



ASOCIACION
DE JUEGES Y MAGISTRADOS
FRANCISCO DE VITORIA

www.ajfv.es



Dirección
Natalia Velilla Antolín

Coordinación
Luis Cáceres Ruiz



BOLETÍN DIGITAL PENAL

NÚMERO 14. ABRIL 2017

ÓRGANO COMPETENTE PARA EL CONTROL DE LOS TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD IMPUESTOS COMO CONDICIÓN PARA LA SUSPENSIÓN

ATS nº 6543/2016, 3 Junio 2016.
Cuestión de competencia nº 20251/2016
ATS nº 6516/2016, 8 Julio 2016,
Cuestión de Competencia nº 20470/2016

CARMEN ARROYO MENA
Fiscal

SOBRE LAS PRUEBAS QUE TENGAN UN ORIGEN ILÍCITO: LA LISTA FALCIANI. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 116/2017, DE 23 DE FEBRERO

LUIS CÁCERES RUIZ
Magistrado
Juzgado de lo Penal nº 2 de Badajoz.

1.- ÓRGANO COMPETENTE PARA EL CONTROL DE LOS TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD IMPUESTOS COMO CONDICIÓN PARA LA SUSPENSIÓN

ATS n° 6543/2016, 3 Junio 2016.

Cuestión de competencia n° 20251/2016

ATS n° 6516/2016, 8 Julio 2016,

Cuestión de Competencia n° 20470/2016

CARMEN ARROYO MENA

Fiscal

VOCES: Competencia. Trabajos en beneficio de la comunidad. Juzgado de vigilancia penitenciaria. Pena. Suspensión. Ejecución.

Venía siendo habitual la pugna entre el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria (JVP) y el Tribunal sentenciador a la hora de conocerse competente para el seguimiento y control de los trabajos en beneficio de la comunidad (TBC) impuestos como condición de la suspensión de la pena privativa de libertad. La cuestión ha llegado al Tribunal Supremo quien ha fijado que, mientras que el control de la ejecución de la pena de TBC corresponde al JVP, cualquier aspecto relacionado con las medidas condicionantes de la suspensión son competencia del Tribunal Sentenciador, incluido a día de hoy los TBC que por efecto de los arts. 80.3 y 84.1 se impusieron. Nueva naturaleza jurídica de estos como "prestación o medida" que condiciona la suspensión y la sitúa fuera del ámbito de aplicación del art. 49 CP, al no ser ya pena, por lo que el control de su cumplimiento debe ser del Tribunal sentenciador.

COMENTARIO

La cuestión controvertida¹ parte de la declaración de incompetencia de un Juzgado de Vigilancia Penitenciaria (JVP) para conocer del control de la ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad (TBC) impuestos al penado como condición de la suspensión de la pena privativa de libertad dictada en la ejecutoria de un Juzgado de lo Penal, al que se remitió el expediente judicial para su seguimiento al considerarlo competente, órgano que lo devolvió rechazando así la competencia planteada² y obligando al JVP a elevar la cuestión al superior jerárquico común, en este caso el TS.

Si bien es cierto que el artículo 49 del CP otorga la competencia del JVP el control de la ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad³, tal precepto se incardina en el título III, del libro I denominado de las “penas” y dentro de él, en el capítulo 1º, sección 3ª “de las penas privativas de derechos”. Es decir, que tal función del JVP se entiende referida al control de la ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad cuando estos se imponen como pena y, su concreta y más detallada regulación se encuentra en el capítulo II del RD 840/2.011 bajo la rúbrica “del cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad” que recogiendo como no podía ser de otro

1 Abogando por la competencia del Juzgado sentenciador vid. GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, P., «Cinco cuestiones sobre la nueva suspensión-sustitución de las penas privativas de libertad», *Diario La Ley*, nº 8688, 25 enero 2016, pp. 4 y 5. En sentido contrario, antes de resolver la cuestión el TS, vid. CÁCERES RUIZ, L., «Trabajos en Beneficio de la Comunidad como condición para la suspensión de la pena privativa de libertad. Naturaleza jurídica y competencia para su control», *Boletín Digital Penal AJFV*, nº 5, junio 2016.

2 La cuestión de competencia 20470/2016 resuelta por Auto nº 6516/2016 de 8 de julio, se planteó entre los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria número 1 de Extremadura y el Juzgado de lo Penal número 3 de Toledo. La cuestión de competencia 20251/2016 resuelta por Auto nº 6543/2016, de 3 de junio, se planteó entre los Juzgados de lo Penal número 5 de Valencia y Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 2 de Zaragoza.

3 “La ejecución se desarrollará bajo el control del Juez de Vigilancia Penitenciaria, que, a tal efecto, requerirá los informes sobre el desempeño del trabajo a la Administración, entidad pública o asociación de interés general en que se presten los servicios” (artículo 49.1ª CP).

modo el citado artículo 49 del CP, remite a la competencia del JVP el control de la ejecución de dicha pena.

