «Delito fiscal y compra de información reservada», artículo publicado en *Togas.biz* el 8 de mayo de 2008 (disponible online en <http://www.togas.biz/articulospreprint/?category=PenalEconomico&title=Delito-fiscal-y-compra-de-informacion-reservada.html>; fecha de consulta: 22.07.2015)

⁷⁹ Esta lógica no solamente tendría sentido en los casos en que se extrae una pieza de información sin el consentimiento de su titular, sino también cuando dicha información se utiliza con desviación del fin para el cual había sido suministrada.

ejercer influencia en el obrar de las partes y en el proceso.

V. Criminología. No son exóticos los trabajos doctrinales que, con insuficiente solvencia teórica, apelan constantemente a parámetros político-criminales para subsanar sus vacíos axiológicos. Y puede en muchas ocasiones ocurrir que las reflexiones dogmáticas puedan ser perfectamente válidas desde la lógica interna que las conduce pero imprecisas desde una perspectiva político-criminal (aunque ello no sea deseable⁸⁰). En todo caso, es aspiración de todo ordenamiento jurídico penal⁸¹ establecer un equilibrio entre ambas.

Por tanto, empero, no suponiendo emplear una posición desde la perspectiva político-criminal desplazar al albur el elemento axiológico (que se considera suficientemente depurado con el anterior argumentario), es ineludible constatar el peligro que supone la valoración de una prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales⁸² en términos de prevención general e incluso especial.

Si bien es cierto que no existen en España prácticas de opacidad bancaria amparadas por los poderes públicos, este argumento sigue siendo relevante en un contexto globalizado, en que se considera sensato afirmar que la doctrina Falciani puede hacer proliferar un *verdadero mercado negro*⁸³ en la obtención y aportación de pruebas, inclusive cuando estas hayan podido ser obtenidas mediante dudosos mecanismos por los aparatos policiales de un Estado, pudiendo ser blanqueadas mediante su posterior aportación por un particular en forma de supuestos hallazgos casuales.

Es por esta razón que RICHARD GONZÁLEZ⁸⁴, entre otros académicos, postulan que en caso

⁸⁰ BORJA JIMÉNEZ, E., Sobre el concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin. En ADPCP. VOL. LVI. 2003

⁸¹ *Op. Cit.* FERRAJOLI (1995)

⁸² NAVARRO MASSIP, J. El "maquiavelismo probatorio" de la prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal español. Revista Aranzadi Doctrinal núm.5/2016. BIB 2016\21175. Pp. 35-44.

⁸³ La cursiva es mía. En "NAVARRO MASSIP, J. La lista Falciani. Reflexiones críticas sobre la sentencia del Tribunal Supremo 116/2017, de 23 de Febrero. *Molins Defensa Penal*. 11 de mayo de 2017". Disponible en: <https://www.molins.eu/la-lista-falciani-reflexiones-criticas-la-sentencia-del-tribunal-supremo-1162017-23-febrero/>.

⁸⁴ RICHARD GONZÁLEZ, M. Licitud y validez de la prueba obtenida por particulares en el proceso penal: Comentario a la STS 116/2017, de 23 de febrero, que declara la validez de la «lista falciani» para fundar una condena por delito fiscal, *Diario La Ley* (nº 8946), de 22 de marzo de 2017. P. 9-21 (Consulta 14 noviembre de 2022). Disponible en:

de relativización de la regla de exclusión, se tomen las debidas precauciones para evitar excesos. Verbigracia, la sanción del particular proveedor de la prueba ilícita.

Excurso: La doctrina Falciani y la concepción significativa de la acción

Existen, además, otras perspectivas de exploración de la cuestión jurídica que desbordarían los límites del presente estudio, como focalizar el análisis no en el sujeto (como hasta ahora), ni tampoco en el elemento de intencionalidad (como se ha defendido en el argumento de desviación), sino en la acción *per se*.

Cabe en este punto hacer referencia a la concepción significativa de la acción de VIVES ANTÓN⁸⁵, bajo la cual el injusto de una conducta no es sino coyuntural. Partiendo de la tesis del “segundo WITTGENSTEIN” y la teoría de la acción comunicativa de HABERMAS⁸⁶, el significado que se atribuye a la conducta del sujeto se determina mediante la aplicación de las reglas semánticas aparejadas a los usos sociales, en que las palabras y las oraciones no suponen meros giros lingüísticos sino pragmáticos; constituyen herramientas para interactuar con la realidad⁸⁷.

Con alcance ilustrativo, es pacífica y reiterada jurisprudencia del propio TS que, en materia del delito de calumnias e injurias, las acciones y expresiones deben valorarse tomando en consideración el contexto en que se producen, de modo que los excesos verbales cometidos en un mitin político no guardan la misma virtualidad injuriosa que en un ambiente más sosegado⁸⁸.

Se propone otro ejemplo explicativo: el artículo 8.2 b) de la LO 1/1982, que establece que determinadas actuaciones que ordinariamente cobran la consideración de intromisiones ilegítimas en los derechos a la intimidad no se considerarán tales cuando se realicen conforme el uso social (por ejemplo, la caricatura de personajes de relevancia pública).

<http://www.probativa.org/wp-content/uploads/2017/05/2017.-marzo.Licitud-prueba-particulares-FALCIANI.LAL.EY-8946.pdf>

⁸⁵ Para extenso análisis, ALONSO ÁLAMO, M. Acción, capacidad de acción y capacidad de culpabilidad: problemas de delimitación. *Cuadernos de Política Criminal*. Núm. 131, Septiembre 2020. Pp. 5-48.

