El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por el magistrado don Juan José González Rivas, presidente; la magistrada doña Encarnación Roca Trías; los magistrados don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Antonio Narváez Rodríguez, don Alfredo Montoya Melgar, don Ricardo Enríquez Sancho, don Cándido Conde-Pumpido Tourón y la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 1805-2017, promovido por don Sixto Delgado de la Coba, representado por la procuradora de los Tribunales doña Esther Ana Gómez de Enterría Bazán y asistido por el abogado don José Antonio Choclán Montalvo, contra la sentencia núm. 116/2017, de 23 de febrero, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que desestimó el recurso de casación interpuesto por el demandante frente a la sentencia núm. 280/2016, de 29 de abril, por la que la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 23ª) le condenó como autor de dos delitos contra la Hacienda Pública. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido ponente el magistrado don Alfredo Montoya Melgar.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 10 de abril de 2017, doña Esther Ana Gómez de Enterría Bazán, procuradora de los Tribunales y de don Sixto Delgado de la Coba, interpuso recurso de amparo contra las sentencias referidas en el encabezamiento.

2. Son antecedentes procesales relevantes para resolver el presente recurso de amparo los siguientes:

A) Con fecha 9 de junio de 2011, la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada denunció al demandante de amparo ante los Juzgados de Instrucción de Alcobendas, dando cuenta de hechos vinculados a la supuesta defraudación cometida por el Sr. Delgado de la Coba en su autoliquidación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante, IRPF), correspondiente a los ejercicios fiscales 2005 y 2006.

La denuncia daba cuenta de que la comunicación de información en la que se basaba la denuncia por defraudación fiscal había sido suministrada a la autoridad fiscal española por su homóloga francesa en fecha 24 de mayo de 2010, al amparo del mecanismo previsto en el art. 27 del Convenio celebrado el 10 de octubre de 1995 entre el Reino de España y la República Francesa sobre doble imposición y prevención de la evasión y el fraude fiscal en materia de Impuestos sobre la Renta y el Patrimonio. Conforme a dicha información, contenida en las que se denominaba ‘fichas BUP’, las autoridades francesas ponían en conocimiento de las españolas que el denunciado Sr. Delgado de la Coba figuraba en dichos periodos impositivos como cliente del *HSBC Private Bank Suisse* en Ginebra (*The Hong Kong and Shanghai Banking Corporation*), arrojando las cuentas bancarias abiertas a su nombre saldos respecto de los cuales no habría satisfecho su obligación de tributar en España, pese a ostentar domicilio habitual en la indicada localidad de Alcobendas. Expresaba la Fiscalía en su escrito de denuncia que de ello se seguía la presunta comisión de un fraude fiscal susceptible de determinar la exigencia de responsabilidades penales, al superarse notablemente la cuota tributaria fijada para el tipo penal (art. 305 del Código Penal).

Ilustrando sobre estos particulares, la denuncia adjuntaba copia auténtica del CD/DVD obrante en el Sistema de Gestión de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (en adelante, AEAT).

B) Por auto de 27 de junio de 2011, el Juzgado de Instrucción núm. 4 de los de Alcobendas incoó Diligencias Previas núm. 2776/2011 para el esclarecimiento de los hechos denunciados. Entre las diligencias practicadas a tal fin interesan, a los fines del presente amparo, aquéllas relacionadas con el cuestionamiento por el demandante del origen remoto de la información fiscal objeto de investigación, dada su relación con un conocido documento que, a efectos identificativos, nominaremos en este amparo como 'lista Falciani', que hace referencia al trabajador informático que obtuvo información económica de los clientes de la entidad bancaria para la que prestaba servicios. Interesó el investigado, ya en ese momento procesal, la aplicación del art. 11.1 LOPJ, suscitándose sobre este particular el debate contradictorio que consta en las actuaciones, y que incluyó aquellas peticiones de prueba cuyo resultado consta igualmente documentado.

C) Concluida la instrucción, y una vez resuelta la cuestión de competencia funcional suscitada, con fines de enjuiciamiento, entre el Juzgado de lo Penal núm. 20 de Madrid y la Audiencia Provincial de Madrid, se celebró juicio oral ante la Sección 23ª de esta última, en sesiones sucesivas habidas el 11 y 12 de abril de 2016. Al iniciar el juicio oral, la defensa del demandante de amparo planteó como cuestión previa la solicitud de exclusión del proceso de la prueba documental recibida de las autoridades francesas, al provenir, según su criterio, de la comisión de un delito por el particular que da nombre a la 'lista Falciani', en tanto que fue elaborada por éste con supuesta vulneración de derechos fundamentales del acusado y otros.

D) En sentencia de fecha 29 de abril de 2016 la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 23ª) condenó al demandante de amparo como autor de dos delitos contra la Hacienda Pública española, por defraudación del IRPF correspondiente a los ejercicios fiscales 2005 y 2006, imponiéndole sendas penas de prisión de tres años de duración por cada uno de ellos, con su correspondiente accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por igual tiempo; le impuso, asimismo, una multa del cuádruplo de la cantidad defraudada (11.369.216'32 euros), junto con la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas e, igualmente, del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por tiempo de cinco años. Cifró, por último, la responsabilidad civil del demandante para con la Hacienda Pública española en 2.842.304'08 euros, cantidad que devengará los intereses del art. 58 LGT desde la fecha en que debió efectuarse el pago hasta su completa satisfacción.

a) La sentencia de instancia declaró probados los siguientes hechos:

"PRIMERO. Mediante oficio de 12 de febrero de 2010, el entonces Director del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria de la Agencia Española de Administración Tributaria, (...), se dirigió al Subdirector de Control fiscal, de la Dirección General de Fianzas (sic) *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* (sic) *a España cuanta información dispusiera el destinatario en relación con los contribuyentes sujetos a la soberanía fiscal española que figurasen en el listado del Banco Suizo HSBC.*

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

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

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

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

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

Cada persona -física o jurídica- se identificaba con un código de diez dígitos, llamado Código BUP, que se corresponde con un archivo informático que contiene las fichas de información patrimonial de la persona de que se trata. Los patrimonios consignados en estas fichas están vinculados a lo que se denomina 'perfiles', o agrupaciones de personas y entidades asociadas.

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

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

Como resultado de este estudio y contraste de datos se decidió, a través de un procedimiento de gestión, requerir a 558 obligados tributarios que figuraban en los listados ya mencionados para que presentasen declaración complementaria de Impuesto sobre la Renta y/o el Patrimonio, lo que realizaron un total de 293.

Quienes no respondieron al requerimiento fueron incluidos en el Plan de Inspección para la comprobación del impuesto.

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

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

Sixto Delgado no utilizaba tarjetas de crédito.

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

irrelevantes en sede de amparo): *Apellidos: Delgado de la Coba. Nombre: Sixto. Nacionalidad: España. Fecha de nacimiento: (…). Lugar de nacimiento: Las Palmas de Gran Canaria. Sexo: (…). Estado civil: ---. Profesión: (…). Teléfono móvil: (…). Fax: (…). Teléfono profesional: (…). Naturaleza documento: Pasaporte. Número: (…). Lugar residencia: Madrid. País: España. Domicilios: (…) Las Palmas de Gran Canaria (España). (Domicilio registrado): (…) Alcobendas (Madrid-España).*

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

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

2.2. Sixto Delgado de la Coba (5091357344).

2.3. R(…) de la Coba Sánchez, Sixto Delgado o F(…) de la Coba (5094490846).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

SÉPTIMO. El acusado fue objeto de actuación inspectora por parte de la AEAT con relación a los datos que sobre él constaban, correspondientes a los ejercicios 2005 y 2006,

y citado de comparecencia hasta en once ocasiones, sin asistir personalmente a ninguna, sino por medio de representante.

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

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

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

b) A la anterior declaración fáctica sigue, en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, un análisis de fondo que comienza con las 'cuestiones previas' planteadas por la defensa del demandante al inicio del juicio oral y que, en esencia, versaron sobre la petición de exclusión, a efectos de prueba, de la documental proporcionada por las autoridades francesas elaborada a partir del contenido de la denominada 'lista Falciani', cuyo origen estimaba la defensa ilícito en tanto que obtenido con vulneración de los derechos fundamentales de su representado. A partir del debate contradictorio habido sobre esta pretensión en el juicio oral, la sala de enjuiciamiento alcanzó una conclusión contraria a lo interesado.

Así, tras recoger los argumentos de las partes (FJ 1) y encauzar esta pretensión en los arts. 24 CE, 6 CEDH y 11.1 LOPJ (FJ 2), la sentencia de instancia, con alusiones a pronunciamientos del Tribunal Supremo (STS 553/2015, de 6 de octubre) y de este Tribunal (SSTC 114/1984, de 29 de noviembre, y 126/2011, de 18 de julio) en materia de intimidad y prueba ilícita, trae a colación lo expuesto por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección 2ª) en el auto de 8 de mayo de 2013, que rechazó la petición extradicional promovida por las autoridades suizas respecto del Sr. Falciani, localizado en España (FJ 3).

En dicho auto, la Audiencia Nacional había determinado que tal petición no cumplía el requisito de la 'doble incriminación', al no ser posible encontrar paralelismo, en clave de

tipicidad, entre nuestro ordenamiento jurídico-penal y los ilícitos objeto de reclamación: consideró, por un lado, que el Código Penal español no recoge el denominado 'espionaje financiero'; por otro, que la conducta del Sr. Falciani tampoco encuentra reflejo en la revelación de secretos (art. 199 CP) o en la protección del mercado y los consumidores (art. 279 CP). Considerando que es esta última figura penal la que más se aproxima al supuesto de autos, atiende al presupuesto jurisprudencial conforme al cual el secreto empresarial penalmente protegible precisa que la información, objeto de protección, sea lícita en su contenido. Existen, en cualquier caso, intereses superiores que, relevando del deber de secreto, pueden justificar la cesión de información en favor de determinados sujetos públicos; entre los legitimados para conocerla, se encuentran las autoridades administrativas competentes en materia de defraudación tributaria, como también el Ministerio Fiscal y los Tribunales cuando ello afecte a la investigación y persecución de ilícitos penales.

Desde lo anterior, la Audiencia Provincial afirma que la actividad del *HSBC* relacionada con la 'lista Falciani' abarca prácticas directamente sancionables en nuestro Derecho desde los ámbitos administrativo y/o penal. Cita, a modo de ejemplo, la sanción administrativa impuesta en 2002 a la entidad *HSBC BANK PLC*, sucursal en España, por infracción grave de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, de Medidas de Prevención del Blanqueo de Capitales, sanción que fue confirmada por la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional (Sección 6ª) [SAN de 23/09/2009] y, finalmente, por la Sala Tercera del Tribunal Supremo [STS de 23/03/2013].