Ahora bien, en el caso que se analiza, no nos encontramos ante el cumplimiento de una pena, sino ante la ejecución de una condición impuesta para la suspensión de la pena impuesta y, en referido particular, el citado RD 840/11 es igualmente claro y terminante y, en su capítulo IV, bajo la rúbrica “de la suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad y de la sustitución de penas” otorga, en su artículo 14⁴, la competencia para el control del cumplimiento de la condición impuesta para la suspensión al órgano judicial competente para la ejecución de la pena, esto es, el Tribunal sentenciador.

Esto es así, y no puede ser de otro modo ya que, si bien el mismo artículo 49 del CP cuando confiere al JVP el control de la ejecución de la pena privativa de derechos de trabajos en beneficio de la comunidad, le atribuye de forma exclusiva la declaración de su incumplimiento, lógicamente, cuando se declara cumplida o incumplida la condición impuesta para la suspensión de la pena privativa de libertad, el artículo 86⁵ CP asigna la competencia del juez o tribunal sentenciador para la

4 Artículo 14 RD 840/11: “Recibida la resolución o mandamiento judicial que determine las condiciones de cumplimiento de la suspensión de la ejecución de una pena privativa de libertad, así como los particulares necesarios, cuando se imponga algunos de los deberes u obligaciones previstos en el artículo 83.1.5^a y 6^a del Código Penal o la condición de tratamiento y demás requisitos previstos en su artículo 87, los servicios que gestionan las penas y medidas alternativas del lugar donde el penado tenga fijada su residencia realizarán las actuaciones necesarias para hacer efectivo su cumplimiento”.

5 Artículo 86 CP: 1. El juez o tribunal revocará la suspensión y ordenará la ejecución de la pena cuando el penado:

- a) Sea condenado por un delito cometido durante el período de suspensión y ello ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida.
- b) Incumpla de forma grave o reiterada las prohibiciones y deberes que le hubieran sido impuestos conforme al artículo 83, o se sustraiga al control de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria.
- c) Incumpla de forma grave o reiterada las condiciones que, para la suspensión, hubieran sido impuestas conforme al artículo 84.
- d) Facilite información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado; no dé cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado, salvo que careciera de capacidad económica para ello; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su

revocación de la suspensión y ordenar la ejecución de la pena suspendida inicialmente, previa valoración de todas las circunstancias concurrentes tras un incidente contradictorio en el que deberá oír al Ministerio Fiscal y demás partes de la ejecución. Valoración sobre el cumplimiento o incumplimiento de la condición impuesta para la suspensión que sólo puede hacer el titular de la ejecutoria, pues, había de valorar si el incumplimiento ha sido grave o si ha sido reiterado y, en definitiva decidir si tal incumplimiento determina o no el cumplimiento de la pena sustituida o por el contrario en función de lo establecido en el n° 2 del artículo 86 del CP, imponer al condenado nuevas prohibiciones, deberes o condiciones o modificar las ya impuestas o, en su caso, prorrogar el plazo de la suspensión.

El TS ha tenido ocasión de pronunciarse de todo ello en los dos Autos comentados dictados en sendas cuestiones de competencia 20251/16⁶ y 20470/16⁷, estableciendo que la LO 1/15 de reforma del CP ha modificado en particular los arts. 84.1 y 80.3.

patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2. Si el incumplimiento de las prohibiciones, deberes o condiciones no hubiera tenido carácter grave o reiterado, el juez o tribunal podrá:

a) Imponer al penado nuevas prohibiciones, deberes o condiciones, o modificar las ya impuestas.

b) Prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de la mitad de la duración del que hubiera sido inicialmente fijado.

3. En el caso de revocación de la suspensión, los gastos que hubiera realizado el penado para reparar el daño causado por el delito conforme al apartado 1 del artículo 84 no serán restituidos. Sin embargo, el juez o tribunal abonará a la pena los pagos y la prestación de trabajos que hubieran sido realizados o cumplidos conforme a las medidas 2^a y 3^a

4. En todos los casos anteriores, el juez o tribunal resolverá después de haber oído al Fiscal y a las demás partes. Sin embargo, podrá revocar la suspensión de la ejecución de la pena y ordenar el ingreso inmediato del penado en prisión cuando resulte imprescindible para evitar el riesgo de reiteración delictiva, el riesgo de huida del penado o asegurar la protección de la víctima. El juez o tribunal podrá acordar la realización de las diligencias de comprobación que fueran necesarias y acordar la celebración de una vista oral cuando lo considere necesario para resolver.