⁸⁶ BUSATO, P.C. *La tentativa de delito (análisis a partir de la concepción significativa de la acción)*. Lisboa, Editorial Juruá: 2011. P. 29 y ss.

⁸⁷ VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema penal*. 2ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia: 2011. P. 508

⁸⁸ SSTs 28 de octubre de 1985 y 9 de febrero de 1990, entre otras.

De la misma manera, y considerando que la antijuridicidad material se integra en el tipo de acción⁸⁹, cabría polemizar acerca del desvalor del acto de sustracción de datos económicos personales cuando éste se produce en el contexto del deber de todo ciudadano de procurar la contribución de todos al sostenimiento de los gastos públicos, principio constitucional rector de la política social vía 31.1 C.E observando, nuevamente, su deber de comunicar a las autoridades de la existencia de hechos delictivos.

La concepción significativa de la acción está en cierto modo vinculada a la teoría de los actos neutros -a pesar de que estos solo operen en sede de participación- en el sentido en que el fundamento que rige ambas instituciones es la adecuación social: Podría hablarse -desde la perspectiva del espectador externo y objetivo- en vez de sustracción ilícita de datos, del cumplimiento del deber de denunciar hechos delictivos.

Precisamente, y con la sola vocación de incitar al pensamiento, es necesario considerar en el análisis de la lucha contra el fraude fiscal, la legitimación de activos y la doctrina Falciani, la concurrencia de la circunstancia modificativa de responsabilidad criminal del estado de necesidad (artículo 20.5 C.P.), toda vez que se está produciendo una lesión de bienes jurídicos legítimos y el sujeto (Falciani), consciente de ello, se ve obligado a denunciar los hechos para poner término a la perpetración de una situación antijurídica.

A partir de aquí, habría que llevar a cabo en cada caso una ponderación entre el derecho fundamental a la intimidad personal y la función social del tributo que el delito fiscal está llamado a salvaguardar.

⁸⁹ CASAS HERVILLA, J. El desvalor material de la acción: Una revisión del injusto a la luz de la concepción significativa de la acción. Tesis doctoral. Universidad Autónoma de Barcelona, 2014. P.130. “A su vez, el tipo de acción se descompondría en dos subcategorías: en primer lugar, la tipicidad en sentido estricto, y en segundo lugar por la antijuridicidad material de la conducta (pretensión de ofensividad de la acción)”.

2.4. Sobre el Derecho comparado

Siendo que nos encontramos ante una materia relacionada con el Derecho penal internacional y transnacional, este estudio no puede llegar a su fin sin un análisis de los sistemas jurídicos de nuestro entorno. Sin embargo, el capítulo al que va a enfrentarse el lector no tiene vocación exhaustiva, pues no presentaría de esta manera innovación alguna respecto de otras investigaciones⁹⁰ que sistematizan con la debida minuciosidad el estudio del tratamiento de las listas de evasores fiscales en clave de Derecho comparado. En consecuencia, se dibujarán aquí una serie de pautas y soluciones aplicables en otros Estados que pueden ser alternativas e interesantes.

Ello, con independencia de los antecedentes (*Kredietbank Luxembourg, Liechtenstein Global Trust Treuhand AG, HBSC...*) que hubieran dado lugar a los asuntos que se analizarán: Con visión economicista, todos ellos se entenderán genéricamente referidos a pruebas irregularmente constituidas con listas de evasores fiscales.

I. El caso de Alemania: Admisibilidad. En rigor, el Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*, o BVerfG en lo sucesivo) no se pronunció sobre la validez probatoria de las listas en sede penal, sino sobre su legitimidad para justificar el inicio de investigaciones penales, en calidad de indicios de criminalidad⁹¹ -ya que, al ser la información ilícitamente sustraída, el Auto que ordenaba el registro domiciliario era supuestamente ilegal-. Y concluyó en que la Constitución alemana no impide el uso de dicha información para dar inicio a un proceso penal, toda vez que de la misma se desprenden sospechas suficientes de criminalidad.

En cuanto a la cuestión que en este trabajo se plantea, se limita el BVerfG a señalar que ningún precepto constitucional impide que una prueba ilegalmente recabada pueda ser posteriormente empleada en un proceso con carácter probatorio.

El BVerfG viene a establecer una regla general de admisibilidad de prueba, pero señala que la

⁹⁰ *Op. Cit.* BLANCO CORDERO (2015). Pp. 7 y ss.

⁹¹ BVerfG. Sección 1ª de la Sala 2ª, Sentencia de 9.11.2010

ilegalidad de la conducta será motivo suficiente para declararse la inadmisibilidad de la prueba en sede procesal en cuanto las circunstancias particulares del caso así lo justifiquen. De esta manera, vino a señalar que la información se refiere a negocios económico-financieros y no a aspectos íntimos y privados (por tanto, no afecta al “núcleo duro constitucional” de la intimidad).

Es interesante, por incidir en un aspecto que ha sido recurrente, que en el caso de Alemania es la Administración tributaria alemana la que ha pagado por esos datos para su posterior utilización en un proceso penal⁹². Con todo, al igual que el TS español, el BVerfG reitera la necesidad de no fijar reglas categóricas.

II. El caso de Italia. Admisibilidad. Tanto a efectos tributarios como penales, se plantea la misma controversia jurídica que en España, puesto que se obtienen los datos directamente de la Administración francesa.