Reconociendo las diferencias existentes entre un proceso extradicional y el que es objeto de autos, la Sala enjuiciadora estima que la protección que cabe conferir al derecho a la intimidad debe confrontarse con el tipo de información facilitada, coincidiendo con la Audiencia Nacional en que en este caso estamos ante *"…una información de ninguna manera susceptible de legítima protección, como secreto, a través de la protección que establece el indicado precepto penal…"*, lo cual *"…afecta directamente a la tipicidad de la conducta"* (FJ 3, ap. 1).

Similares argumentos -en el sentido de descartar que la comunicación por la AEAT de estos datos proceda de un acto que pueda reputarse delictivo en España; asimismo, de reafirmar que la intimidad y la protección de datos ceden frente a otros derechos igualmente consagrados en la Constitución- encuentra la Sala en decisiones de otras Secciones de la propia Audiencia Provincial (sentencias de 9 de diciembre de 2015 y 23 de junio de 2015), resolviendo apelaciones frente a condenas por fraude fiscal en supuestos vinculados a otros titulares de cuentas bancarias

en el *HSBC Private Bank Suisse*, también resultantes de la 'lista Falciani'. Valora, por último, la conclusión de licitud alcanzada por la Sección 4ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en contextos semejantes [Autos 204/2009, de 29 de mayo, 249/2010, de 21 de octubre, 290/2010, de 18 de noviembre, ó 105/2011, de 6 de mayo (caso Liechtenstein)].

En función de todo ello, la Audiencia Provincial no aprecia visos de ilicitud en el origen del conocimiento de los hechos (art. 11.1 LOPJ).

c) Para alcanzar estas conclusiones, la Audiencia Provincial aplica los principios de 'reconocimiento mutuo' y de 'no indagación' en materia de prueba obtenida en el extranjero, los cuales constriñen las facultades de supervisión por los Tribunales españoles de actuaciones desarrolladas en otro país de la Unión Europea, no sometiéndolas a contraste con la legislación española (SSTS 456/2013, de 9 de junio; 312/2012, de 24 de abril, 1281/2006, de 27 de diciembre, y 19/2003, de 10 de enero; también SSTS de 27 de diciembre de 2006, 22 de mayo de 2009, 5 de mayo de 2003 o10 de enero de 2003). Reconoce, no obstante, que dicha jurisprudencia proviene principalmente de pruebas obtenidas en supuestos de comisiones rogatorias o bien entre órganos judiciales al amparo del Convenio Europeo de Asistencia en Materia Penal, mientras que el caso de autos tuvo como escenario una relación entre Departamentos Ministeriales. Pero no es menos cierto, afirma, que la obtención de la lista de contribuyentes en el domicilio francés del Sr. Falciani cursó bajo directa supervisión judicial, y ningún Tribunal francés del orden jurisdiccional penal ha declarado ilícita la prueba que la defensa pone en cuestión.

d) La sentencia de la Audiencia Provincial examina en su FJ 5 la queja del Sr. Delgado relativa al origen remoto de los datos entregados a la AEAT española; concretamente, al modo de su obtención por el Sr. Falciani con ocasión de su trabajo como analista informático en el *HSBC*; fruto, por tanto, de una intromisión en su intimidad, que el acusado estima determinante de ilicitud como fuente incriminatoria.

En respuesta a esta pretensión, la Audiencia recalca que al Sr. Falciani se le abrió causa en Suiza por una conducta indisolublemente relacionada con el secreto bancario, allí catalogable, en efecto, como delictiva. Plantea asimismo en qué medida el derecho a la intimidad (art. 18 CE) permite mantener el patrimonio fuera del conocimiento y alcance de la autoridad fiscal española, bajo una custodia bancaria que oculta información debida sobre la existencia y titularidad de dicho patrimonio. Incide, a continuación, en los actuales obstáculos a la efectiva aplicación, en

el país de origen, de la Directiva Europea sobre la Fiscalidad del Ahorro (Directiva 2003/48/CE, del Consejo, de 3 de junio de 2003), pese al compromiso adquirido por Suiza en el año 2005. Declara, en fin, que no puede darse cobertura jurídica al fraude fiscal bajo el manto del derecho fundamental a la privacidad, si bien sopesa, de contrario, que en la lucha contra este tipo de delincuencia económica no puede aceptarse que se ignoren los principios procesales que conforman nuestro sistema de garantías. Razones ambas por las que deben ponderarse todos los elementos en juego, incluyendo las reglas de la buena fe en todo tipo de procedimiento y la prohibición del abuso de derecho, a las que también alude el art. 11.1 LOPJ.

Reitera, además, que la conducta atribuida al Sr. Falciani no encaja en el delito de revelación de secretos de empresa, al que podría aproximarse la calificación suiza de 'secreto comercial' (STS 2885/2008, de 12 de mayo). En el caso, los fondos y activos depositados por el acusado en el *HSBC Private Bank Suisse*, blindados frente al conocimiento directo de la Hacienda Pública española, figuraban bajo la aparente titularidad de diversas mercantiles -*Polaris Star Limited*, *Alkalima* y *First Corporate Director*- con la finalidad de sustraer a su auténtico propietario de sus obligaciones fiscales en España.

Analizando la jurisprudencia dimanante de los Tribunales extranjeros incorporada a las actuaciones como documental, la Audiencia pone especial énfasis en el procedimiento penal seguido contra el Sr. Falciani en Suiza, fruto del cual el 27 de noviembre de 2015 fue condenado en ausencia por el Tribunal Penal Federal que, absolviéndole del cargo de sustracción de datos (art. 143 CP suizo), le atribuyó un delito contra el secreto comercial y el secreto bancario (arts. 162 CP suizo y 47.1 del LB); para la Audiencia, esta condena refuerza la inviable incriminación de los hechos desde la óptica penal española, debilitando la tesis de ilicitud probatoria en origen defendida por el acusado, al ser precisamente la Sentencia que juzga penalmente al Sr. Falciani la que le absuelve del delito de sustracción, sea cual fuere su modalidad.

A juicio de la Sala, fracasa así el primero de los condicionantes exigibles para poder observar un eventual 'efecto contaminante' sobre el restante material probatorio, indirecto o derivado del anterior, tal y como había interesado la defensa en aplicación de la doctrina de los frutos del árbol envenenado.

E) Por auto de 30 de mayo de 2016, la Audiencia Provincial aclaró el contenido del fallo, en el sentido de especificar que las penas de multa impuestas al demandante se cifran en

9.061.972’08 euros por el delito correspondiente al ejercicio 2005 y en 2.307.244’24 euros por el correspondiente al ejercicio 2006; igualmente, que el impago de las indicadas penas de multa acarrearía una responsabilidad personal subsidiaria, privativa de libertad, de dos meses de duración por el primer delito y de cuarenta y cinco días, por el segundo.

F) Mediante sentencia núm. 116/2017, de 23 de febrero, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo confirmó la condena decidida en la instancia, alcanzando también una conclusión favorable a la validez y suficiencia de la prueba determinante del fallo.

a) La sentencia delimita, en primer término, el núcleo del debate casacional (FJ 3), que identifica con la voluntad del recurrente en demostrar que la causa tiene un origen ilícito al provenir de una injerencia ilegítima en su intimidad, invalidante de la prioritaria fuente de conocimiento del hecho y, por contagio, del restante material probatorio sometido a la valoración judicial.

Sin embargo, el tribunal de casación no comparte tal premisa inicial del razonamiento del recurrente. Ateniéndose a la secuencia fáctica reflejada en la resolución recurrida, que asimismo confronta con la documental obrante en las actuaciones, la sala de casación recuerda que la información contenida en la ‘lista Falciani’ se puso a disposición de las autoridades fiscales españolas tras aprehenderse el documento en el registro practicado en el domicilio francés del Sr. Falciani. El registro domiciliario había sido autorizado por la Fiscalía de Niza, a resultas de la petición de cooperación internacional previamente emitida por las autoridades suizas, atribuyendo a aquél de modo preferente un delito contra el secreto bancario.

Precisa la sentencia que la cuestionada lista no traza sino perfiles de clientes del *HSBC* que habrían ocultado sus ganancias al Fisco, incumpliendo de esta forma el deber de contribución tributaria. Entre ellos, figura el recurrente. Tal relación procede de los datos a los que el Sr. Falciani tuvo acceso en calidad de analista informático del *HSBC*, violentando su compromiso laboral de sigilo. La lista, concluye el Supremo, constituye un documento de factura individual en el que dicho empleado plasmó datos conocidos en el ejercicio de su trabajo, para cuya divulgación no estaba expresamente autorizado.

b) Destaca la sala que el caso presente es la primera ocasión en la que se plantea ante el Tribunal Supremo español el valor probatorio de documentos bancarios y ficheros contables que,

según se denuncia, proceden de la actuación ilegítima de un particular. Se examinan así otros pronunciamientos que, emitidos por las máximas instancias judiciales de algunos países de nuestro entorno, abordaron esta misma cuestión con anterioridad y que, con unos u otros matices, en casi todos los casos descartaron un efecto contaminante, subrayando la legalidad de la fuente de prueba próxima -entrega por las autoridades francesas- y rechazando la indagación remota, es decir, cómo los agentes llegaron a obtener esos documentos.

También alude a anteriores pronunciamientos judiciales [sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 9ª) de 28 de noviembre de 2014, rollo de apelación 61/2014; de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 17ª) de 23 de junio de 2015, rollo de apelación 1288/2014; y de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 6ª) de 9 de diciembre de 2015, rollo de apelación 1465/2015], para dejar constancia de que todas ellas rechazaron alegaciones similares a las vertidas sobre la presunta invalidez probatoria de la 'lista Falciani'.

c) Sin ignorar lo anterior, la sala de casación (FJ 4) se muestra consciente de que, en materia de ilicitud probatoria y reglas de exclusión, no cabe operar con soluciones miméticas, debiendo abordarse cada supuesto desde las peculiaridades del concreto sistema procesal aplicable y la evolución jurisprudencial sobre su contenido. Partiendo de la norma legal invocada (art. 11 LOPJ), considera asimismo aconsejable huir de interpretaciones rígidas o estereotipadas que impidan la indispensable adaptación a las circunstancias del caso concreto.