6 "La nueva naturaleza del TBC como "prestación o medida" (art. 84 CP) que condiciona la suspensión la sitúa fuera del ámbito de aplicación del art. 49 CP, al no ser ya pena, por lo que el control de su cumplimiento debe volver al tribunal sentenciador, al que alude expresamente el nuevo art. 85 CP para atribuirle la posible modificación, por cambio de circunstancias, de la decisión adoptada conforme a los arts. 83 y 84 CP o de las prohibiciones, deberes o prestaciones acordadas, así como la

Así el art. 84.1 CP dispone que “el juez o tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes prestaciones o medidas”, y en su apartado 3º se refiere a “la realización de trabajos en beneficio de la comunidad”, y de otro el vigente art. 80.3, dispone:

“Excepcionalmente, aunque no concurran las condiciones 1ª y 2ª del apartado anterior, y siempre que no se trate de reos habituales, podrá acordarse la suspensión de las penas de prisión que individualmente no excedan de dos años cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, así lo aconsejen. En estos casos, la suspensión se condicionará siempre a la reparación efectiva del daño o la indemnización del perjuicio causado conforme a sus posibilidades físicas y económicas, o al cumplimiento del acuerdo a que se refiere la medida 1ª del artículo 84. Asimismo, se impondrá siempre una de las medidas a que se refieren los numerales 2º o 3º del mismo precepto, con una extensión que no podrá ser inferior a la que resulte de aplicar los criterios de conversión fijados en el mismo sobre un quinto de la pena impuesta”.

revocación de la suspensión (art. 87 CP). Por lo expuesto, los trabajos en beneficio de la comunidad impuestos en el auto de 3 de julio de 2015, ejecutoria número 116/2015, ha sido como consecuencia de la aplicación de los artículos 80.1 y 84.1 , 3º del vigente CP, L.O. 1/2015. Es decir, no se trata de una pena en sí misma, sino de una medida o prestación que constituye una condición de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 del citado texto legal apartado c) es competencia del Juez o Tribunal sentenciador el control del cumplimiento de dicha prestación impuesta como condición.” (Auto de TS, Sala 2ª, de lo Penal, 3 de Junio de 2016).

7 “La principal consecuencia que la nueva normativa en general y los trascritos preceptos en particular han obrado es que los TBC, sin dejar de estar contemplados como pena principal (única o alternativa), han dejado de estar previstos como pena sustitutiva, al desaparecer el art. 88 del CP, y han pasado a regularse como un efecto, medida o regla de conducta ligada a la permanencia en el disfrute de la suspensión de la pena de prisión. En suma existen ahora supuestos, como el analizado, en los que los TBC dejan de ser una pena en sentido estricto. Por lo tanto, los supuestos de concesión de la suspensión ampliada del art. 80.3 y 84.3.1º del Código Penal que lleven aparejada la realización de unos TBC excluyen la intervención de los JVP en su control. A mayor abundamiento, el resto de la normativa reguladora nos lleva a la conclusión de que la competencia corresponde al Juzgado o Tribunal que tramita la ejecutoria.” (Auto de TS, Sala 2ª, de lo Penal, 8 de Julio de 2016).

Así, la principal consecuencia que la nueva normativa en general y los transcritos preceptos en particular han obrado es que los TBC, sin dejar de estar contemplados como pena principal (única o alternativa), han dejado de estar previstos como pena sustitutiva, al desaparecer el art. 88 del CP, y han pasado a regularse como un efecto, medida o regla de conducta ligada a la permanencia en el disfrute de la suspensión de la pena de prisión. En suma existen ahora supuestos, como el analizado, en los que los TBC dejan de ser una pena en sentido estricto.

Por lo tanto, los supuestos de concesión de la suspensión ampliada del art. 80.3 y 84.3.1º del Código Penal que lleven aparejada la realización de unos TBC excluyen la intervención de los JVP en su control. A mayor abundamiento, el resto de la normativa reguladora nos lleva a la conclusión de que la competencia corresponde al Juzgado o Tribunal que tramita la ejecutoria.

Referencia CENDOJ: Roj: ATS 6543/2016 - ECLI: ES:TS:2016:6543A

Referencia CENDOJ: Roj: ATS 6516/2016 - ECLI: ES:TS:2016:6516A

**2.- SOBRE LAS PRUEBAS QUE TENGAN UN ORIGEN
ILÍCITO: LA LISTA FALCIANI. COMENTARIO A LA
SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 116/2017, DE 23
DE FEBRERO**

STS 23 Febrero 2017

Sentencia nº 116/2017

Recurso nº 1281/2016.

ROJ: STS 471/2017 - ECLI: ES:TS:2017:471

LUIS CÁCERES RUIZ

Magistrado

VOCES: Lista Falciani. Prueba ilícita. Artículo 11 LOPJ. Principio de Exclusión. Eficacia refleja. Fruta del árbol envenenado. Extralimitación policial. Descubrimiento inevitable. Conexión de antijuridicidad. Doble incriminación. Prueba ilícita obtenida por particular.

En la STS 23-2-2017 se admite como prueba válida la Lista Falciani, con datos financieros de particulares, obtenida ilícitamente por un trabajador de una entidad bancaria en Suiza. Se hace un análisis de la doctrina de la exclusión de la prueba ilícita y de las derivadas de ella (fruta del árbol envenenado) y de los concretos argumentos utilizados este caso por el Tribunal Supremo para su admisión.