La resolución del TS de Italia⁹³ vino a establecer que, en un primer plano, no pudo quedar plenamente acreditada la ilegalidad en la obtención de los documentos en el extranjero y, en segundo plano, que de quedar aquella probada, no necesariamente debe eso traducirse en una actuación ilícita por parte de las autoridades fiscales italianas en el marco de los mecanismos legalmente previstos de cooperación internacional. En paráfrasis de la STS 116/2017: *“La idea de que esa prueba no es sino la consecuencia de un mecanismo de cooperación judicial internacional y la falta de datos concretos acerca de los términos de la sustracción”* (FJ Octavo).

⁹² *Op. Cit.* SILVA. *Delito fiscal y compra* (2008).

⁹³ Sentencia núm. 38753/2012 del Tribunal Supremo italiano, en que confirma el Auto núm. 39/2012, de 16 de febrero dictado por el juez de Como. Respecto del argumento empleado: *“Resta invece da esaminare la censura relativa alla violazione della legge processuale (artt. 191 e 240 c.p.p.) con riferimento ai rapporti tra l'acquisizione di documenti avvenuta in uno Stato estero e la successiva acquisizione da parte dell'autorità giudiziaria italiana attraverso i regolari canali della cooperazione internazionale. Dall'impugnato provvedimento risulta che i fatti all'origine del presente procedimento sono conseguenti alla trasmissione di dati e notizie acquisite presso l'amministrazione fiscale francese attraverso i canali della collaborazione informativa internazionale prevista dalla direttiva n. 77/799 CE del Consiglio del 19.12.1977 e della Convenzione contro conto le doppie imposizioni tra Italia e Francia stipulata il 5.10.1989 ratificata con legge 7.1.1992 n. 20”*. (Fuente: Diritto e Giustizia online 2012, 8 ottobre, base de datos DeJure, Cassazione penale sez. III - 26/09/2012, n. 38753).

III. El caso de los Países Bajos. Admisibilidad. En los Países Bajos, han proliferado resoluciones contradictorias. Las autoridades neerlandesas parten de la regla de no-indagación que ya ha sido expuesta (*vid* 2.3.1), señalando que la misma conoce su excepción en el caso de existir indicios racionales de haberse obtenido la prueba ilícitamente en el Estado de origen.

Por una parte, tanto el Tribunal de Breda⁹⁴ como de Amsterdam⁹⁵ vinieron a entender que existían indicios poderosos de haberse obtenido los datos económicos contenidos en la microficha del acusado de manera fraudulenta por las autoridades belgas, mientras que el Tribunal Supremo holandés⁹⁶ vino a entender, confirmando las resoluciones de los Tribunales de Alkmaar⁹⁷ y La Haya⁹⁸, que no existían indicios de haber robado las autoridades belgas la información económica del banco (y que, además, las autoridades neerlandesas actuaron regularmente en la obtención de prueba).

IV. El caso de Francia. Resoluciones contradictorias. Existen en la *cour de cassation*⁹⁹ francesa resoluciones pertenecientes a distintos órdenes jurisdiccionales que se contradicen entre sí. Si bien es en sede penal -lo que aquí interesa- donde se declara la utilizabilidad de la prueba, no puede omitirse la exposición del argumento expresado en el ámbito de lo mercantil y los procedimientos civiles.

Se establece que, aun cuando la información haya sido facilitada por el Fiscal de la República, ello no sana la enfermedad inicial del acervo probatorio al haber sido este recabado ilícitamente en su origen. En otras palabras, que el hallazgo de los datos por parte de una autoridad pública no produce un saneamiento *-blanqueo-* de la prueba ilícita inicial, haya o no actuado correctamente en la obtención de la misma -este postulado choca con las anteriores resoluciones, y como ya se ha argumentado con anterioridad, entraña implicaciones político-criminales intensas-.

La singularidad fáctica en la obtención de la prueba en el caso de Francia -que a pesar de ser de indudable interés resulta aquí inabarcable- ha hecho surgir un debate cuya magnitud

⁹⁴ Tribunal del Distrito Judicial de Breda, 11 de diciembre de 2003

⁹⁵ Tribunal del Distrito Judicial de Ámsterdam, 12 de septiembre de 2002

⁹⁶ Tribunal Supremo holandés, 14 de noviembre de 2006

⁹⁷ Tribunal del Distrito Judicial de Alkmaar, 19 de febrero de 2004

⁹⁸ Tribunal del Distrito Judicial de la Haya, 5 de noviembre de 2004

⁹⁹ Máxima instancia judicial francesa, equiparable al Tribunal Supremo español. Para más, HUALDE LOPEZ, I.

Algunas consideraciones sobre el tribunal y el recurso de casación civil francés.

Cuadernos de derecho transnacional. Vol. 9 Núm. 1 (2017). Pp. 161-214

sigue a día de hoy escalando en la dogmática francesa.

V. El caso de Bélgica. Inadmisibilidad. Bélgica parte del mismo presupuesto de hecho que la Lista Falciani: la recepción por la autoridad de información sustraída de un banco por un particular. La cuestión aquí esencial es que, según se sospecha¹⁰⁰, los funcionarios policiales eran conscientes del origen ilícito de los datos en el momento de iniciar sus investigaciones, de la enemistad entre el banco y el que facilita la información, y la deslealtad e intención de este de obtener un ilícito enriquecimiento patrimonial.