Con estos presupuestos, habiéndose producido la vulneración denunciada fuera de España, el Tribunal Supremo analiza a continuación aquellos aspectos que justificaron la decisión de instancia que tuvo por válida la prueba en cuestión. En cuanto al principio de no indagación, aplicable a la prueba obtenida en el extranjero, no obstante reconocer su vigencia (SSTS 456/2013, de 9 de junio, 1521/2002, de 25 de septiembre, 340/2000, de 3 de marzo, 947/2001, de 18 de mayo, o 556/2006, de 31 de mayo), estima que no puede erigirse en pieza maestra que resuelva cualesquiera dudas acerca de si la prueba se obtuvo o no con vulneración de algún derecho fundamental, por cuanto dicho principio queda constreñido al marco formal de los actos de investigación practicados en uno u otro espacio jurisdiccional, sin que la admisible flexibilidad en los principios del procedimiento -adecuados, por su propia naturaleza, a cada sistema- sea extensible a los principios estructurales del proceso (FJ 4, *in fine*). Por otra parte, entiende el Tribunal Supremo que tampoco la exigencia de doble incriminación defendida en la instancia permite abordar y resolver la controversia sobre la 'lista Falciani' y su validez (FJ 5).

d) Descendiendo al caso analizado, la Sala estima que la validez de la prueba proporcionada por las autoridades francesas a las españolas puede sostenerse a partir del concepto mismo de prueba ilícita vigente en nuestro ordenamiento jurídico. Tras destacar la necesidad de excluir el valor probatorio de aquellas diligencias que vulneren el mandato prohibitivo del art. 11 LOPJ, afirma como 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". En tal medida, la acción del particular que, desligado de la acción del Estado, accede de forma ilegítima a datos bancarios ajenos no rebasa el cuadro de garantías que define los límites constitucionales al acopio estatal de fuentes de prueba incriminatorias.

Para la Sala, lo que proscribe el art. 11 LOPJ es "la obtención de pruebas", de manera que solo se verían afectadas por la regla de exclusión aquellas vulneraciones que se hubieran producido en el desarrollo de la actividad probatoria en el marco de un proceso penal. De esta forma, se afirma que cuando la vulneración del derecho fundamental la protagoniza un particular con absoluta desconexión de toda actividad estatal y ajena en su origen a la voluntad de prefabricar pruebas, es preciso dar un tratamiento singularizado a la regla. Tanto la literalidad del precepto invocado como su origen histórico y sistematización jurisprudencial avalarían tal conclusión, pues "la regla de exclusión sólo adquiere sentido como elemento de prevención frente a los excesos del Estado en la investigación del delito". Tal sería el sentido de las excepciones de "buena fe, fuente independiente o de la conexión atenuada", cuyo reconocimiento indica que la aplicación de la regla no puede alejarse, por su dicción nominal, de su propio fundamento. Se concluye así que "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". Con cita de las SSTS 793/2013, de 28 de octubre y 45/2014, de 7 de febrero, se señala que así se ha admitido ya cuando la conducta del particular carece de toda finalidad de preconstitución probatoria.

e) Según se expone expresamente (FJ 7), la conclusión expuesta no formula una regla con pretensión de validez general, ni supone la aceptación incondicional de las fuentes de prueba obtenidas por particulares, pues tales conductas, cuando se dirigen a hacer acopio de fuentes de prueba que van a ser posteriormente utilizadas en un proceso penal, no quedan exceptuadas *per se* de la regla de exclusión probatoria. La Sala pone el acento en la necesidad de ponderar en estos supuestos las circunstancias del caso concreto, incidiendo en que no toda vulneración de la intimidad personal ha de provocar como obligada reacción la declaración de ilicitud probatoria pues, según la naturaleza de la lesión y el ámbito objetivo de intimidad que se vea afectado, es preciso establecer diferencias de trato en relación con la validez probatoria del resultado obtenido con la vulneración , dado que resultan decisivos "el alcance y la intensidad de la afectación del derecho fundamental menoscabado". Junto a este criterio, se reitera, es decisivo también atender al significado de la actividad del particular, lo que permite descartar la aplicabilidad de la regla de exclusión cuando, quien ha hecho posible que las pruebas afloren, no actuó nunca en el marco de una actividad de respaldo de los órganos del Estado llamados a la persecución del delito. Más allá de los móviles de su actuación, se afirma, es determinante que "nunca, de forma directa o indirecta, haya actuado como una pieza camuflada del Estado al servicio de la investigación penal" pues, en caso contrario, la regla de exclusión probatoria sería plenamente aplicable.

f) A partir del examen de las actuaciones de investigación practicadas en el proceso judicial previo, que incluyen la petición de extradición del Sr. Falciani que fue formulada por Suiza al Estado español, se concluye que no existe dato indiciario alguno que explique la obtención de estos ficheros como el resultado de una colaboración -*ad hoc* o sobrevenida- (…) con los servicios policiales o fiscales españoles o extranjeros (FJ 8). A partir de tal constatación, se concluye que "no se trataba de pruebas obtenidas con el objetivo, directo o indirecto, de hacerlas valer en un proceso", por tanto "la incorporación a la causa penal abierta en el Juzgado de instrucción núm. 4 de Alcobendas de esos archivos comprometedores para los afectados, no guarda conexión alguna -ni directa ni remota- con la vulneración de los datos personales que protegían a los evasores fiscales". En consecuencia, entiende la sentencia que los ficheros bancarios fueron correctamente incorporados como material probatorio susceptible de valoración judicial, no estando afectados por la regla de exclusión.

3. La demanda de amparo invoca, en un único motivo, los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías (art. 24 CE).

Para el demandante, las resoluciones condenatorias impugnadas plantean como cuestión de especial trascendencia constitucional la determinación de los límites de la regla de exclusión de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales. Según afirma, al justificar su condena la sentencia de casación ha limitado la regla de exclusión probatoria en el proceso penal a los casos en los que la ilicitud de la prueba procede de la acción de un agente de la autoridad, lo que ha permitido en el presente caso tomar en consideración como pruebas válidas aquellas que derivan de la conducta ilegítima de un particular de quien se afirma que actuó sin vinculación alguna con el ejercicio estatal del *ius puniendi*.

Considera el recurrente que tal interpretación judicial no es compatible con el contenido esencial del derecho fundamental a la presunción de inocencia y al derecho a un proceso justo con todas las garantías, dado que no es sólo la obtención de pruebas lo que se ve afectado por la regla de exclusión, sino todo el desarrollo de la actividad probatoria relacionada con la vulneración de un derecho fundamental de contenido sustantivo. A partir del tenor literal del art. 11.1 LOPJ, entiende que dicha regla impide que en toda clase de procesos surtan efecto, directa o indirectamente, las pruebas de origen ilícito, de modo que, siendo de tal naturaleza la que ha justificado su condena, ni las autoridades fiscales españolas, ni la abogacía del Estado, ni el ministerio fiscal, ni los Tribunales penales, pueden utilizar información obtenida ilícitamente, ni para fundamentar sus pretensiones, ni para justificar sus pronunciamientos, aunque el lugar de origen sea un Estado extranjero. Tal conclusión derivaría del hecho de que la norma alegada, que no es sino trasposición de la doctrina fijada en la STC 114/1984, de 29 de noviembre, establece la regla de exclusión probatoria con independencia de la fuente de la que proceda la ilicitud.

De la misma forma, considera que la regla ha de ser aplicada “con independencia de la finalidad que hubiera animado su obtención y de que la ilicitud provenga de la acción de un particular o de una autoridad”. Rechaza por ello la tesis del Tribunal Supremo, conforme a la cual solo las pruebas constitucionalmente ilícitas obtenidas por agentes de la autoridad, y con fines de investigación penal, son el objeto de la regla de exclusión probatoria alegada. Asume que la acción de un particular que vulnera un derecho fundamental es de menor gravedad que la protagonizada por un agente de la autoridad, pero aún así se trata de una acción “que merece reproche constitucional” por lo que su resultado “no puede ser utilizado por los Tribunales de un Estado” dado su origen ilegítimo; aún más, se alega en la demanda que dicha prueba no debiera ni tan siquiera haber accedido a la valoración judicial, por lo que la sentencia de casación

“restringe de un modo excepcional el ámbito de protección del derecho fundamental que irradia el art. 11.1 de la LOPJ”, cuyo fundamento es constitucional.

Expone el recurrente que, en su jurisprudencia anterior, el Tribunal Supremo no había distinguido entre el carácter público o particular del autor de la vulneración para determinar su eficacia probatoria. Pese a ello, tomando como presupuesto que la información utilizada para justificar la condena procede de la vulneración de derechos fundamentales protagonizada por el Sr. Falciani, se excepciona en este caso la regla de exclusión afirmando que “el particular no rebasa el cuadro de garantías que define los límites constitucionales al acopio estatal de fuentes de prueba incriminatorias”. Se destaca en la demanda que el art. 11.1 LOPJ prevé la regla de exclusión probatoria en toda clase de procesos sin distinguir “entre quien ha obtenido la prueba, ni para qué”, sino que únicamente parte del dato objetivo de la existencia de una prueba ilícita por haber sido obtenida con vulneración de un derecho fundamental, por lo que la novedosa doctrina fijada por el Tribunal Supremo “ha mutilado de modo extraordinario el alcance de los efectos jurídicos de la prueba ilícita de modo contrario a la doctrina constitucional sobre este precepto”. Considera relevante que la decisión judicial cuestionada en amparo señala que la propia jurisprudencia admite la necesidad de exclusión de las pruebas obtenidas ilícitamente por particulares (salvo que no tengan ninguna finalidad de preconstitución de prueba), pese a lo cual, al resolver este caso, sin pretensión de establecer una regla general, su toma en consideración se justifica afirmando que la validez de la prueba ilícitamente obtenida es consecuencia de la ponderación de las específicas circunstancias concurrentes.

Añade que la solución cuestionada “abona el campo de la inseguridad jurídica al hacer depender la exclusión probatoria del significado de esa actividad del particular”, lo cual no encuentra acomodo en la doctrina constitucional por cuanto debe ser indiferente la intención subjetiva que movió al autor de la vulneración en el momento de realizarla o si con su conducta pretendía o no dar respaldo a un órgano de persecución estatal. Frente a dicha doctrina, postula la necesidad de una objetivación de la regla de exclusión probatoria como consecuencia de la vulneración de derechos fundamentales.