1. INTRODUCCIÓN

Los hechos son sobradamente conocidos: un informático de la entidad bancaria HSBC en Suiza -HERVÉ FALCIANI- presuntamente se apoderó de datos del banco relativos a clientes supuestamente defraudadores de distintos países, la famosa “Lista FALCIANI”.

Suiza emitió una orden de detención y fue arrestado en Francia. La Policía francesa realizó una entrada y registro en su domicilio en Francia y encontró archivos informáticos, muchos de ellos con datos de posibles defraudadores fiscales. Las autoridades francesas remitieron esa información a diversos países, entre ellos a España⁸.

HERVÉ FALCIANI se trasladó a España, donde fue puesto a disposición judicial por una orden de detención de las autoridades suizas. La Audiencia Nacional decidió no extraditarlo y le dejó en libertad⁹. Se basa la resolución de la Audiencia Nacional en que se le imputa por Suiza delitos como “espionaje financiero”, “sustracción de información”, “violación del secreto comercial” y “violación del secreto bancario”. A la hora de verificar si concurría el requisito de la doble incriminación se indica que dichos delitos como tales no existen en el

⁸ En cuanto al procedimiento para la obtención de la información, la STS 116/2017 en su antecedente de hecho primero recoge: “Mediante oficio de 12 de febrero de 2010, el entonces Director del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria de la Agenda Española de Administración Tributaria, Justo, se dirigió al Subdirector de Control fiscal, de la Dirección General de Fianzas públicas de la República Francesa, al amparo del Convenio suscrito entre el Reino de España y la República Francesa a fin de evitar la doble imposición y de prevenir el fraude fiscal en materia de impuestos sobre la renta y el patrimonio, firmado en Madrid el 10 de octubre de 1995. Se solicitaba en dicho oficio que se facilitasen a España cuanta información dispusiera el destinatario en relación con los contribuyentes sujetos a la soberanía fiscal española que figurasen en el listado del Banco Suizo HSBC. Como respuesta a esta petición, la autoridad requerida, mediante oficio de 14 de mayo de 2010 puso a disposición de la Agencia Tributaria española la información de la que disponía, y la hizo llegar a nuestras autoridades fiscales grabada en un CD-Rom que se entregó personalmente al autor de la solicitud en la sede del Departamento que dirigía. La entrega fue realizada el día 24 de mayo en persona por el Agregado Fiscal de la Embajada de la República Francesa en España”.

⁹ Auto 19/2013, de 8 de mayo, de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

ordenamiento jurídico español, pero sí tipos penales de revelación de secretos y contra la intimidad -artículos 197 y ss. y 278 y ss. del Código penal-. Por la Audiencia Nacional se argumenta que algunas de las prácticas de la entidad bancaria HSBC podrían ser “directamente sancionables en el ámbito administrativo e incluso en el penal¹⁰”. La información de la Lista FALCIANI “se refiere a actividades sospechosas de ilegalidad, incluso constitutivas de infracciones penales (defraudación tributaria, blanqueo de dinero, posible financiación del terrorismo...), lo que necesariamente nos lleva a considerar que sería una información de ninguna manera susceptible de legítima protección, como secreto, a través de la protección que establece el indicado precepto penal. Ello afecta directamente a la tipicidad de la conducta”. La información recabada por FALCIANI, si bien puede atentar contra el secreto y la intimidad, se refiere a presuntas actividades delictivas que no gozan de dicha protección. Se concluye que falta la doble incriminación, por lo que se desestima la extradición.

Los datos de posibles defraudadores dieron lugar a actuaciones de la hacienda española.

En el supuesto que ha dado lugar a la STS que analizamos, el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Alcobendas incoó diligencias previas, remitiéndose el procedimiento para su enjuiciamiento, que dio lugar a la SAP Madrid, Sección 23^a, número 280/2016, de 29 de abril de 2016, en la que se condenaba al acusado como autor de dos delitos contra la hacienda pública¹¹.

¹⁰ Se indica en el citado Auto: “Situaciones que podrían haber sido amparadas por la propia entidad bancaria suiza por medio de sus sucursales, cuyos empleados captarían a los clientes ofreciendo la creación de estructuras fiduciarias y sociedades pantallas constituidas en paraísos fiscales, a través de los cuales se canalizaría, de manera opaca y segura, la inversión realizada por las personas físicas residentes en territorio español” (...) “tal conducta podría quedar sumida en el apartado primero del artículo 305 del Código Penal, en la modalidad elusión del pago de cantidades retenidas o que subieran debido retener, defraudando a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local”.

¹¹ Se condenó al acusado como autor de dos delitos contra la Hacienda pública del artículo 305 del Código Penal vigente en la fecha de los hechos, a la pena de tres años

Se plantean varios motivos del recurso del acusado, aunque lo interesante y que analizamos aquí es el relativo a que “*en toda clase de procesos las pruebas de origen ilícito han de ser descartadas, de modo que no pueden las autoridades fiscales españolas, ni la Abogacía del Estado, ni el Ministerio Fiscal ni, por supuesto, el Tribunal de enjuiciamiento, aceptar documentación e información obtenida ilícitamente, aunque el lugar de origen de la prueba ilícita sea un Estado extranjero*” (fundamento de derecho segundo de STS, haciendo referencia al recurso interpuesto).