El Tribunal Supremo belga¹⁰¹ vino a rechazar la validez de la prueba sobre la base de su oscuridad:

a) La oscuridad formal. El desconocimiento del origen de los ficheros aportados y su proceso de elaboración impedía calificarlos como documentación oficial del banco, lo que hacía insostenible otorgarles valor probatorio. En consecuencia, solamente puede emplearse una microficha como prueba en cuanto haya existido una labor investigativa genuina y fidedigna sobre su origen y proceso de adquisición¹⁰².

b) La oscuridad material. Esta última¹⁰³ parte de la idea de la legalidad e imparcialidad de los medios de prueba como fundamento del derecho a un proceso justo, viéndose este derecho pisoteado por la irregularidad en la actuación de las autoridades en su obtención. Esto implica la necesidad de llevar a cabo un *juicio ponderativo* entre el derecho a un proceso justo, y el ajuste de las investigaciones al principio de buena gobernanza y respeto a la ley. Apartarse de este principio de modo intolerable puede dar lugar a la exclusión probatoria. Estos argumentos sirvieron, a la postre, para archivar la causa por delito fiscal.

¹⁰⁰ VAN KAMPEN, T. A. "The Kredietbank Luxembourg and the Liechtenstein tax affairs: notes on the balance between the exchange of information between states and the protection of fundamental rights", (2008), 17, EC Tax Review, Issue 5, pp. 221-232 (Disponible en: <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/EC+Tax+Review/17.5/ECTA2008077>)

¹⁰¹ Sentencia en casación de 31 de mayo de 2011.

¹⁰² Informe del Vast Comité van Toezicht op de Politiediensten te Brussel, «*Verslag van het toezichtsonderzoek naar de wijzen waarop door politieambtenaren gehandeld werd bij het ontvangen en het gebruik van de informatie aangaande de KB Lux*», de 27 de julio de 1999.

¹⁰³ Concepto de elaboración propia, no formulado explícitamente por el TS belga.

3. Conclusiones

Este supone un trabajo con el cual el autor no solamente culmina una etapa esencial de su periplo universitario -pero no la última, porque quedan más por venir- sino también uno de los períodos más hermosos y atesorados que han discurrido en paralelo en su vida privada, esperando trasladar al que se enfrenta a estas líneas el ingrediente indispensable de todo lo anterior; la pasión por el Derecho.

PRIMERA.- Los delitos fiscales y el lavado de activos suscitan en mi opinión -y por muchas razones- un indudable interés para la doctrina, y es un campo que goza de extensa profundidad investigativa en el ámbito internacional.

Sin embargo, el hecho de que exista tanta literatura no es sino prueba de la complejidad técnica del asunto que ha tratado de abordarse, máxime cuando la aproximación lo ha sido desde una perspectiva multidisciplinaria que ha tratado de respetar principios y figuras de otras ramas del ordenamiento jurídico extramuros de la penal.

Así, la incorporación de dichas figuras hasta ahora no revisadas en profundidad por la doctrina para ofrecer un remedio ha sido una exigencia derivada de la objetiva complejidad del tema abordado; ya que la dificultad tiene su origen en el significado mismo de conceptos como el *ius puniendi*, el secreto bancario o la intimidad económica. Más allá de las conclusiones que se hayan alcanzado, opino que esta es la principal aportación dogmática que pueda ser de interés a la doctrina; el ofrecimiento de un nuevo marco epistemológico.

Todas las corrientes de pensamiento jurídico, sean más o menos conservadoras, convienen en la existencia de una serie de situaciones relaciones u objetos presentes en la realidad social -no asequibles a la mera percepción de los sentidos- que materializan la idea de bien jurídico como justificación de su tutela.

Este manuscrito no ha pretendido sino enfrentarse a uno de los muchos extremos que puede plantear la tutela del bien jurídico de la intimidad. En este caso, su necesaria conjugación con los deberes de colaboración tributaria.

Frente a los postulados que enfatizan el rigor de aquella obligación constitucional (en el ámbito político-criminal), y el incumplimiento de la inexcusable para-procesalidad (como exigencia dogmática), este estudio ha edificado una serie de razonamientos que matizan una jurisprudencia que se consideraba consolidada: Que no es aplicable el artículo 11.1 LOPJ en los supuestos que impliquen a un particular que haya obtenido los datos y ficheros sin conexión alguna con un proceso y los aparatos del Estado.

Se han aducido, entre otras, las siguientes reflexiones:

- Una revisión del significado cognoscitivo de la intimidad, que es siempre fugaz y nunca perenne, precisamente porque es la traducción de una realidad metajurídica voluble, atribuyéndose hoy día mayor entidad a la idea de intimidad económica.

- La manifiesta diferencia en las posiciones del TS y el TC en este ámbito. No tanto en la conclusión, sino en el raciocinio que conduce a la misma: el contenido material del juicio de ponderación en aras de resolver sobre la exclusión de la prueba cuyo origen nocivo o bastardo no se cuestiona.

En este sentido, se ha explorado el secreto bancario, conforme a la naturaleza de la relación mercantil de la que nace, como generador de derechos adquiridos en el plano sustantivo, y con proyección procesal en la forma de expectativa de derechos; circunstancia hasta ahora omitida y que debe ser valorada en la debida ponderación.

- La idea de que el carácter privado del sujeto causante de la intromisión en la intimidad es una circunstancia periférica solamente a apreciar como signo de para-procesalidad, o ausencia de la misma, según el caso.

La conclusión lógica que se desprende de mi investigación es la necesidad de evitar los automatismos que asimilan los actos privados con falta de preordenación al proceso. Nuevamente, se trata de enriquecer el juicio ponderativo, máxime cuando ha quedado demostrado que el ánimo de lucro no es incompatible con la instrumentalidad respecto del proceso (el valor lucrativo de las listas de defraudadores fiscales y blanqueadores no es sino translación de su entidad probatoria en sede administrativa y, eventualmente, judicial).