Descendiendo al caso concreto, cuestiona que la conducta del Sr. Falciani no pueda ser relacionada con los procesos penales por defraudación fiscal posteriormente iniciados por cuanto “el valor económico de la información que pretendía vender derivaba exclusivamente de su idoneidad para ser utilizada en los procesos penales de persecución de los delitos fiscales que

hubieran podido cometer los integrantes de la lista"; de manera que dicha información si no era útil como prueba no tendría valor alguno. En tal medida, cuestiona el razonamiento judicial que tiene como presupuesto la inexistencia de vínculo alguno entre la conducta del particular y la posterior persecución estatal de los delitos indiciariamente descubiertos, dado que, en esta materia, no se ha producido actividad probatoria alguna en el proceso penal. Por todo ello, considera que no cabe descartar la existencia de necesidad de disuasión de conductas de particulares como la analizada.

Las alegaciones se extienden a poner de manifiesto que las excepciones admitidas por el Tribunal Constitucional en relación con la necesidad de exclusión de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales se refieren a la prueba derivada y su conexión de antijuridicidad con la prueba ilícita, pero no así a la prueba directa, dado que la regla de exclusión es en nuestro ordenamiento jurídico un mecanismo de protección de los derechos fundamentales que no se fundamenta en la necesidad de disuasión de las conductas que los vulneran (característica del sistema jurídico anglosajón), sino que se trata de una garantía objetiva e implícita en el sistema de derechos fundamentales, tal y como reiteradamente ha señalado el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia.

Concluye la demanda señalando que, por todo lo expuesto, la resolución judicial condenatoria cuestionada no sólo se aparta de la doctrina constitucional sobre la regla de exclusión, sino que, además, ha vulnerado los derechos del recurrente "a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías, pues, fuera de los elementos de prueba derivados de la información proporcionada por el Sr. Falciani, no existían elementos independientes de prueba. No es discutido en la sentencia del Tribunal Supremo recurrida la ilicitud de la prueba de cargo de la que dispuso el Tribunal de enjuiciamiento; tampoco que se trataba de la única prueba de cargo aportada a las actuaciones; por ello, la condena se funda exclusivamente en la validación como prueba de cargo, apta para enervar la presunción de inocencia, de la única prueba de tal carácter y que, según se reconoce por el Tribunal Supremo, había sido obtenida de forma ilícita" por lo que la estimación del recurso de amparo debe llevar de forma necesaria, según solicita, a apreciar también la vulneración del derecho a la presunción de inocencia del recurrente.

4. Por providencia de 16 de octubre de 2017, la Sección Primera de este Tribunal admitió a trámite el recurso [arts. 49.1 y 50.1.a) LOTC], apreciando en él una especial trascendencia

constitucional, por plantear un problema o afectar a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este Tribunal [STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2, a)].

En aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, la Sección acordó dirigir atenta comunicación a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y a la Sección 23ª de la Audiencia Provincial de Madrid para la remisión de certificación o copia adverada de sus respectivas actuaciones. Acordó también el emplazamiento por término de diez días de quienes hubieran sido parte en el procedimiento, a efectos de poder comparecer en el presente proceso de amparo.

5. Por diligencia de ordenación de 18 de octubre de 2017 se acordó notificar la admisión del recurso de amparo a la Abogacía del Estado, con idéntico fin de poder comparecer en el proceso constitucional, de estimarlo pertinente, al ser parte interesada en representación de la Administración del Estado.

Recibido en plazo escrito de personación procedente de la Abogacía del Estado, por diligencia de ordenación de 30 de octubre de 2017 se la tuvo por parte.

6. El 16 de octubre de 2017 se abrió pieza separada vinculada a la petición de suspensión de las penas de prisión impuestas, concediendo el Tribunal un plazo de tres días al demandante de amparo y al Ministerio Fiscal para alegaciones (art. 56 LOTC). Insistió el primero en su pertinencia y mostró el segundo su oposición a la suspensión. Conferido traslado el 30 de octubre de 2017 al abogado del Estado, con esta misma finalidad, informó en idéntico sentido de oponerse a la suspensión.

Por auto de 13 de noviembre de 2017 el Tribunal denegó la suspensión interesada por el demandante, atendida la duración total de las penas de prisión impuestas (seis años), junto con el hecho de no haber cumplido aún parte alguna de la condena. Igual desestimación se decretó respecto de las restantes penas impuestas.

7. Recabados de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y de la Sección 23ª de la Audiencia Provincial de Madrid los respectivos testimonios de actuaciones, por diligencia de 7 de noviembre de 2017 se acordó dar vista para alegaciones al Ministerio Fiscal y demás partes personadas, por plazo común de veinte días.

8. El 7 de diciembre de 2017 registró sus alegaciones el fiscal ante el Tribunal Constitucional, interesando la desestimación del recurso.

Para el Ministerio Público, la conclusión de validez que alcanza el Tribunal Supremo respecto de la prueba que centra el debate constitucional, contraponiendo la actuación de un agente de la autoridad a la del particular desvinculado del ejercicio del ius puniendi del Estado, resulta acorde con la doctrina constitucional (SSTC 81/1998, de 2 de abril; 69/2001, de 17 de marzo, y ATC 115/2008, de 28 de abril).

El Fiscal también se refiere a algunos pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que considera relevantes en este caso. Entre ellos, la STEDH de 6 de enero de 2017 en el asunto K.S. y M.J. (sic) c. Alemania, supuesto con el que ve analogías. Incide el Fiscal en que dicha Sentencia, reconociendo a los Estados firmantes del Convenio cierto margen de apreciación respecto de las leyes y prácticas internas, entendió ajustada al art. 8 CEDH la invasión por las autoridades alemanas de la intimidad domiciliaria de los allí demandantes, sospechosos de evasión fiscal, mediante diligencia practicada a raíz de cierta información personal previamente recibida de particulares que la habían obtenido de forma ilegítima.

El Ministerio Fiscal cuestiona que haya sido acreditado en la causa que el Sr. Falciani hubiese obtenido los datos personales del acusado de forma ilícita y, a partir de tal constatación y la jurisprudencia antes reseñada, llega a una doble conclusión: por un lado, que lo único que consta en autos es que los datos económicos que afectan al demandante se obtuvieron por las autoridades francesas en un proceso judicial, mediante un registro domiciliario acordado y ejecutado de modo acorde con la legalidad aplicable en Francia, sobre lo cual nada objeta el demandante; por otro, que esos datos, dado su contenido, se sitúan entre aquéllos que el propio recurrente estaba obligado a proporcionar a las autoridades fiscales españolas (art. 93.1 LGT), por lo que "su inclusión en el derecho a la intimidad es harto dudosa". En este sentido, recordando los términos en que viene expresándose este Tribunal, concluye el Fiscal que "la colisión entre el derecho fundamental a la intimidad personal (art. 18.1 CE) y el deber constitucional de contribuir a los gastos públicos (art. 31.1 CE) implica la inexistencia, frente a la Administración Tributaria y otros poderes públicos, de un pretendido derecho, absoluto e incondicionado, a la reserva de los datos económicos del contribuyente con trascendencia tributaria o relevancia fiscal (…) pues ello impediría una distribución equitativa del sostenimiento de los gastos públicos, en cuanto bien constitucionalmente protegido".

9. El 11 de diciembre de 2017 presentó sus alegaciones la representación procesal del demandante de amparo, dando íntegramente por reproducidos los argumentos defendidos en el escrito de demanda.

Incide, de nuevo, en este escrito en la ilegitimidad de lo que califica como sustracción de sus datos bancarios, así como en el carácter determinante que, a efectos de prueba, alcanzaron éstos, con incidencia en el fallo. Insiste también en que perfilar la exclusión de la prueba ilícita basándose, como hace el Tribunal Supremo, en la prevención frente a eventuales extralimitaciones del Estado en la investigación del delito, restringe en exceso el alcance dado a esta regla hasta el momento, con fundamento en el art. 11.1 LOPJ.

Considera, asimismo, inadecuado vincular la exclusión probatoria al significado que puedan darse a la actuación de un particular. Los efectos de la vulneración de un derecho fundamental no pueden depender del sentido que quepa atribuir a su acción en el momento de obtención de la prueba. Para el demandante, el tribunal de casación presupone además en este caso un tipo de intencionalidad que no consta acreditada. En cualquier caso, tal regla de exclusión contraría la dicción del art. 11.1 LOPJ, debiendo objetivarse su contenido en clave de exclusión probatoria. Con el proceder defendido en la instancia casacional se infringe, en suma, la doctrina constitucional conforme a la cual la prueba que infrinja derechos y libertades constitucionales no surtirá efecto alguno, deviniendo ineficaz; y ello con independencia tanto de la condición del sujeto que la obtiene (particular o agente de la autoridad), como del lugar de su producción (principio de no indagación).

Reitera, por último, sus argumentos en defensa de la lesión de los derechos al proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia que dimanarían de lo anterior, al no concurrir prueba independiente de la ‘contaminada’, esto es, que no derive de la información proporcionada por la ‘lista Falciani’.

10. También con fecha 11 de diciembre de 2017 se recibieron las alegaciones de la Abogacía del Estado, que interesa la íntegra desestimación de la demanda de amparo.

Después de repasar las circunstancias del caso, el abogado del Estado cuestiona que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la prueba ilícitamente obtenido tenga el

contenido expresado en la demanda de amparo pues, a partir de la que cita (entre otras, SSTC 114/1984, 81/1988, 8/2000 y 22/2003; también ATC 282/1993), recuerda que el principio general de exclusión de la prueba ilícita ha visto reconocidas algunas excepciones, construidas ponderando las circunstancias de cada caso. Al efecto, se ha venido teniendo en cuenta el específico derecho fundamental afectado y su ámbito, delimitando en función de ello la intensidad de la protección constitucional de la que es susceptible, guiada en todo caso por un principio de proporcionalidad entre los intereses en juego, públicos y privados.

Tal doctrina constitucional se cohonesta con la emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, en trance de ponderar la eficacia de la prueba ilícitamente obtenida, incide en el principio de proporcionalidad, dando especial relevancia al carácter económico de los datos revelados y al interés general consistente en la contribución de todos al sostenimiento de los gastos públicos a través del sistema impositivo. El abogado del Estado hace particular hincapié en la STEDH de 6 de septiembre de 2016 (asunto *K.S. y M.S. c. Alemania*) en el que el Tribunal Europeo valida la licitud probatoria declarada por los Tribunales alemanes, en la forma antes expuesta.