La cuestión que se aborda es el alcance que puedan tener, sin han de tener alguno, las pruebas que en su obtención tengan un origen ilícito, en relación con el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹².

2. REGLA DE LA EXCLUSIÓN. LA FRUTA DEL ÁRBOL ENVENENADO.

2.1. Origen doctrinal.

La regla de la exclusión (*exclusionary rule*) tiene su origen en EEUU, que prohíbe la utilización de cualquier prueba que hubiese sido obtenida de forma ilícita. Se formuló por primera vez en el caso *Boyd v. US (1886)*¹³. Se acusaba de la falsificación de documentos con el fin de evitar aranceles aduaneros. Durante el curso del procedimiento, el juez ordenó a los acusados que presentaran documentos que indicaran la

de prisión por cada uno de ellos e imposición de multa y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de cinco años, así como al pago a la Hacienda Pública española de las cuotas defraudadas con intereses del artículo 58 de Ley General Tributaria.

¹²Artículo 11.1 LOPJ: “En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”.

¹³ ALCAIDE GONZÁLEZ, J.M., “La prueba ilícita penal en España y Estados Unidos. Notas comparadas, (I)”, en *Legal Today*, 25-2-2011, http://www.legaltoday.com/practica-juridica/supranacional/d_global/la-prueba-ilicita-penal-en-espana-y-estados-unidos-notas-comparadas-i

cantidad y el valor de los envíos. Los acusados protestaron, alegando que no podían ser obligados a exhibir pruebas contra sí mismos. La prueba finalmente se consideró no válida al haberse obtenido ilegalmente, por haberse atentado contra sus derechos.

En definitiva, la regla de exclusión consiste en la prohibición de la utilización de pruebas ilícitamente obtenidas¹⁴.

La teoría del fruto del árbol envenenado¹⁵ va más allá. Se plantea por primera vez en 1920, en el caso Silverthorne¹⁶. Las autoridades habían obtenido de manera ilícita documentos comprometedores para los acusados. Los documentos fueron devueltos, pero conociendo su existencia, las autoridades les requirieron en debida forma para que los presentasen. Al no exhibirse los documentos, fueron acusados de desacato.

La Corte Suprema sostuvo por vez primera que no sólo se debían excluir las pruebas ilegalmente obtenidas. Tampoco se podía admitir todas aquellas que se hubieran obtenido como consecuencia de las pruebas ilícitas. La prueba inicial ilícita -el árbol envenenado- se debe excluir; pero también lo averiguado como consecuencia de la prueba ilícita, es decir, “la fruta del árbol envenenado”.

Se evita así que cualquier prueba ilícitamente obtenida pueda usarse, directa o indirectamente, contra los acusados.

¹⁴ “Uno de los problemas de más difícil solución que plantea la doctrina de la prueba ilícita es el de sus efectos psicológicos, esto es, la eventual incidencia que en la conciencia del juzgador pueden llegar a tener los elementos probatorios ilícitamente obtenidos. La simple declaración judicial de ineficacia de la prueba ilícita puede resultar insatisfactoria, pues resulta bastante difícil que el Juez que ha presenciado la práctica de una prueba ilícita o que ha entrado en contacto con la misma pueda sustraerse a su influjo en el momento de valorar el resto del material probatorio aportado a la causa, esto es, en el momento de formar su convicción” (GINER ALEGRÍA, C.A., «Prueba prohibida y prueba ilícita» en *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, núm. 26, 2008, p. 589).

¹⁵ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, J.A. y MORENO CABELLO, M.A., «La doctrina del fruto del árbol envenenado» en *Noticias Jurídicas*, <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/8944-la-doctrina-del-fruto-del-arbol-envenenado/>

¹⁶ CAMPANER MUÑOZ, J., *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*, -Tesis Doctoral-, Universidad Complutense de Madrid, 2015, p. 33.

2.2. Recepción de la teoría en el derecho español. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En España, la regla de exclusión fue tratada por primera vez en la STC 114/1984, de 29 de noviembre. En la misma se fijó la doctrina, sin norma legal expresa, de que “el problema de la admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida se perfila siempre en una encrucijada de intereses, debiéndose así optar por la necesaria procuración de la verdad en el proceso o por la garantía -por el ordenamiento en su conjunto- de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos. Estas últimas acaso puedan ceder ante la primera exigencia cuando su base sea estrictamente infraconstitucional, pero no cuando se trate de derechos fundamentales que traen su causa, directa e inmediata, de la norma primera del ordenamiento. En tal supuesto puede afirmarse la exigencia prioritaria de atender a su plena efectividad, relegando a un segundo término los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso” (...) “constatada la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las «garantías» propias al proceso (art. 24.2 de la Constitución) implicando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio (art. 14 de la Constitución), desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro. El concepto de «medios de prueba pertinentes» que aparece en el mismo art. 24.2 de la Constitución pasa, así, a incorporar, sobre su contenido esencialmente técnico-procesal, un alcance también sustantivo, en mérito del cual nunca podrá considerarse «pertinente» un instrumento probatorio así obtenido”.