Si son pacíficas las anteriores consideraciones, entonces estamos en condiciones de realizar la siguiente afirmación: El TS y el TC han limitado indebidamente el imperativo constitucional de exclusión probatoria.

Y para mayor abundamiento, del estudio del Derecho comparado puede inferirse que lo anterior no es para nada descabellado. Se ha observado una circunstancia paradójica: Refiriéndose al mismo caso (*KB Lux*) y con idéntico montante probatorio, los Tribunales de los Países Bajos admiten la licitud de la prueba, mientras que las autoridades judiciales belgas las han excluido.

SEGUNDA.- Aun considerándose cumplidos los objetivos marcados en el epígrafe 1.3 -que se resumen en no ofrecer respuestas, sino plantear dudas sobre la jurisprudencia sentada-, me invade cierta insatisfacción al no poder, por limitaciones estructurales, ahondar más en las principales objeciones que pueden actualmente formularse a la doctrina Falciani.

Tal es así, que es el propósito sobrevenido de este trabajo que las anteriores ideas puedan ser desarrolladas con sus minucias en posteriores trabajos doctrinales.

Entre ellas, un desarrollo más exhaustivo de la aplicación de la concepción significativa de la acción en esta materia, la relevancia del Derecho comunitario o incluso una ulterior teorización respecto del vacío que se produce en el amparo jurídico de los evasores fiscales. Ya que es evidente que los avances digitales (y por ende, criminológicos) y el desarrollo de las técnicas de investigación más sofisticadas evolucionan de manera síncrona. Como dos vecinos que compiten por la altura de las vallas. Uno la levanta y el otro, para no quedarse atrás, la edifica más alta todavía. Hasta que las vallas dejan de ser funcionales; hasta que se producen excesos que discriminan al evasor fiscal de cualquier otro investigado en un Estado de Derecho.

Resulta particularmente interesante, para futuras líneas de investigación, un asunto que ha quedado prácticamente sin abordar, y es el relativo a la sanción del particular que sustrae los datos de las entidades bancarias sitas en el extranjero.

Se ha sugerido la punición del mismo a efectos político-criminales (*vid.* 2.3.2) pero, por pura coherencia, si se suscribe la tesis del estado de necesidad, ¿sería deber del Estado, por el

contrario, asegurar la efectividad de su protección procesal?

TERCERA.- Establecido lo anterior, y a estas alturas rogando la indulgencia del lector, pondré fin al presente estudio con una última reflexión.

No hay filosofía contemporánea al margen de la lógica basada en la propiedad privada, la producción y el consumo. Desde que la Ilustración, el capitalismo y el estado-nación consolidaron la idea de que la felicidad del individuo depende del crecimiento ilimitado, esta particular concepción del mundo alimenta la globalización, uno de los más grandes desafíos a gestionar ante los que nos enfrentamos. Esta ambición desmedida se vincula directamente al fraude fiscal y la legitimación de activos, sumándose a ello la circunstancia de que la desaparición de las fronteras interiores de la Unión Europea actúa como una suerte de abono para el incremento de la criminalidad transnacional.

En el caso de la doctrina Falciani, se ha propuesto una interpretación alternativa que se presenta como la conclusión materialmente legítima alcanzada, aunque ello implique *desistematizar* algunos de los conceptos que hasta ahora se entendían afianzados.

En el plano especulativo, prestidigitadores de las ideas y mercenarios de la desinformación consideran el tratamiento de las listas de evasores fiscales como un episodio ya cerrado. Pero se trata de una temática sobre la cual queda mucho por explorar, ya que plantea un desafío dogmático que afecta cabalmente a los poderes del Estado globalizado.

Nuevamente, este estudio no conocerá su fin sin previa declaración de un objetivo humildemente idealizado; que las anteriores líneas sirvan de punto de partida para futuras investigaciones -más exhaustivas e instruidas- acerca del significado de la prueba ilícita, los límites entre la intimidad y el principio de colaboración tributaria y los aspectos de la paraprocesalidad en la obtención de prueba.

Investigación que esté dotada del más feroz espíritu crítico, ya que sin contradicción no puede fluir la verdad. O, en palabras de Hegel, que *la contradicción es la raíz de todo movimiento y de toda manifestación vital*. Porque la batalla por la verdad nunca la libraron los profetas de la verdad sino los guardianes de la duda.

Referencias bibliográficas

Bibliografía básica

ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO. Dirección del Servicio Jurídico del Estado. *Manual de Delitos contra la Hacienda Pública*. 5ª ed. Madrid: Thomson Aranzadi, 2008.

ALONSO ÁLAMO, M. Acción, capacidad de acción y capacidad de culpabilidad: problemas de delimitación. *Cuadernos de Política Criminal*. Núm. 131, Septiembre 2020. Disponible en: <https://vlex.es/vid/accion-capacidad-accion-capacidad-852366916>.

ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*. 2ª ed. Barcelona: Marcial Pons, 2011.

ASENCIO MELLADO, J.M. Otra vez sobre la exclusión de las pruebas ilícitas en fase de instrucción penal (Respuesta al Prof. Gimeno Sendra). *Diario La Ley*, núm. 8.026, Sección Doctrina, La Ley, 19 de febrero de 2013. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4140112>.

BARRIGA BEYODA, F. *El lavado de activos en Iberoamérica y la necesidad de la armonización legislativa (derecho internacional comparado)*. Ecuador: Instituto ecuatoriano de estudio para las relaciones internacionales, 2011.