La Abogacía del Estado alcanza una conclusión contraria a entender conculcados en este caso los derechos dimanantes del art. 24.2 CE, en sus distintas vertientes. La exclusión del principio de prueba ilícita debe atender al origen mismo del quebranto de la intimidad económica del demandante, situándose aquí en la actuación de un particular que habría obrado desde su solo interés económico, y no como un agente *de facto* del Estado en orden a la persecución de delitos fiscales, en sus distintas jurisdicciones. La obtención de los datos económicos se produjo, además, en el seno de una entrada y registro judicialmente autorizados, siendo las autoridades francesas las que trasladaron después a las españolas tales datos en el marco de la cooperación internacional.

Finaliza el abogado del Estado sus alegaciones recordando que, según doctrina de este Tribunal, los datos económicos y/o bancarios no se encuentran incluidos en el núcleo duro del derecho a la intimidad (STC 110/1984, de 26 de noviembre); y ello por la relevancia que dichos datos pueden alcanzar desde la perspectiva del deber ciudadano de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos en función de la respectiva capacidad económica (art. 31 CE). Argumentos todos ellos que, coincidiendo con los expuesto en la sentencia cuestionada, considera que no pueden conducir a una aplicación irreflexiva del principio consagrado en el art. 11.1 LOPJ, de

modo tal que produzca una indeseada sobreprotección del delincuente con daño para los intereses generales.

11. Conforme establece el art. 10.1.n) LOTC y a propuesta de su Sala Primera, el Pleno del Tribunal, en su reunión de 14 de diciembre de 2017, acordó recabar para sí el conocimiento del presente recurso de amparo.

12. Por providencia de 16 de julio de 219 se señaló para deliberación y votación de la presente sentencia dicho día, en el que ha tenido lugar.

II. Fundamentos jurídicos

1. *Objeto del recurso de amparo y pretensiones planteadas*.

En el presente recurso de amparo el demandante impugna la sentencia núm. 116/2017, de 23 de febrero, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que desestimó el recurso de casación que interpuso frente a la sentencia núm. 280/2016, de 29 de abril, por la que la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 23ª) le condenó como autor de dos delitos contra la Hacienda Pública (defraudación fiscal por eludir el pago de tributos), entre otras, a las penas de multa y de tres años de prisión por cada uno de ellos.

La condena declaró probado que, en los ejercicios fiscales de los años 2005 y 2006, el demandante de amparo no declaró ser titular de diversas cuentas bancarias y activos financieros de los que disponía en Suiza en la entidad bancaria "*HSBC Private Bank Suisse*". Tal juicio fáctico se apoyó, de forma determinante, en la información económica de la que un trabajador de la entidad bancaria se había apoderado sin autorización, la cual fue hallada en el registro de su domicilio francés realizado a instancias de la Fiscalía de Niza, y fue después entregada por las autoridades fiscales francesas, a petición de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, a la autoridad financiera española.

Recurrida en casación la decisión inicial de condena por entender que dicha información económica había sido obtenida ilegítimamente y de forma no autorizada por el trabajador –vulnerando así la intimidad del demandante–, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo declaró su validez, rechazando la pretendida exclusión probatoria.

Como con más detalle se ha expuesto en los antecedentes, dicho rechazo se fundamentó en considerar, como punto de partida, que la norma legal invocada para justificar la exclusión probatoria pretendida –art. 11.1. LOPJ- no puede ser interpretada de forma rígida o estereotipada, sino acomodada a las circunstancias e intereses en juego en cada caso. Añade que la acción de un 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 no puede equipararse, en cuanto a sus consecuencias jurídicas, con la acción vulneradora del agente de la autoridad que personifica el interés del Estado en el castigo de las infracciones criminales. Considera el Tribunal Supremo que, a partir del tenor literal de la norma, su origen histórico y su sistematización jurisprudencial, la regla de exclusión y sus excepciones adquieren sentido como elementos de prevención frente a los excesos del Estado en la investigación del delito; por tanto, lo que proscribe el art. 11 LOPJ es la obtención de pruebas, de manera que solo se verían afectadas por la regla de exclusión aquellas vulneraciones que se hubieran producido en el desarrollo de la actividad probatoria en el marco de un proceso penal.

El Tribunal de casación destaca que con esta solución no pretende establecerse una regla de validez general, por cuanto la conducta de un particular dirigida a hacer acopio de fuentes de prueba que van a ser posteriormente utilizadas en un proceso penal no queda exceptuada *per se* de la regla de exclusión probatoria. Junto a esta circunstancia, se destaca también la necesidad de acomodar la regla de exclusión al alcance y la intensidad de la afectación del derecho fundamental sustantivo menoscabado. En aplicación de tales parámetros, valorando que en este caso no ha sido acreditado que el particular actuara en conexión o como resultado de una colaboración con los servicios policiales o fiscales nacionales o extranjeros, concluye desestimando la pretensión de exclusión probatoria que sustenta la impugnación.

Al fundamentar su recurso, el demandante cuestiona tal razonamiento y su conclusión, e invoca como motivo único de amparo la vulneración de sus derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías y, por ende, a la presunción de inocencia (arts. 24.1 y 2 CE). Considera que, con su interpretación del art. 11.1 LOPJ, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha limitado indebidamente la obligación constitucional de exclusión probatoria a los casos en que la ilicitud de la prueba por vulneración de un derecho fundamental procede o está relacionada con la conducta de los agentes de la autoridad de forma que no se extiende a las pruebas obtenidas ilícitamente por un particular si se aprecia que actuó sin vinculación alguna con el ejercicio estatal del *ius puniendi*. Para el recurrente dicha interpretación vulnera el tenor literal del art. 11.1 LOPJ y

el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías pues, conforme a la doctrina fijada inicialmente en la STC 114/1984, de 29 de noviembre, la regla de exclusión probatoria opera con independencia de la fuente de la que proceda la ilicitud y de la finalidad que hubiere animado su obtención.

El recurrente defiende que, para evitar la inseguridad jurídica, es preciso objetivar la regla constitucional de exclusión de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales. Ya en el caso concreto, afirma que no hay prueba alguna de esa supuesta desconexión de la conducta del particular con la posterior persecución estatal por delito fiscal, por lo que la misma no puede ser el punto de partida de la decisión desestimatoria de la casación. Por último, pone el acento en que las excepciones admitidas por la jurisprudencia constitucional se refieren a la prueba derivada, esto es, la obtenida a partir de conocimiento adquirido con el acto ilícito, pero no pueden ser extendidas a la prueba directa. En la medida en que la prueba cuya ilicitud y exclusión se reclama fue la prueba determinante de su condena, considera que las sentencias impugnadas vulneraron también su presunción de inocencia, por lo que solicita la nulidad de la resolución de instancia y la que la conforma en casación.

Como hemos expuesto, tanto la sentencia de casación cuestionada como el recurso de amparo apoyan sus conclusiones contradictorias en el fundamento constitucional de la regla de exclusión. Dado su origen jurisprudencial, no puede extrañar que la delimitación del alcance de esta garantía y la modulación de sus efectos haya sido el resultado de una evolución que se prolonga durante más de tres décadas. En tal medida, el primer paso de nuestro análisis exige exponer nuestra jurisprudencia al respecto, cuyo contenido no deriva de un único pronunciamiento, sino de diversas resoluciones que han afrontado diferentes pretensiones de exclusión amparadas en vulneraciones de derechos fundamentales de distinta naturaleza.

2. *Principios generales de la doctrina constitucional sobre la prueba ilícita*.

La interdicción constitucional de la valoración judicial de la prueba ilícitamente obtenida constituye una garantía objetiva de nuestro sistema de derechos fundamentales, vinculada a la idea de un proceso justo (art. 24.2 CE), sobre la que este Tribunal dispone de un amplio cuerpo de doctrina.

La STC 9/1984, de 30 de enero, fue la primera resolución de este Tribunal en la que se planteó esta problemática. El entonces recurrente se quejaba de la posible vulneración de su

derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) derivada de la admisión de pruebas pretendidamente ilícitas (en aquel caso, una confesión ante la policía obtenida irregularmente). No obstante, el Tribunal no llegó a pronunciarse en aquella ocasión sobre la cuestión planteada ya que apreció la concurrencia del óbice procesal de falta de invocación temporánea en el seno del proceso judicial. Señaló, además, que las vulneraciones aducidas no tenían su origen inmediato en las sentencias condenatorias impugnadas. Desde la óptica del derecho a la presunción de inocencia (igualmente invocado en la demanda de amparo), añadió, sin embargo, que las pruebas cuya exclusión había sido solicitada por el actor no debían ser valoradas como pruebas de cargo, al tratarse de nuevas diligencias policiales que sólo tenían el valor de denuncia. Constató el Tribunal, en cualquier caso, que existían otras pruebas de cargo suficientes, por lo que descartó la violación del derecho a la presunción de inocencia.

Más explícitos fueron los AATC 173/1984, de 21 de marzo, y 289/1984, de 16 de mayo, que representan una posición inicial de exclusión de la relevancia constitucional del problema de la incorporación al acervo probatorio de pruebas ilícitamente obtenidas. En el supuesto resuelto en el primero de autos citados, el recurrente impugnaba el procesamiento, dictado en su contra por el Juez de Instrucción en el entendimiento de que no estaba fundado en "razones objetivas", por lo que violaba, en su opinión, su derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). Invocaba el actor en su beneficio el "principio de prohibir utilizar los medios de prueba o piezas de convicción ilícitamente obtenidos", pues, según alegaba, el procesamiento se había fundado en medios de prueba ilícitos. Denunciaba, en particular, que las dos fuentes de las que derivaban los elementos de convicción en los que el juez había basado su decisión estaban viciados de ilicitud por la forma en la que habían sido obtenidos. El Tribunal respondió a esta alegación que la valoración judicial de pruebas ilícitamente obtenidas es "un problema de mera legalidad, totalmente ajeno al control del Tribunal" (ATC 173/1984, de 21 de marzo, FJ 3).

En la misma línea se sitúa el citado ATC 289/1984, de 16 de mayo. También se alegaba, en ese caso, la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y también se respondió por parte del Tribunal que la invocación del principio de prohibición de prueba ilícita "no se apoya en ninguna norma de derecho positivo ni de la Constitución, ya que no existen disposiciones legales en que apoyar tal principio y doctrina". Se añadió, incluso, en esta resolución, que "dicho principio general de Derecho no se encuentra reconocido por la jurisprudencia y […] es sólo una mera aspiración que han patrocinado de *lege ferenda*, para incorporarla al derecho positivo civil, algunos procesalistas españoles, por no existir actualmente

norma alguna que impida a los órganos judiciales penales valorar los documentos, cualquiera que sea su origen". En cualquier caso, el Tribunal consideró que, incluso si la ley llegara a contemplar semejante principio o regla de exclusión de la prueba ilícita, "se trataría de un problema, de mera legalidad ordinaria, totalmente ajeno al control de este Tribunal" (FJ 3).