Dicha doctrina fue acogida en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, inadmitiendo las pruebas obtenidas directa o

indirectamente con violación de los derechos y libertades fundamentales. La violación directa parece referirse a la regla de exclusión y la indirecta a la teoría del fruto del árbol envenenado.

Se plantea la duda del valor de la prueba obtenida de manera ilícita, pero no vulnerando un derecho fundamental. En este sentido ya el Tribunal Supremo en su STS 29-3-1990 distinguía que “cuando el origen de la ilicitud de la prueba se encuentra en la violación de un derecho fundamental, no hay ninguna duda de que tal prueba carece de validez en el proceso y los Tribunales habrán de reputarla inexistente a la hora de construir la base fáctica en que haya de apoyarse una sentencia condenatoria. Otra cosa, quizá, haya que decir cuando la ilicitud sea de rango inferior, en cuyo supuesto es posible que tenga que prevalecer el principio de verdad material, debiendo hacerse en cada caso una adecuada valoración de la norma violada en consideración a su auténtico y real fundamento y a su verdadera esencia y naturaleza”.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁷ no considera directamente una vulneración del artículo 6 del tratado el uso de la prueba obtenida violando los derechos fundamentales. Estima que ha de valorarse el procedimiento en su conjunto para determinar si se ha vulnerado el derecho a un proceso justo¹⁸.

2.3. Criterios delimitadores del principio de exclusión. Eficacia de las pruebas derivadas.

2.3.1 Teorías que restringen el automatismo de la regla de exclusión.

¹⁷ STEDH 12-5-2000 caso Khan vs Reino Unido, SSTEDH 25-9-2001 y 5-11-2002, entre otras.

¹⁸ COSTA TOMÉ, M.C., «La prueba ilícita por violación de Derechos Fundamentales y sus excepciones», en *Revista de Derecho UNED*, núm. 11, 2012, pp. 144 y 145.

a) Eficacia disuasoria de extralimitaciones policiales.

Se estima que la finalidad de la exclusión de la prueba ilícita es evitar conductas policiales ilícitas. Conforme a dicho fundamento se ha descartado la regla de exclusión cuando las pruebas ilícitas las han obtenido particulares¹⁹.

b) Excepción de actuación policial de buena fe.

Su fundamento es similar al anterior. Si la policía ha actuado de buena fe, carece de justificación excluir la prueba ilícita, ya que con ello no se consigue el efecto de prevenir conductas policiales futuras de carácter ilícito.

c) Mayor o menor afectación de los derechos.

El Tribunal Constitucional alemán ha formulado la “teoría de los tres círculos” según el grado de afectación de los derechos fundamentales. El primer círculo lo constituye la privacidad personal que es inmune a cualquier injerencia de los poderes públicos. El segundo círculo dependerá de una ponderación entre el derecho a la intimidad y los intereses públicos. En la tercera esfera, no se produce una afectación de los derechos fundamentales y la prueba es válida.

2.3.2. Limitaciones a la inadmisión de la prueba derivada de la ilícita²⁰ (fruta del árbol envenenado).

a) Excepción del descubrimiento inevitable

¹⁹ Caso *Burdeau vs. McDowell*, 256 US, 465, 1921

²⁰ Un análisis detallado de las distintas excepciones y límites puede verse en MIRANDA ESTRAMPES, M., «La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones» en *Revista Catalana de Seguretat Pública*, mayo 2010, pp. 142 y siguientes. También en DELGADO DEL RINCÓN, L.E., «La regla de exclusión de la prueba ilícita, excepciones y eficacia» en *Ciudadanía, derechos políticos y justicia electoral en México*, BÁEZ SILVA, C.; RÍOS VEGA, L.E., Madrid, 2013, pp. 405 a 426.

No se excluye una prueba derivada de una ilícita cuando al resultado probatorio de la primera se hubiera llegado inevitablemente por el curso normal de la investigación.

b) Nexo causal atenuado.

Se admite la prueba cuando la relación entre la prueba ilícita inicial y otra es muy indirecta. En el supuesto de una entrada policial ilegal en un domicilio, se detuvo a una persona, que imputó a un tercero al que se le detuvo poseyendo droga. Se consideró que no había una conexión directa entre la entrada ilícita en el domicilio y la detención y se admitió la prueba²¹.

c) Conexión de antijuridicidad.

Este principio ha sido fijado por el Tribunal Constitucional²². Para que una prueba ilícita ocasione la invalidez de las pruebas derivadas de ellas, no se exige sólo que una sea consecuencia de la otra (nexo causal), sino que exista una “conexión de antijuridicidad²³”, conforme a criterios que fija el propio tribunal²⁴:

- Importancia de la vulneración de derechos en la primera prueba.
- Intencionalidad o no de los autores de la violación de derechos.
- Relevancia de la información obtenida en la prueba ilícita para obtener la prueba derivada.

²¹ Caso Wong Sun vs. US (371 US 471, 1963).

²² STC 81/1998, de 2 de abril.

²³ COSTA TOMÉ, M.C., op. cit.

²⁴ ALCAIDE GONZÁLEZ, J.M., *La Exclusionary Rule de EE.UU. y la prueba ilícita penal de España. Perfiles jurisprudenciales comparativos*, Tesis Doctoral, Universitat Autònoma Barcelona, 2012, pp. 357 y ss.

- Si razonablemente se habría llegado a esa información aunque no se hubieran vulnerado los derechos.

En realidad se trata de una sistematización de las distintas teorías limitadoras apuntadas.

3. ARGUMENTOS DE LA STS 116/2017, DE 23 DE FEBRERO

La STS expone en principio tres argumentos, sin que finalmente acoja ninguno de ellos: la admisión de la Lista FALCIANI por otros altos tribunales europeos; la no exigencia para los tribunales españoles de verificar la licitud de las pruebas obtenidas en el extranjero; y el principio de doble incriminación.

3.1. Admisión de la Lista FALCIANI por altos tribunales europeos.

Se menciona la admisión por los Tribunales Supremos de Italia, Francia y Bélgica, así como en un supuesto análogo el Tribunal Constitucional alemán y el TEDH. Expresamente se dice que “representa un dato que no puede ser obviado por esta Sala en el momento de ponderar las alegaciones del recurrente. Pese a todo, somos conscientes de que cuando se trata de fijar los límites de la licitud probatoria y de definir las reglas de exclusión, no puede operarse con soluciones miméticas, pese a que el supuesto de hecho enjuiciado por otras jurisdicciones presente notas de extraordinaria similitud con el que es ahora objeto de nuestra atención”.

3.2. No exigencia por los tribunales españoles de verificar la legalidad de la prueba procedente del extranjero conforme al principio “locus regit actum”.

A este respecto se expone que “al juez español no le incumbe verificar un previo proceso de validación de la prueba practicada conforme a

normas procesales extranjeras. Pero la histórica vigencia del principio *locus regit actum*, de dimensión conceptual renovada a raíz de la consolidación de un patrimonio jurídico europeo, no puede convertirse en un trasnochado adagio al servicio de la indiferencia de los órganos judiciales españoles frente a flagrantes vulneraciones de derechos fundamentales. Incluso en el plano semántico la expresión principio de no indagación, si se interpreta desbordando el ámbito exclusivamente formal que le es propio, resulta incompatible con algunos de los valores constitucionales comprometidos en el ejercicio de la función jurisdiccional”.

3.3. Principio de doble incriminación.

Se hace referencia al Auto denegando la extradición al que hicimos referencia al inicio. La Audiencia Nacional resolvió que conforme al derecho español los delitos imputados a FALCIANI podrían ser de revelación de secretos y contra la intimidad, pero éstos no tienen lugar si la información revelada se refiere a presuntas actividades ilícitas de la entidad bancaria y sus clientes.

Este criterio no le es suficiente al TS. Se dice que, se haya cometido o no delito al obtener la lista, lo relevante es si se produjo o no vulneración de los derechos fundamentales, ya que “el concepto de ilicitud probatoria no exige como presupuesto la comisión de un hecho ilícito”. Es posible, según el TS, que aún en el caso de que no se cometa un delito, pueda haberse obtenido la prueba de manera ilícita, y no ser válida.

Sin embargo, el TS no indica qué derechos fundamentales pudieron verse vulnerados, si, aplicando la doctrina de la Audiencia Nacional, no se produjo vulneración del secreto y de la intimidad al tratarse de información relativa a hechos presuntamente delictivos.

3.4. Prueba ilícitamente obtenida por particular.

El argumento en que finalmente se basa el TS para admitir la Lista Falciani reside en que la obtuvo un particular.

Se considera que “lo que proscribe el art. 11 de la LOPJ no es otra cosa que la obtención de pruebas (“no surtirán efecto las pruebas obtenidas...” en el desarrollo de la actividad probatoria en el marco de un proceso penal”. “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.”

Es decir, el TS limita la inadmisión de la prueba ilícita solo a aquellos casos en que sean los poderes públicos los que vulneren la norma en el curso de una investigación penal. En este sentido se distingue entre la ilicitud del particular y la de las autoridades y agentes:

“Es evidente que la acción vulneradora del agente de la autoridad que personifica el interés del Estado en el castigo de las infracciones criminales nunca puede ser artificialmente equiparada a la acción del particular que, sin vinculación alguna con el ejercicio del ius puniendi, se hace con documentos que más tarde se convierten en fuentes de prueba que llegan a resultar, por una u otra circunstancia, determinantes para la formulación del juicio de autoría. El particular que por propia iniciativa desborda el marco jurídico que define la legitimidad del acceso a datos bancarios, ya actúe con el propósito de

lograr un provecho económico, ya con el de fomentar el debate sobre los límites del secreto bancario, no lo hace en nombre del Estado. No rebasa el cuadro de garantías que define los límites constitucionales al acopio estatal de fuentes de pruebas incriminatorias”.

Conforme a dicha doctrina, se admite la prueba ilícitamente obtenida por un particular, siempre que éste actúe “con absoluta desconexión de toda actividad estatal y ajena en su origen a la voluntad de prefabricar pruebas”.

El TS fija en principio el discutible criterio de validez de la prueba ilícita obtenida por un particular. Recordemos que el artículo 11 de la LOPJ proscribía la prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales y las libertades públicas, sin que distinga entre particulares y poderes públicos.

4. CONCLUSIÓN.

Después de basar la admisión de la Lista FALCIANI en dicho discutible criterio, el TS hace dos puntualizaciones:

- La jurisprudencia mayoritaria de la propia Sala de lo Penal del TS opta por la exclusión de la prueba obtenida por particular con vulneración de los derechos fundamentales²⁵. Es minoritaria su admisión.

- No se está formulando una regla de validez general, ni se está cambiando la doctrina del TS.

¿Por qué entonces el TS acoge el criterio minoritario de admisión de las pruebas obtenidas ilícitamente por un particular?

²⁵ Se citan entre otras las SSTS 239/2014, de 1 de abril; 569/2013, de 26 de junio; 1066/2009, de 4 de noviembre.

El TS se basa en que FALCIANI no actuaba en connivencia con poderes públicos ni con la finalidad de obtener una prueba para hacerla valer en un proceso. La prueba ilícita se excluye para evitar ilegalidades policiales, por lo que se admite si la realiza un particular sin connivencia con las autoridades.

Sin embargo, no siendo ese el criterio mayoritario en la jurisprudencia del TS, parece lógico pensar que en la decisión han sido relevantes los criterios expuestos por el propio Tribunal al inicio.

Realmente sí se ha tenido en cuenta que varios altos tribunales europeos habían admitido la Lista FALCIANI. Lo cual no ha de ser sorprendente. Se trata de jurisprudencia de países de la Unión Europea, con los que es lógico que haya de establecerse cierta sintonía en cuestiones como el delito fiscal, que puede abarcar en su comisión a varios países.

Por otra parte, si bien se rechaza el principio de no indagación, se recoge que “la pretensión de que los Tribunales españoles se conviertan en custodios de la legalidad de actuaciones efectuadas en otro país la Unión Europea deviene inaceptable. Existe al respecto ya una consolidada doctrina de esta Sala que en general, y más en concreto, en relación a los países que integran la Unión Europea, tiene declarado que no procede tal facultad de supervisión²⁶.

También ha debido pesar en el criterio del Tribunal que no es clara la comisión por parte de FALCIANI de ningún delito según la legislación española, tal y como fijó la Audiencia Nacional en el procedimiento de extradición.

Dichos criterios en su conjunto parecen haber llevado al TS a la

²⁶ Se recoge la doctrina de la STS 456/2013, de 9 de junio.

admisión de la Lista FALCIANI, aunque no se diga expresamente, al ponderar las circunstancias concurrentes en el caso. Por ello el TS recalca en que no se modifica la doctrina jurisprudencial mayoritaria del propio Tribunal y se mantiene el principio de que la admisión de prueba ilícitamente obtenida por particular es algo excepcional.

STS 23 FEBRERO 2017. ROJ: STS 471/2017 - ECLI: ES:TS:2017:471

BIBLIOGRAFÍA

ALCAIDE GONZÁLEZ, J.M., «La prueba ilícita penal en España y Estados Unidos. Notas comparadas», en *Legal Today*, 25-2-2011.

- *La Exclusionary Rule de EE.UU. y la prueba ilícita penal de España. Perfiles jurisprudenciales comparativos*, Tesis Doctoral, Universitat Autònoma Barcelona, 2012.

CAMPANER MUÑOZ, J., *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*, -Tesis Doctoral-, Universidad Complutense de Madrid, 2015.

COSTA TOMÉ, M.C., «La prueba ilícita por violación de Derechos Fundamentales y sus excepciones», en *Revista de Derecho UNED*, núm. 11, 2012.

DELGADO DEL RINCÓN, L.E., «La regla de exclusión de la prueba ilícita, excepciones y eficacia» en *Ciudadanía, derechos políticos y justicia electoral en México*, BÁEZ SILVA, C.; RÍOS VEGA, L.E., Madrid, 2013.

GINER ALEGRÍA, C.A., «Prueba prohibida y prueba ilícita» en *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, núm. 26, 2008.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, J.A. y MORENO CABELLO, M.A., «La doctrina del fruto del árbol envenenado» en *Noticias Jurídicas*.

MIRANDA ESTRAMPES, M., «La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones» en *Revista Catalana de Seguretat Pública*, mayo 2010.

AJFV