BASSIOUNI/GUALTIERI, *Mecanismos internacionales de control de las ganancias procedentes de actividades ilícitas*. Revista de Derecho Penal y Criminología, ISSN 1132-9955, Nº 6, 1996. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=174076>.

BALAGUER CALLEJÓN, F. (dir). *Manual de Derecho Constitucional*. 14ª ed, Madrid: Tecnos. vol II. 2019.

BAJO FERNANDEZ, M., BACIGALUPO, S., *Política criminal y blanqueo de capitales*. Barcelona: Marcial Pons, 2009.

BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*. 4ª ed. Madrid: Aranzadi, 2015.

BLANCO CORDERO, I. La admisibilidad de las listas de evasores fiscales sustraídas en el extranjero como prueba para acreditar la comisión de delitos fiscales. *Revista Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. Nº. 3, 2015. ISSN-e 1698-739X. Disponible en: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1152.pdf>.

BORBA LOPES, P. *A eficácia horizontal dos direitos fundamentais, face a força normativa da constituição e tentativas de impor critérios para essa aplicação*. Universidad Carlos III de Madrid. Grupo de Investigación sobre el Derecho y la Justicia (GIDYJ). Disponible en: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/25662/eficacia_borba_SICL_2017.pdf?sequence=3&isAllowed=y.

BORJA JIMÉNEZ, E., Sobre el concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin. En ADPCP. VOL. LVI. 2003. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2003-10011300150.

BUENO GALLARDO, E. *La configuración constitucional del derecho a la intimidad. En particular, el derecho a la intimidad de los obligados tributarios*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2009.

BUENO OCHOA, L. *El marco filosófico de lo jurídico*. 1ª ed. Madrid: Dykinson, 2020. P. .45. Para más, ATIENZA, M. *El sentido del Derecho*. 2ª ed. Barcelona: Ariel. 2012.

BUSATO, P.C. *La tentativa de delito (análisis a partir de la concepción significativa de la acción)*. Lisboa, Editorial Juruá: 2011

CAMPANER MUÑOZ, J. La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba. Directores: Isabel Tapia Fernández y Fernando Gascón Inchausti. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho. Madrid, 2015.

CASAS HERVILLA, J. El desvalor material de la acción: Una revisión del injusto a la luz de la concepción significativa de la acción. Tesis doctoral. Universidad Autónoma de Barcelona, 2014

CASAS BAAMONDE, M. E., ANGEL QUIROGA, M. Los derechos fundamentales a la intimidad y a la protección de datos personales en la economía digital. Geolocalización de los trabajadores a través de GPS del vehículo de empresa. Despido procedente, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*. Número 9/2020. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2020-0000001083.

CALDERÓN CARRERO, J. M. *El derecho de los contribuyentes al secreto tributario*. 1ª ed. La Coruña: Netbiblo, 2009.

CALDERÓN CARRERO, J. M., QUINTAS SEARA, A.: *Cumplimiento tributario cooperativo y Buena gobernanza fiscal en la era BEPS*. 1ª ed. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi. 2015.

CORCOY BIDASOLO, M. y GOMEZ MARTIN, V. (dir), *Derecho Penal Económico y de Empresa. Parte General y Parte Especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. Tomo 2*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

COBO DEL ROSAL, M. y ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C. *Blanqueo de capitales. Abogados, procuradores y notarios, inversores, bancarios y empresarios*. Madrid: CESEJ, 2005.

CERVINI, R., ADRIASOLA, G. *El secreto bancario y la evasión fiscal internacional*. 1ª ed. Buenos Aires: Editorial B de f. 2012.

D'ALBORA, F. J. *Lavado de dinero*, 2ª Ed, Buenos Aires: ed. Ad Hoc, 2011.

DE JUAN GARCÍA, A, "Tiranía bajo el escudo de la ley". Diario La Ley, Nº 9033, 4 de Septiembre de 2017, Editorial Wolters Kluwer, 2017. Disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/home/DT0000251741/20170719/ProteccionDatos.aspx>.

DE JUAN GARCÍA, A. Sobre la carga probatoria del elemento de idoneidad en los programas de compliance penal. *Noticias Jurídicas*. 26 de octubre de 2018. Disponible en: <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/13402-sobre-la-carga-probatoria-del-elemento-de-idoneidad-de-los-programas-de-compliance-penal/>.

DE JUAN GARCÍA, A; CASAS HERVILLA, J.,(dir). *Una revisión crítica del injusto propio del 319 C.P. en sede de fragmentariedad penal*. 2019.

DÍEZ-PICAZO, L. *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*. 3ª ed. Barcelona: Ariel. 1999.

ESPAÑA ALBA, V. M. *Blanqueo de capitales y secreto bancario*. Granada: Universidad de Granada, 2016.

ESTADELLA YUSTE, O. *La protección de la intimidad frente a la transmisión internacional de datos personales*. 2ª ed. Madrid: Tecnos. 1995.

FERNANDEZ MANZANO, J. A, "La idea del consenso entrecruzado en el liberalismo político de John Rawls." Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Ciencias Políticas. 2016.

FERRAJOLI, L. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. 10ª ed. Madrid: Trotta. 1995.

GALÁN MUÑOZ, A. y NÚÑEZ CASTAÑO, E. *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa*. 4ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, A. E. El principio de doble incriminación en la Orden Europea de Detención y Entrega. Comentario a la STJUE de 14 de julio de 2022, C-168/21. *Diario La Ley*. Sección Tribuna. 28/07/2022

GARRIGUES, J.: *Contratos bancarios*. Madrid. 1975.