Esta posición de inicial reticencia quedó rápidamente superada con la STC 114/1984, de 29 de noviembre, dictada por la Sala Segunda de este Tribunal. Se impugnaba en aquel supuesto una sentencia de la Magistratura de Trabajo que declaraba procedente el despido del entonces demandante de amparo. Se alegaba en concreto la violación del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). En el proceso *a quo* se había tenido en cuenta como prueba la transcripción escrita de la grabación fonográfica de una conversación mantenida por el demandante, registrada por su interlocutor sin su consentimiento. Desde el punto de vista de la violación originaria del derecho fundamental sustantivo se planteaba, pues, el problema de la protección dispensada por el art. 18.3 CE en relación con los propios comunicantes. Pero, para el caso de que esta violación fuera reconocida, se suscitaba igualmente en la demanda la posible vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías "por obra de la admisión como prueba [..] de un instrumento ilegítimamente adquirido" (FJ 1), esto es, por el reconocimiento probatorio dado por el órgano judicial a la transcripción de la conversación. El pronunciamiento finalmente adoptado por este Tribunal descartó que se hubiera producido la vulneración originaria del derecho fundamental sustantivo (art. 18.3 CE), lo que no impidió formular por primera vez una doctrina general sobre la relevancia constitucional de la prueba ilícita que puede sintetizarse en tres ideas que constituyen, desde entonces, los principios rectores de nuestra doctrina sobre la materia:

a) La inadmisión procesal de una prueba obtenida con vulneración de un derecho fundamental sustantivo no constituye una exigencia que derive del contenido del derecho fundamental afectado. En la STC 114/1984, de 29 de noviembre, se establece un principio general según el cual si se obtienen elementos de convicción con vulneración de un derecho fundamental sustantivo la atribución a aquéllos de fuerza probatoria no supone, por sí misma, una violación del contenido de dicho derecho fundamental, pues éste no incluye la obligación de privar de toda eficacia jurídica a las consecuencias de cualquier acto que atente contra el mismo. Señala, así, el Tribunal, en el inicio de los fundamentos de derecho, que "[…] el razonamiento del actor parece descansar en la equivocada tesis de que existe una consecutividad lógica y jurídica entre la posible lesión extraprocesal de su derecho fundamental y la pretendida irregularidad procesal de admitir

la prueba obtenida a partir de aquella lesión. Sin embargo, el acto procesal podrá haber sido o no conforme a Derecho, pero no cabe considerarlo como atentatorio, de modo directo, de los derechos reconocidos en el art. 18.3 de la Constitución. […] Si se acogiese la tesis del recurrente habría que concluir que el contenido esencial de todos y cada uno de los derechos fundamentales abarcaría no ya sólo la esfera de libertad o la pretensión vital en que los mismos se concretan, sino también la exigencia, con alcance de derecho subjetivo de no reconocer eficacia jurídica a las consecuencias de cualquier acto atentatorio de tales derechos" (FJ 1).

b) *La pretensión de exclusión de la prueba ilícita deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento, tiene naturaleza estrictamente procesal y ha de ser abordada desde el punto de vista de las garantías del proceso justo (art. 24.2 CE).* Según declara la STC 114/1984, de 29 de noviembre, "[n]o existe un derecho constitucional a la desestimación de la prueba ilícita" o, más precisamente, "no existe un derecho fundamental autónomo a la no recepción jurisdiccional de las pruebas de posible origen antijurídico" y "[c]onviene por ello dejar en claro que la hipotética recepción de una prueba antijurídicamente lograda no implica necesariamente lesión de un derecho fundamental". Estamos, antes bien, ante "una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales", cuya vigencia y posición preferente en el ordenamiento puede requerir desestimar pruebas obtenidas con lesión de estos; por lo tanto, si hay violación de la Constitución, se produce en el seno del proceso y en atención a los derechos y garantías procesales previstos en el art. 24.2 CE (FJ 2).

c) *La violación de las garantías procesales del art. 24.2 CE ha de determinarse, en relación con la prueba ilícitamente obtenida, a través de un juicio ponderativo tendente a asegurar el equilibrio y la igualdad de las partes, esto es, la integridad del proceso en cuestión como proceso justo y equitativo*. Según declara el Tribunal en la STC 114/1984, de 29 de noviembre, "[h]ay que ponderar en cada caso los intereses en tensión para dar acogida preferentemente en [la] decisión a uno u otro de ellos (interés público en la obtención de la verdad procesal e interés también en el reconocimiento de la plena eficacia de derechos constitucionales)". La hipotética vulneración del orden constitucional sólo puede producirse, en concreto, "por referencia a los derechos que cobran existencia en el ámbito del proceso (art. 24.2 CE)" (FJ 2). La decisión sobre la prueba ilícita enfrenta al órgano judicial que debe decidir sobre la admisibilidad de los elementos de convicción obtenidos con vulneración previa de un derecho fundamental sustantivo a "una encrucijada de intereses" que ha de resolverse, pues, mediante un juicio ponderativo (FJ 4).

La doctrina posterior de este Tribunal ha establecido los elementos necesarios para afrontar tal juicio ponderativo, de los que nos ocupamos a continuación.

3. *Elementos del juicio de ponderación. Evolución de la doctrina constitucional*.

La primera aproximación a la ponderación necesaria para resolver los intereses en conflicto en relación con la prueba de origen ilícito se contiene en la propia STC 114/1984, de 29 de noviembre, que estableció ya la necesidad de operar a través de un doble juicio:

A) En primer lugar, ha de determinarse la índole de la ilicitud verificada en el acto de obtención de los elementos probatorios. La STC 114/1984, de 29 de noviembre, distingue, a esos efectos, los casos en que ésta tiene una "base […] estrictamente infraconstitucional", en los que la decisión judicial de incorporación de los elementos de convicción al acervo probatorio carece de relevancia desde el punto de vista del art. 24.2 CE, de aquellos otros casos en los que la ilicitud del acto de obtención de los elementos de convicción radica en "la vulneración de un derecho fundamental" (FJ 4). El Tribunal ha considerado que sólo en ese segundo grupo de supuestos pueden verse comprometidas las garantías constitucionales del proceso. La ilicitud del acto de obtención de pruebas que interesa al art. 24.2 CE es, por tanto, la que radica en la vulneración de un derecho fundamental de libertad o sustantivo. La existencia de una violación antecedente u originaria de un derecho de este tipo constituye, en la doctrina posterior de este Tribunal, la premisa indispensable para que puede existir una violación del art. 24.2 CE mediante su posterior incorporación al acervo probatorio.

Con sustento en esta primera idea básica, el Tribunal ha afirmado que la regla constitucional de exclusión de las pruebas obtenidas en vulneración de derechos fundamentales se refiere siempre a la "vulneración de derechos fundamentales que se comete al obtener tales pruebas", y no a las violaciones de procedimiento que, también en relación con la prueba, se producen "en el momento de su admisión en el proceso o de su práctica en él", que quedan reconducidas, en cuanto a su posible dimensión constitucional, a la existencia de una garantía específica que resulte concretamente vulnerada o al juego general de "la regla de la interdicción de la indefensión" (SSTC 64/1986, de 21 de mayo, FJ 2, y 121/1998, de 15 de junio, FJ 6). La prohibición constitucional de valoración de prueba ilícita no entra, por tanto, en juego cuando el acto de obtención de los elementos de prueba ha sido conforme con la Constitución (SSTC 114/1984, de 29 de noviembre, 107/1985, de 7 de octubre, y 123/1997, de 1 de julio) o cuando la

vulneración de un derecho de libertad o sustantivo no ha sido debidamente individualizada en relación con el acto de obtención de la fuente de prueba (STC 64/1986, de 21 de mayo).

B) Una vez constatada la lesión antecedente del derecho fundamental sustantivo, debe determinarse, como segundo paso, su ligamen o conexión con los derechos procesales de las partes desde el prisma del proceso justo y equitativo, o, en palabras de la propia STC 114/1984, la "ligazón" de la prueba controvertida con "un derecho de libertad de los que resultan amparables en vía constitucional". 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), desigualdad que ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio de los derechos fundamentales de otro" (SSTC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 4, y 49/1999, de 5 de abril, FJ 12). La prohibición constitucional de admisión de prueba ilícita se revela, así, como prohibición instrumental, esto es, como mandato constitucional de identificar aquellas vulneraciones de derechos fundamentales consumadas justamente para quebrar la integridad del proceso, esto es, encaminada**s** a obtener ventajas procesales en detrimento de la integridad y equilibrio exigibles en un proceso justo y equitativo en cuanto genera "una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes" (SSTC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 5, y 49/1996, de 26 de marzo, FJ 2).

Este doble juicio analítico, en el que se sustancia la ponderación constitucional sobre la exclusión de la prueba ilícitamente obtenida, ha sido desarrollado en la doctrina de este Tribunal en dos fases jurisprudenciales:

a) En una primera fase de desarrollo, el Tribunal resolvió un amplio grupo de casos que pueden considerarse como imagen o modelo general del nexo o ligamen entre la violación antecedente de un derecho sustantivo y la prohibición de valoración de prueba ilícita. Se trata de supuestos de ausencia o insuficiencia de la motivación de la resolución judicial autorizadora de una injerencia en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (SSTC 85/1994, de 14 de marzo, FJ 4, 86/1995, de 6 de junio, FJ 3, 181/1995, de 11 de diciembre, FJ 6, 49/1996, de 26 de marzo, FJ 2, 54/1996, de 26 de marzo, FJ 8, 127/1996, de 9 de julio, FJ 3) o en el derecho a la inviolabilidad del domicilio (STC 126/1995, de 25 de julio, FJ 5), injerencias todas ellas directamente consumadas por las autoridades públicas con fines de investigación criminal y de obtención de pruebas de cargo, normalmente en procesos relativos a delitos contra la salud

pública (aunque no siempre, véanse las SSTC 64/1986, de 21 de mayo, respecto de un delito de prostitución ilegal, 49/1996, de 26 de marzo, respecto un delito de cohecho, y 54/1996, de 26 de marzo, respecto de detención ilegal) y cuya incorporación al acervo probatorio comprometía, según constató el Tribunal en las citadas resoluciones, la integridad del proceso penal como proceso equitativo y justo (art. 24.2 CE).

En esta primera fase, la tendencia del Tribunal fue, asimismo, extender la aplicación de la regla de exclusión a la prueba llamada *derivada*, esto es, aquella respecto de la cual la vulneración del derecho fundamental sustantivo constituye mera fuente de conocimiento indirecto, y ello en virtud de una simple conexión causal (SSTC 85/1994, de 14 de marzo, FFJ 3 y 4, 86/1995, de 6 de junio, FJ 3, y 49/1996, de 26 de marzo, FJ 2), aunque en otros casos afirmó la independencia de la prueba derivada y, con ello, la compatibilidad de la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías con la indemnidad del derecho a la presunción de inocencia, al restar dentro del acervo probatorio, una vez excluida la prueba ilícitamente obtenida, prueba de cargo válida suficiente, para fundar la condena (STC 54/1996, de 26 de marzo, FJ 9).

b) Una segunda fase de definición más precisa del juicio ponderativo sobre el nexo o ligamen del derecho fundamental sustantivo, sus necesidades de tutela y el equilibrio e igualdad de las partes en el seno del proceso se inicia, en la doctrina de este Tribunal, con la STC 81/1998, de 2 de abril, que centra la esencia del conflicto de intereses en la evaluación de las necesidades de tutela que la violación originaria del derecho sustantivo proyecta sobre el proceso en el que se plantea la admisibilidad de la prueba así obtenida. Como condensa la STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 12, "[e]n definitiva, es la necesidad de tutelar los derechos fundamentales la que, en ocasiones, obliga a negar eficacia probatoria a determinados resultados cuando los medios empleados para obtenerlos resultan constitucionalmente ilegítimos". Desde la citada STC 81/1998, de 2 de abril, el Tribunal utiliza dos parámetros fundamentales para evaluar el nexo determinante de una necesidad específica de tutela dentro del ámbito procesal:

(i) El parámetro de control llamado "interno" exige valorar la proyección que sobre el proceso correspondiente tiene la "índole, características e intensidad" de la violación del derecho fundamental sustantivo previamente consumada (STC 81/1998, FJ 4). Desde esta óptica se trata de considerar, en primer lugar, si la vulneración del derecho fundamental ha estado instrumentalmente orientada a obtener pruebas al margen de los cauces constitucionalmente exigibles, comprometiéndose en ese caso la integridad del proceso en curso y el equilibrio entre

las partes. No obstante, aunque este primer examen de la *índole y características* de la lesión evidencie la falta de conexión jurídica entre la intromisión en el derecho fundamental y el proceso, ha de evaluarse, asimismo, sin abandonar la perspectiva interna, si la vulneración del derecho fundamental sustantivo es de tal *intensidad* que, aun cuando esa conexión instrumental no exista, debe, aun así, proyectarse sobre el ámbito procesal al afectar al núcleo axiológico más primordial de nuestro orden de derechos fundamentales. Así ocurre, en particular, pero no de forma exclusiva, en los casos en los que existe una prohibición constitucional singular, como es la de la tortura o tratos inhumanos o degradantes, supuesto en el cual, aun cuando la vulneración del art. 15 CE carezca de relación de medio-fin con el proceso, no puede admitirse la recepción probatoria de los materiales resultantes. Como ha señalado el TEDH, los elementos de cargo (ya sean confesiones o pruebas materiales) obtenidos por medio de actos de violencia o brutalidad u otras formas de trato que puedan calificarse como actos de tortura, no deben nunca servir para probar la culpabilidad de la víctima (STEDH de 11 de julio de 2006, asunto *Jalloh contra Alemania*, § 99, y, en el mismo sentido, SSTEDH de 17 de octubre de 2006, asunto *Göcmen c. Turquí*a, § 74 y de 28 de junio de 2007, asunto *Harutyunyan c. Armenia*, § 63).

(ii) Hay, adicionalmente, un parámetro de control "externo" que exige valorar si existen necesidades generales de prevención o disuasión de la vulneración consumada que se proyectan sobre el proceso penal. En palabras de la STC 81/1998, de 2 de abril, se trata de dilucidar si "de algún modo" la falta de tutela específica en el proceso penal supone "incentivar la comisión de infracciones del derecho al secreto de las comunicaciones [el entonces controvertido] y, por lo tanto, privarle de una garantía indispensable para su efectividad" [FJ 6].

Estos criterios de ponderación han sido aplicados por este Tribunal al examen de la prueba llamada *derivada*, de la que la vulneración del derecho fundamental sustantivo no es más que fuente de conocimiento indirecto. En estos casos nuestra doctrina distingue entre la mera conexión natural con el acto de vulneración del derecho fundamental, requisito considerado necesario pero no suficiente, de la conexión o enlace jurídico, que es el único que evidencia una necesidad de protección procesal del derecho fundamental, aplicando, consiguientemente, los criterios de valoración ya expuestos para apreciar la existencia de ese vínculo jurídico y de la correspondiente necesidad de tutela dentro del proceso (STC 121/1998, de 15 de junio, FJ 2, 49/1999, de 5 de abril, FJ 14, 161/1999, de 27 de septiembre, FJ 4, y 8/2000, de 17 de enero, FJ 2).

Respecto de la prueba llamada *originaria*, de la que la vulneración del derecho fundamental constituye la fuente de conocimiento directo, este Tribunal ha señalado, con carácter general, que, en un principio, ha de entenderse que "la necesidad de tutela es mayor cuando el medio probatorio utilizado vulnera directamente el derecho fundamental" (STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 12), pero ha estimado que puede apreciarse la desconexión entre la violación del derecho fundamental sustantivo y las garantías procesales que aseguran la igualdad de las partes y la integridad y equidad del proceso atendiendo a los criterios ponderativos generales ya indicados. En otras palabras, cuando la violación del derecho fundamental es la fuente inmediata de conocimiento de los elementos de convicción que pretenden incorporarse al acervo probatorio existe, *a priori*, una mayor necesidad de tutela sin que esto impida, no obstante, apreciar excepcionalmente que tales necesidades de tutela no concurren por ausencia de conexión jurídica suficiente entre la violación del derecho fundamental sustantivo y la integridad y equidad del proceso correspondiente.

En particular, en la STC 22/2003, de 10 de febrero, el Tribunal consideró compatible con el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) la recepción probatoria de elementos de convicción directamente obtenidos en vulneración de un derecho fundamental sustantivo, en concreto, a través del registro domiciliario realizado sin autorización judicial, sin presencia del acusado y sin que se tratase de delito flagrante, ya que las autoridades habían actuado de ese modo en la confianza, amparada entonces por el estado evolutivo de la jurisprudencia, de que el consentimiento prestado por los co-moradores de la vivienda era suficiente a pesar de existir una situación de contraposición de intereses entre éstos y el demandante de amparo. El Tribunal declaró entonces que había existido, en efecto, una vulneración originaria del derecho a la inviolabilidad domiciliaria del art. 18.2 CE (FJ 9) y reiteró, como línea de principio para afrontar la posible violación del art. 24.2 CE en relación con la admisión como pruebas de los materiales obtenidos, que "la necesidad de tutela es mayor cuando el medio probatorio utilizado vulnera directamente el derecho fundamental" (FJ 10). No obstante, descartó que, en el caso planteado, existiera una necesidad específica de tutela de la violación consumada en el derecho sustantivo que debiera proyectarse sobre la admisibilidad procesal de las pruebas, pues la entrada y registro se había efectuado de ese modo a causa de un "déficit en el estado de interpretación del Ordenamiento que no cabe proyectar sobre la actuación de los órganos encargados de la investigación, imponiendo, a modo de sanción, la invalidez de una prueba, como el hallazgo de una pistola que, por si misma, no materializa en este caso lesión alguna del derecho fundamental […]". La integridad del proceso penal como proceso justo, en el que no cabe que se violen los

derechos fundamentales como método instrumental de obtener ventajas probatorias, no había sido comprometida en el caso planteado, pues "el origen de la vulneración se halla[ba] en la insuficiente definición de la interpretación del Ordenamiento, en que se actúa por los órganos investigadores en la creencia sólidamente fundada de estar respetando la Constitución y en que, además, la actuación respetuosa del derecho fundamental hubiera conducido sin lugar a dudas al mismo resultado", por lo que "la exclusión de la prueba se revela como un remedio impertinente y excesivo que, por lo tanto, es preciso, rechazar" (FJ 10).

Con estos parámetros doctrinales, ya estamos en disposición de resolver la queja que se nos plantea en el presente proceso de amparo.

4. *Resolución de la queja planteada. Sistemática.*

Como se ha visto, en la doctrina de este Tribunal son necesarios dos pasos para determinar la posible violación del art. 24.2 CE como consecuencia de la recepción probatoria de elementos de convicción ilícitamente obtenidos: A) se ha de determinar, en primer lugar, si esa ilicitud originaria ha consistido en la vulneración de un derecho fundamental sustantivo o de libertad; B) se ha de dilucidar, en caso de que el derecho fundamental haya resultado, en efecto, comprometido, si entre dicha vulneración originaria y la integridad de las garantías del proceso justo que nuestra Constitución garantiza (art. 24.2 CE) existe un nexo o ligamen que evidencie una necesidad específica de tutela, sustanciada en la exclusión radical del acervo probatorio de los materiales ilícitamente obtenidos.

A) En lo que se refiere al primero de estos pasos, no nos corresponde ahora revisar lo declarado por el Tribunal Supremo en cuanto a la existencia de una violación originaria del derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE). Para el recto ejercicio de la jurisdicción constitucional, la declaración efectuada por el órgano judicial *a quo* sobre la existencia de vulneración del derecho fundamental sustantivo no puede ser revisada en esta sede, en perjuicio del recurrente, al no constituir el objeto de debate planteado en la demanda de amparo, tal y como se desprende de los precedentes existentes en nuestra doctrina. Así, en el caso resuelto en la propia STC 81/1998, de 2 de abril, el Tribunal Supremo también había constatado la vulneración del derecho fundamental sustantivo (en aquel caso, del derecho al secreto de las comunicaciones, art. 18.3 CE), señalando entonces el Pleno de este Tribunal que "[e]sa declaración judicial previa ha de ser apreciada aquí como un dato que, ni las partes han sometido a nuestro juicio, ni podríamos valorar negativamente, dado que nuestra jurisdicción, en sede de amparo

constitucional, sólo alcanza a conocer de las vulneraciones de los derechos fundamentales, sin que pueda extenderse a eliminar hipotéticas extensiones indebidas de los mismos" [FJ 1].

La vulneración del derecho fundamental a la intimidad declarada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha de darse, pues, por existente, sin que corresponda a este Tribunal revisar de oficio tal declaración.

B) La constatación de la violación originaria del derecho fundamental sustantivo (en este caso, del derecho a la intimidad) no determina por sí sola, sin embargo, la automática violación del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), generando la necesidad imperativa de inadmitir la correspondiente prueba. La apelación al art. 24.2 CE sería superflua si toda violación de un derecho fundamental sustantivo llevara consigo, *per se*, la consiguiente imposibilidad de utilizar los materiales derivados de ella. Si así fuera, la utilización de tales materiales dentro del proceso penal sería, de por sí, una violación del derecho sustantivo mismo (en este caso, la intimidad) sin que el recurso al art. 24.2 CE para justificar la exclusión tuviera ninguna relevancia o alcance. Nuestra doctrina, como ya se ha expuesto, no impone semejante automatismo**,** sino que lleva, antes bien, a la realización de un juicio ponderativo de los intereses en presencia.

El recurrente estima, no obstante, que el art. 11.1 LOPJ, como precepto general aplicable en materia de prueba ilícita en el ámbito de la legalidad ordinaria, excluye cualquier suerte de ponderación e impone a los órganos judiciales una regla taxativa de inadmisibilidad de todo elemento de convicción que proceda de una vulneración de derechos fundamentales. La violación de este precepto, situado en el ámbito de la legalidad ordinaria, determinaría, de por sí, en la perspectiva del actor, la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Vista esta alegación, el análisis sobre la vulneración del art. 24.2 CE debe efectuarse estableciendo si, como señala el demandante, la legalidad ordinaria determina por sí misma el contenido del derecho fundamental en juego excluyendo toda suerte de ponderación. Sólo en caso de respuesta negativa, habremos de determinar si el juicio ponderativo efectuado por el Tribunal Supremo ha respetado el contenido esencial del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) del recurrente de amparo.

5. *Examen de la interpretación del art. 11.1 LOPJ realizada por el Tribunal Supremo.*

Ha de abordarse, en primer lugar, el planteamiento del demandante de amparo relativo a la inexigibilidad de todo juicio ponderativo a la vista de la regulación contenida en el art. 11.1 LOPJ.

Sobre esta cuestión, ha de partirse de la premisa de que a este Tribunal corresponde velar por el respeto a los derechos fundamentales, no sustituir a los órganos del Poder Judicial en la interpretación de la legalidad ordinaria. Por ello, el examen que a esta jurisdicción compete sobre la aplicación del art. 11.1 LOPJ ha de consistir estrictamente en determinar si la interpretación efectuada por el Tribunal Supremo en relación con dicho precepto procesal resulta compatible con las exigencias constitucionales que dimanan del art. 24.2 CE.

Pues bien, desde el punto de vista de la garantía contenida en el art. 24.2 CE, que es el único que atañe a este Tribunal, resulta plenamente compatible con dicho precepto constitucional la interpretación efectuada por el Tribunal Supremo del art. 11.1 LOPJ, según la cual esta disposición legal no se refiere a cualquier violación de derechos fundamentales sino, como corresponde al estricto ámbito procesal en el que despliega su eficacia, a la proscripción de utilizar instrumentalmente medios de investigación que lesionen estas titularidades primordiales. Como se ha expuesto al dar cuenta de la doctrina previa de este Tribunal, en nuestro orden de derechos fundamentales el art. 18.1 CE (que protege la intimidad) y el art. 24.2 CE (que protege los derechos procesales de las partes) son preceptos que tienen objetos distintos, siendo el específico del "proceso con todas las garantías" previsto en el art. 24.2 CE el de preservar la integridad del proceso, prohibiendo que se obtengan pruebas vulnerando instrumentalmente derechos fundamentales. El sentido específico de la garantía del proceso debido incluida en el art. 24.2 CE es, así, el de proteger a los ciudadanos de la violación instrumental de sus derechos fundamentales que ha sido verificada, justamente, para obtener pruebas. Con ello, se protege la integridad del sistema de justicia, la igualdad de las partes y se disuade a los órganos públicos, en particular, a la policía, pero también a los propios particulares, de realizar actos contrarios a los derechos fundamentales con fines de obtener una ventaja probatoria en el proceso. Fuera de tales supuestos, esto es, cuando no existe una conexión o ligamen entre el acto determinante de la injerencia en el derecho fundamental sustantivo y la obtención de fuentes de prueba, las necesidades de tutela de dicho derecho son ajenas al ámbito procesal y pueden sustanciarse en los procesos penales o civiles directamente tendentes a sancionar, restablecer o resarcir los efectos de la vulneración verificada en aquél.

La interpretación del art. 11.1 LOPJ efectuada por el Tribunal Supremo, que le ha llevado a considerar que esta norma legal es compatible con un juicio ponderativo, no merece, por tanto, ninguna censura desde el punto de vista del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Cuestión distinta es determinar si el concreto juicio ponderativo realizado, en el caso que nos ocupa, por la Sala Segunda del Tribunal Supremo y la consiguiente admisión como prueba de los elementos de convicción controvertidos, se ajusta a las exigencias constitucionales del derecho a un proceso con todas las garantías, cuestión ésta que, como se ha anticipado, se aborda a continuación.

6. *Examen del juicio de ponderación*.

Entrando ya a examinar la corrección de la ponderación efectuada por el Tribunal Supremo, los parámetros de evaluación que son propios de nuestra doctrina, y que han sido referenciados en los fundamentos jurídicos precedentes, permiten obtener las siguientes conclusiones:

a) Con carácter general, hay que tener presente que 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 (art. 24.2 CE), de suerte que la exclusión de los elementos probatorios obtenidos ha de ser, también en este tipo de supuestos, el punto de partida o regla general, si bien, en cada caso concreto, el órgano judicial puede apreciar, con arreglo a los parámetros que ya han sido expuestos, la ausencia de necesidades de tutela procesal en relación con la vulneración consumada, incorporando, en esos casos excepcionales, los elementos controvertidos al acervo probatorio.

b) El primer parámetro del juicio ponderativo se refiere a la "índole y características" de la vulneración originaria del derecho a la intimidad, siendo relevante valorar que, tal y como el Tribunal Supremo explica con profusión de argumentos en su sentencia casacional, estamos ante una intromisión en el derecho a la intimidad que carece de cualquier conexión instrumental, objetiva o subjetiva, con actuaciones investigadoras llevadas a cabo por las autoridades españolas o por alguna parte procesal no pública. Según se declara probado, un informático aprovechó el acceso que, por razones laborales, tenía a datos de clientes del banco HSBC para elaborar sus propios ficheros, cruzando los datos bancarios, hasta realizar perfiles específicos, que pretendía vender a terceros para lucrarse. Desde el punto de vista de la "índole y características de la

vulneración" originaria en el derecho fundamental sustantivo, la tutela de la intimidad de los clientes de la entidad bancaria frente a la violación cometida por un empleado de ésta queda plenamente colmada con los procedimientos penales o civiles que puedan desplegarse en el país en el que se ha consumado esa intromisión *inter privatos*, sin que se observe ninguna conexión instrumental con el proceso penal español que suponga, de acuerdo con el art. 24.2 CE, una necesidad adicional de tutela jurídica de la intimidad dentro de dicho proceso que deba llevar indefectiblemente a un pronunciamiento de inadmisión de la prueba.

c) A la misma conclusión se llega si se examina, también desde el punto de vista interno, el "resultado" de la violación consumada en el derecho a la intimidad. Puede advertirse que los datos que son utilizados por la Hacienda Pública española se refieren a aspectos periféricos e inocuos de la llamada "intimidad económica". No se han introducido dentro del proceso penal datos, como podrían ser los concretos movimientos de cuentas, que puedan revelar o que permitan deducir los comportamientos o hábitos de vida del interesado (SSTC 142/1993, de 22 de abril, FJ 7, y 233/2005, de 26 de septiembre, FJ 4). Los datos controvertidos son, exclusivamente, la existencia de la cuenta bancaria y el importe ingresado en la misma. El resultado de la intromisión en la intimidad no es, por tanto, de tal intensidad que exija, por sí mismo, extender las necesidades de tutela del derecho sustantivo al ámbito del proceso penal, habida cuenta que, como ya se ha dicho, éste no tiene conexión instrumental alguna con el acto de injerencia verificado entre particulares.

Debe además recordarse que la intromisión en la intimidad se ha producido fuera del territorio donde rige la soberanía española, por lo que a la menor intensidad de la injerencia se une que "sólo el núcleo irrenunciable del derecho fundamental inherente a la dignidad de la persona [podría] alcanzar proyección universal" (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 8).

d) De otro lado, y desde el punto de vista externo, tampoco existe un riesgo cierto de propiciar, con la admisión de la prueba controvertida, prácticas que comprometan *pro futuro* la efectividad del derecho fundamental en juego en el ordenamiento jurídico español, ya que, a diferencia de las circunstancias que pueden determinar una respuesta distinta en otro ordenamiento jurídico, en España no existen prácticas de opacidad bancaria amparadas por el poder público que puedan dar lugar a la proliferación de comportamientos de intromisión ilícita entre particulares como el que, en este caso, ha resultado discutido. Dicho en otras palabras: en España la obtención por parte de las autoridades de datos bancarios a efectos de desarrollar

investigaciones tributarias o penales está prevista en la ley y resulta plenamente asequible a través de instrumentos procesales ordinarios. De hecho, en nuestro ordenamiento, sobre el obligado tributario pesa el deber jurídico de aportar a la Hacienda pública datos bancarios como los ahora controvertidos (art. 93 LGT). No se advierte, pues, tampoco desde un punto de vista externo, que exista una necesidad jurídica de extender al proceso penal la tutela del derecho a la intimidad en relación con una intromisión *inter privatos* como la verificada en el caso que nos ocupa. España no tiene un sistema jurídico de opacidad bancaria que exija instrumentalizar el proceso penal para prevenir este tipo de violaciones de derechos fundamentales verificadas entre particulares. Y no existe, obviamente, dentro del ordenamiento español de derechos fundamentales, una obligación de proteger instrumentalmente un sistema de este tipo, aunque pueda existir en otros Estados.

Por todo ello, hemos de concluir que la decisión del Tribunal Supremo no ha vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que asiste al recurrente de amparo. En consecuencia, tampoco el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) ha resultado lesionado, ya que esta concreta queja era puramente tributaria de la que acaba de ser descartada. Procede, por todo lo anterior, desestimar el amparo interesado por el recurrente.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación española ha decidido desestimar la demanda de amparo interpuesta por don Sixto Delgado de la Coba.

Publíquese esta Sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.

Dada en Madrid, a dieciséis de julio de dos mil diecinueve.

Fdo. María Luisa Balaguer Callejón