GUILLÉN FERRER, M. J. *El secreto bancario y sus límites legales*. 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch. 1997.

GONZALEZ CUSSAC, J. L. *SEXTA LEY DE REFORMA DEL DERECHO PENAL (1998)* Revista Penal Nº 50 Julio 2022 Especial XXV Aniversario. "La corrupción como una amenaza para la seguridad nacional".

GONZÁLEZ LÓPEZ, J. J. Entorno a la prueba y al proceso. En Admisibilidad probatoria de la información obtenida con vulneración de derechos fundamentales: a propósito de la "Lista Falciani". Granada: ed. Comares. 2019

GUISASOLA LERMA, C., PERIAGO MORANT, J. J. *Tutela de los bienes culturales. Una visión cosmopolita desde el derecho penal, el derecho internacional y la criminología*. 1ª ed. Barcelona: Tirant lo Blanch, 2021.

HENRION, R. *Le secret professionnel du banquier*. 2ª ed. Bruxelles: 1968

HUALDE LOPEZ, I. Algunas consideraciones sobre el tribunal y el recurso de casación civil francés. Cuadernos de derecho transnacional. Vol. 9 Núm. 1 (2017). Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/3618/2186>.

JAKOBS, G. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2da ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JIMENEZ SANCHEZ. G., DIAZ MORENO, A. *Lecciones de Derecho Mercantil*. 17ª ed. Madrid:

Tecnos, 2014.

LAIRD, A. (2001). «Ringing the Changes on Gyges: Philosophy and the Formation of Fiction in Plato's Republic». *Journal of Hellenic Studies* 121.

LASAGABASTER HERRARTE, I (dir). *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario Sistemático*. 3ª ed. Navarra: Thomson Reuters, 2015.

MADRID BOQUÍN, C. M.: La prueba prohibida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Luces y sombras: el caso Zherdev c. Ucrania. *Revista de estudios europeos*, n.º extra 1, 2017. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6258782>.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico y de la Empresa. Parte General*. 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch. 2011.

MARTÍNEZ GINER, L.A. *La protección jurídica del Contribuyente en el intercambio de información entre Estados*. 1ª ed. Madrid: lustel. 2008

MOSQUERA BLANCO, A. J. La prueba ilícita tras la sentencia falciani: Comentario a la STS 116/2017, de 23 de febrero. *InDret*, Vol. 3, 2018. Disponible en: https://indret.com/wp-content/uploads/2018/07/1398_2.pdf.

NAVARRO MASSIP, J. El “maquiavelismo probatorio” de la prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal español. *Revista Aranzadi Doctrinal* núm.5/2016. BIB 2016\21175

NAVARRO MASSIP, J. La lista Falciani. Reflexiones críticas sobre la sentencia del Tribunal Supremo 116/2017, de 23 de Febrero. *Molins Defensa Penal*. 11 de mayo de 2017. Disponible: en: <https://www.molins.eu/la-lista-falciani-reflexiones-criticas-la-sentencia-del-tribunal-supremo-1162017-23-febrero/>

OPINTO LAVIN, J. *Secreto bancario. Régimen legal*. 1ª ed. Santiago, Chile: Padmos. 1980.

OECD (2000), *Mejorar el acceso a la información bancaria por motivos fiscales*, OECD Publishing, Paris.

PAINO RODRIGUEZ, F. J. *Una aproximación a la delincuencia organizada*. 2ª ed. Madrid: Servicio de Publicaciones Facultad Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2018.

PAREJO ALFONSO, L. El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981. *Revista Española de Derecho Constitucional* Vol. I. Núm. 3. Septiembre-diciembre 1981. Disponible en: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/27596/contenido_parejo_REDC_1981.pdf?sequence=1&isAllowed=.

PÉREZ LUÑO, A. E. *Intimidación y protección de datos personales: del habeas corpus al habeas data* en la obra colectiva *Estudios sobre el derecho a la intimidad*. (BUSTOS PUECHE, J.E. et al). 1ª ed. Madrid: Tecnos. 1992.

PEREZ ROYO, J., CARRASCO DURÁN, M.: *Curso de Derecho constitucional*. 17ª ed, Marcial Pons. Barcelona, 2021.

PUERTA MIJARES, I. F., *Necesidad de una Amplia Cooperación Policial y Judicial entre los Órganos de Persecución Penal Internacional de la Unión Europea*. En Revista Científica Virtual N°5-RECAMPI-12. Revista Científica virtual, Red de Capacitación del Ministerio Público Iberoamericano. Número 5 - Marzo 2017.

QUINTERO OLIVARES, G. La robótica ante el derecho penal. El vacío de respuesta jurídica a las desviaciones incontroladas. *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad: REEPS*, ISSN-e 2531-1565, Nº. 1, 2017. Disponible en: <https://www.ejc-reeps.com/Gonzalo%20Quintero%20La%20robotica%20ante%20el%20Dere>

cho%20penal%20REEPS.pdf.

QUIRÓS DE ORTIZ MEJÍA, C. A.: *La asistencia mutua internacional y el secreto bancario*. 1ª ed. Pamplona: Aranzadi. 2020.

RICHARD GONZÁLEZ, M. Licitud y validez de la prueba obtenida por particulares en el proceso penal: Comentario a la STS 116/2017, de 23 de febrero, que declara la validez de la «lista falciani» para fundar una condena por delito fiscal, *Diario La Ley* (nº 8946), de 22 de marzo de 2017. Disponible en: <http://www.probativa.org/wp-content/uploads/2017/05/2017.-marzo.Licitud-prueba-particulares-FALCIANI.LALEY-8946.pdf>.

RIVES SEVA, A. P. Reflexiones sobre el efecto reflejo de la prueba ilícita. *Noticias Jurídicas*. 1 diciembre 2010. Disponible en: <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4605-reflexiones-sobre-el-efecto-reflejo-de-la-prueba-ilicita/>.

RODRIGUEZ-ZAPATA, J. *Teoría y práctica del Derecho Constitucional*. 4ª ed, Madrid: Tecnos. 2018.

SANCHEZ HERNANDEZ, C. y FERNANDA PALMA, M. y GARCIA PEREZ, O. y PRATA ROQUE, M. *La influencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Derecho Interno*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

SILVA SÁNCHEZ, La expansión del Derecho Penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid, Ed. Civitas, 2001

SILVA SÁNCHEZ, J. M (dir). ¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial. 1ª ed. Barcelona: Marcial Pons. 2003.

SILVA SÁNCHEZ, «Delito fiscal y compra de información reservada», artículo publicado en Togas.biz el 8 de mayo de 2008

SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial B de f. 2016.

SERRANO PIEDECASAS, J. R. y DEMETRIO CRESPO, E. *Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico*. Madrid: Editorial Colex, 2008.

VAN KAMPEN, T. A. "The Kredietbank Luxembourg and the Liechtenstein tax affairs: notes on the balance between the exchange of information between states and the protection of fundamental rights", (2008), 17, EC Tax Review, Issue 5. Disponible en: <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/EC+Tax+Review/17.5/ECTA2008077>.

VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos del sistema penal*. 2ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia: 2011

ZARAGOZA TEJADA, J. I. Principio de no indagación y principio de contradicción. La introducción de declaraciones testificales practicadas en el extranjero sin presencia de las demás partes. *Revista Aranzadi Doctrinal*, ISSN 1889-4380, Nº. 2, 2022. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8268905>

Bibliografía complementaria

Circular 5/2019, de 6 de marzo, de la Fiscal General del Estado, sobre registro de dispositivos y equipos informáticos

Informe núm. 1235 ante la Asamblea Nacional francesa: Rapport d'information de la commission des finances déposé en application de l'article 146 du règlement, par la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire relatif au traitement par l'administration fiscale des informations contenues dans la liste reçue d'un

ancien salarié d'une banque étrangère», en la XIVª Legislatura., 10 de julio de 2013

Informe CAC/COSP/IRG/2013/8 de 26 de marzo de 2013, relativo al *Examen de la aplicación de la Convención de la Naciones Unidas contra la Corrupción*, que analiza los artículos 40 a 42 de la Convención, de la Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

Informe del Vast Comité van Toezicht op de Politiediensten te Brussel, «*Verlag van het toezichtsonderzoek naar de wijzen waarop door politieambtenaren gehandeld werd bij het ontvangen en het gebruik van de informatie aangaande de KB Lux*», de 27 de julio de 1999.

MARTIALAY, A. Lista Falciani: así se logró la unanimidad en el Constitucional tras nueve meses de debate. *El Independiente*. 16/07/2019

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., [versión 23.5 en línea]. <<https://dle.rae.es/m%C3%B3vil>>

Legislación citada

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando

LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y la propia imagen

Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica

Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria

Ley 19/2022, de 30 de septiembre, para el reconocimiento de personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca.

Código Penal Italiano

Código Penal Alemán (Das deutsches Strafgesetzbuch, StGB)

Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales

Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 20 de diciembre de 1988

Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003

Jurisprudencia referenciada

SSTEDH Barbulescu c. Rumanía, Klass c. Reino Unido, Harutyunyan c. Armenia.

SSTC 114/1984, 18/1984, 177/1988, 81/1998, 171/1999, 167/2002, 233/2005, 111/2006, 97/2019

STS 312/2012, 456/2013, 116/2017, 311/2018, 1442/2018, 501/2019, 87/2020

SAN de 5 de noviembre de 2001 (Sala Contencioso-Adm)

Auto 19/2013 de la Audiencia Nacional

SAP Madrid 280/2016

BVerfG. Sección 1ª de la Sala 2ª, Sentencia de 9.11.2010

Sentencia núm. 38753/2012 del Tribunal Supremo italiano

Sentencia Tribunal del Distrito Judicial de Breda, 11 de diciembre de 2003

Sentencia Tribunal del Distrito Judicial de Ámsterdam, 12 de septiembre de 2002

Sentencia Tribunal Supremo holandés, 14 de noviembre de 2006

Sentencia Tribunal del Distrito Judicial de Alkmaar, 19 de febrero de 2004

Sentencia Tribunal del Distrito Judicial de la Haya, 5 de noviembre de 2004

Listado de abreviaturas

AEAT (Agencia Española de la Administración Tributaria)

AN (Audiencia Nacional)

CE (Constitución Española)

CP (Código Penal -español-)

EOMF (Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal)

FJ (Fundamento Jurídico)

IRPF (Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas)

LECrím (Ley de Enjuiciamiento Criminal)

LGT (Ley General Tributaria)

LOPJ (Ley Orgánica del Poder Judicial)

SAN (Sentencia de la Audiencia Nacional)

STC (Sentencia del Tribunal Constitucional -español-)

STS (Sentencia del Tribunal Supremo -español-)

TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos)