

## La admisibilidad de las listas de evasores fiscales sustraídas en el extranjero como prueba para acreditar la comisión de delitos fiscales

Isidoro Blanco Cordero

Universidad de Alicante

### Abstract\*

*La denominada “Lista Falciani” o “Lista Lagarde” sustraída por el empleado de un banco ha permitido a las autoridades de diversos países el inicio de procesos penales por delitos fiscales presuntamente cometidos por los clientes que tenían dinero aparentemente no declarado en cuentas de la filial suiza del banco HSBC. Este es uno de los varios casos que han surgido en los últimos años, como el KB Lux o el Liechtenstein Global Trust Treuhand AG. El problema que plantean es el de la validez como prueba de los datos sustraídos por los empleados de estas instituciones financieras en los procesos penales que se siguen en el extranjero. El trabajo examina este problema desde la perspectiva de la protección de los derechos de la defensa a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.*

*Die von einem Bankangestellten gestohlene „Falciani Liste“ - oder „Lagarde-Liste“ - hat den Behörden der verschiedenen Länder die Einleitung von Strafverfahren gegen angeblich begangene Steuerdelikte erlaubt. Kunden hatten offenbar nicht versteuertes Geld auf Konten der Schweizer Tochtergesellschaft der HSBC Bank. Dies ist einer der vielen Fälle, die – wie u. a. auch KB Lux oder Liechtenstein Global Global Trust Treuhand AG – in den letzten Jahren hervorgegangen sind. Die Problemstellung ist, den Beweiswert der von den Mitarbeitern dieser Finanzinstitute gestohlenen Daten in Strafverfahren zu beurteilen. Der vorliegende Aufsatz untersucht dieses Problem aus der Perspektive der Wahrung der Rechte der Verteidigung im Lichte der einschlägigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte.*

*The so-called “Falciani List” or “Lagarde list” stolen by a bank employee has allowed the authorities of various countries the initiation of criminal proceedings for tax offenses allegedly committed by customers who had money apparently undeclared in accounts of the Swiss subsidiary of HSBC bank. This is one of the several cases that have emerged in recent years as the KB Lux or Liechtenstein Global Trust Treuhand AG. The problem posed is that of the evidential value of the data stolen by employees of these financial institutions in criminal proceedings continuing abroad. The paper examines this issue from the perspective of the safeguarding of the rights of the defense in the light of the relevant case law of the European Court of Human Rights.*

*Titel: Die prozessuale Beweisführung im Strafverfahren von der im Ausland gestohlenen Liste der Steuerhinterzieher.*

*Title: Tax evaders lists stolen abroad as admissible evidence in the tax evasion criminal proceedings.*

*Palabras clave: “Lista Falciani”, delito fiscal, prueba prohibida, derecho de defensa, la regla de no indagación o supervisión (rule of non-inquiry), jurisprudencia del TEDH.*

*Stichwörter: “Falciani Liste”, Steuerbetrug, Beweisverbot, Recht auf Verteidigung, rule of non-inquiry, Rechtsprechung EMRK.*

*Keywords: “Falciani List”, tax fraud, illegal evidence, right of defence, rule of non-inquiry, case law ECHR.*

---

\* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de investigación titulado “Nuevos límites penales para la autonomía individual y la intimidad (NULIPAI)” (DER 2011-26909), del Ministerio de Ciencia e Innovación, cuyo investigador principal es Antonio Doval Pais.

## Sumario

1. Introducción
2. Datos de evasores fiscales sustraídos en el extranjero y su admisibilidad como prueba
3. La situación en Derecho comparado
  - 3.1. Bélgica
  - 3.2. Alemania: la opinión del Tribunal Constitucional alemán (BVerfG)
  - 3.3. Francia: la Sentencia de la *Cour de cassation* de 27 de noviembre de 2013
  - 3.4. Italia
  - 3.5 Los Países Bajos
4. La admisibilidad de la prueba extranjera obtenida ilícitamente: la regla de no indagación o supervisión (*rule of non-inquiry*) y el “blanqueo” de la prueba ilícita
5. Hacia una regla de la no indagación matizada: respeto de los derechos de la defensa y posibilidad de cuestionar la autenticidad de la prueba extranjera y de oponerse a su utilización
6. Conclusión: el problema es la fiabilidad de la prueba
7. Bibliografía
8. Tabla de jurisprudencia citada

### 1. Introducción

A mediados de la década de los años 1990 ciertos empleados descontentos del banco *Kredietbank Luxembourg* (KB Lux) procedieron a la sustracción del mismo de microfichas, documentos y dinero. Las microfichas y los documentos contenían datos personales sensibles relativos a miles de titulares de cuentas tanto nacionales como extranjeros en el banco KB Lux. El banco descubrió el robo y los autores decidieron utilizar las microfichas con información confidencial como medio de chantaje: si el banco no denunciaba el robo a la policía los empleados devolverían las microfichas. Por el contrario, si el banco denunciaba, el material sería entregado a las autoridades extranjeras. Finalmente se produjo esto último y se entregó el material a las autoridades belgas. Algunos de los empleados del banco desleales fueron declarados culpables de diversos delitos, entre ellos la violación de la legislación sobre el secreto bancario de Luxemburgo. Años más tarde se iniciaron investigaciones penales en Bélgica por delitos fiscales contra los contribuyentes nacionales clientes del banco con base en las informaciones de las microfichas sustraídas. El caso KB Lux extendió su impacto más allá de las fronteras belgas. Con base en la entonces vigente Directiva CE 77/799 sobre asistencia administrativa mutua en el ámbito de los impuestos<sup>1</sup>, las autoridades fiscales belgas transmitieron la información a otros países de la UE, entre ellos los Países Bajos y Alemania. Las autoridades neerlandesas iniciaron investigaciones sobre el asunto. Se acercaron a miles de contribuyentes holandeses y en un número considerable de casos se iniciaron procedimientos de investigación penal.

---

<sup>1</sup> Directiva 77/799/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1977, relativa a la asistencia mutua entre las autoridades competentes de los Estados miembros en el ámbito de los impuestos directos y los impuestos sobre las primas de seguros. Hoy en día está vigente la Directiva 2011/16/UE del Consejo, de 15 de febrero de 2011, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad y por la que se deroga la Directiva 77/799/CEE.

En los años 2006-2007 un empleado de la entidad bancaria *Liechtenstein Global Trust Treuhand AG* (perteneciente al grupo bancario LGT, de la casa real del Principado) copió en un disco compacto (CD) los datos de aproximadamente 4.000 beneficiarios de fundaciones (*Stiftungen*) de aquel país que, a su vez, eran titulares de cuentas en la institución bancaria para la que trabajaba<sup>2</sup>. En 2006 ofreció al servicio secreto alemán (*Bundesnachrichtendienst*, BND) la información bancaria contenida en los CDs. Se realizaron algunas entregas “a prueba” tanto al BND como a las autoridades tributarias alemanas y, una vez constatada la veracidad de la información, en 2007 les vendió los datos por más de cuatro millones de euros. Esto motivó el inicio de investigaciones penales contra los contribuyentes alemanes cuyos nombres aparecían en el CD, respecto de los cuales se practicaron diversas medidas de investigación, como registros domiciliarios. Es importante señalar que la información digital obtenida por el antiguo empleado fue transmitida por Alemania a las autoridades de otros países, y ha llegado a manos de las autoridades españolas. Los medios de comunicación informan de que la Agencia Tributaria ha enviado a la Fiscalía Anticorrupción datos sobre 80 depósitos bancarios de Liechtenstein con 198 titulares y beneficiarios residentes en España, para su investigación por un posible delito fiscal<sup>3</sup>.

En España también se ha planteado un problema similar en un caso que ha tenido una gran difusión mediática. Los hechos se remontan al periodo comprendido entre febrero de 1997 y diciembre de 2007, cuando un sujeto que trabajaba como informático en la sucursal de Ginebra (Suiza) del banco *HSBC Private Bank*, en violación de sus obligaciones impuestas por las directivas internas, aprovechó su posición para extraer gran cantidad de datos de clientes del sistema informático del banco que copió en soportes informáticos de su propiedad. Con posterioridad, y recurriendo a la técnica del *data mining* (extracción de datos), relacionó diferentes datos aislados con el fin de obtener una imagen completa (datos personales, información sobre cuentas y activos) de los clientes del banco HSBC. Se obtuvo así una información de las actividades financieras de estos a la que se conoce con el nombre de “lista Falciani” (o “Lista Lagarde” por la ministra francesa que la transmitió a otros países), por el apellido del empleado bancario. Presuntamente, si bien esto no parece haber quedado acreditado de manera fehaciente, en febrero de 2008 el empleado se presentó en un Banco de Beirut con el fin de negociar la venta de los datos sustraídos. Con posterioridad, en julio de 2008 transmitió a un agente del fisco francés una lista de siete clientes franceses del HSBC, lo que inició un proceso de transmisión de datos a las autoridades francesas. Gracias a estos datos, Francia pudo identificar a unos 3.000 contribuyentes que presuntamente habían evadido impuestos<sup>4</sup>. El asunto desató una crisis diplomática entre Francia y Suiza. Berna acusó a París de haberse quedado ilícitamente con unos

---

<sup>2</sup> Información sobre este caso puede verse en el libro del propio empleado KIEBER, *Der Fürst. Der Dieb. Die Daten. Tatsachenbericht von Heinrich Kieber*, 2009 (disponible online en [http://data6.blog.de/media/338/4875338\\_086ce93bdd\\_d.pdf](http://data6.blog.de/media/338/4875338_086ce93bdd_d.pdf); fecha de consulta: 22.07.2015).

<sup>3</sup> Se refiere a este caso SILVA SÁNCHEZ, «Delito fiscal y compra de información reservada», artículo publicado en *Togas.biz* el 8 de mayo de 2008 (disponible online en <http://www.togas.biz/articulospreprint/?category=Penal-Economico&title=Delito-fiscal-y-compra-de-informacion-reservada.html>; fecha de consulta: 22.07.2015) (también publicado en la obra SILVA SÁNCHEZ, *Tiempos de Derecho penal*, 2009).

<sup>4</sup> Sobre este caso véase el informe presentado a la Asamblea General francesa por Christian Eckert, «Rapport d'information de la commission des finances déposé en application de l'article 146 du règlement, par la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire relatif au traitement par l'administration fiscale des informations contenues dans la liste reçue d'un ancien salarié d'une banque étrangère», ante la Asamblea Nacional, XIV<sup>a</sup> Legislatura, Informe núm. 1235, 10 de julio de 2013 (disponible online en <http://www.assemblee-nationale.fr/14/rap-info/i1235.asp>; fecha de consulta: 22.07.2015).

datos robados. Con todo, dado que el empleado vivía en aquel momento en Francia, las autoridades suizas presentaron una solicitud de asistencia judicial internacional en la que pedían a las francesas el registro del domicilio y la incautación de los datos. En el contexto de tal registro, el fiscal de Niza accedió a los datos contenidos en los equipos informáticos del empleado, que entregó a las autoridades fiscales francesas. Por lo que las autoridades fiscales francesas obtienen los datos por dos vías: la entrega espontánea de los datos por parte del empleado y la incautación de los mismos por la fiscalía a solicitud de las autoridades suizas. Las autoridades francesas procedieron entonces a enviar copias de los datos a los países con los que tiene tratados de cooperación en materia fiscal y se lo solicitan, entre ellos España. Mientras tanto, Suiza emitió una orden de detención internacional contra el antiguo empleado, a quien imputaba delitos de descubrimiento y revelación de secretos. En un viaje a España fue arrestado por las autoridades españolas en cumplimiento de la orden internacional de detención. Inmediatamente Suiza solicitó su extradición, que fue denegada por la Audiencia Nacional porque no se cumplía el criterio de la doble incriminación, al considerar que los hechos realizados por el empleado del banco no constituían delito en España.

Estos supuestos tienen en común la existencia de un empleado de banco que sustrae datos de evasores fiscales y los entrega a las autoridades de un país, con la especialidad de que en el supuesto alemán las autoridades estatales pagan por los datos. El problema más importante a efectos penales, como decimos, es de índole probatorio. En concreto, si los datos tienen un carácter ilícito al haber sido sustraídos del banco y si ello determina que no pueden ser admitidos como prueba ni valorados en los procesos por la eventual comisión de delitos contra la Hacienda pública por parte de los clientes del banco.

El presente trabajo tiene por objeto determinar si los datos robados y transmitidos a las autoridades fiscales de otros países pueden ser utilizados como prueba en los procesos penales contra los presuntos evasores fiscales. Además, en caso de que las autoridades judiciales decidan utilizar tales datos, se valora si esto respeta los derechos fundamentales de los presuntos evasores fiscales, especialmente el derecho de defensa contenido en el Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (CEDH) (y en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea hecha en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007), a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). En realidad, subyace en este debate una ponderación entre las demandas del interés general de la sociedad en que se pueda obtener y utilizar la prueba para recaudar impuestos, y las obligaciones de tutelar los derechos humanos de los ciudadanos, especialmente el derecho de defensa de los acusados por delitos fiscales.

## ***2. Datos de evasores fiscales sustraídos en el extranjero y su admisibilidad como prueba***

Al margen de posibles conflictos diplomáticos, como decimos, la cuestión jurídica a resolver es la de si los datos sobre aspectos económico-financieros sustraídos, cualquiera que sea su formato (en un disco duro, microfichas, en un CD, en un DVD, etc.), son admisibles como prueba en el

proceso penal contra un presunto evasor de impuestos o, por el contrario, si el hecho de haber sido sustraídos por el empleado del banco y revelados a las autoridades impide su admisibilidad. Como problema conectado, se cuestiona si puede ser admisible como prueba la información obtenida como consecuencia de las investigaciones posteriores derivadas de tales datos o, por el contrario, está contaminada y ha de ser expulsada del procedimiento. Imaginemos que se llevan a cabo registros en domicilios o en empresas que traen causa en los datos sustraídos y de los que se obtienen pruebas de los eventuales delitos fiscales. En algunos países, como Alemania, se están utilizando los datos de los evasores fiscales en diversos procesos que se tramitan ante los Tribunales Financieros (*Finanzgerichte*) –encargados de los procedimientos tributarios y económicos entre los ciudadanos y la Administración Tributaria alemana– y ante los Tribunales Penales. Y lo mismo sucede en Francia o Italia. En los casos penales (aunque no solo en ellos) las defensas alegan normalmente, entre otros argumentos, que existe una prohibición de utilización de la prueba por tratarse de una prueba ilícita, que contamina también toda prueba derivada.

El Tribunal Supremo español distingue entre prueba ilícita y prueba irregular. La prueba ilícita se refiere exclusivamente a la que es obtenida violentando derechos y libertades fundamentales, mientras que la prueba irregular alude a la adquirida mediante otro tipo de ilegalidades, normalmente de carácter procesal. La eficacia probatoria de una y otra es semejante en un primer grado, ya que tanto una como otra carecen de virtualidad procesal, dependiendo en el caso de la prueba irregular de la naturaleza, gravedad y acumulación de irregularidades y, sobre todo, de la indefensión creada<sup>5</sup>. Los efectos son distintos en el segundo grado, esto es, respecto de las pruebas derivadas de aquellas. Así, la ilicitud de la prueba determina la ineficacia de las pruebas derivadas (la doctrina de los frutos del árbol envenenado). En el caso de las pruebas derivadas de las simplemente irregulares no se produce tal radical consecuencia, de manera que nada obsta a que la convicción se obtenga por otras vías. Esto supone que es posible subsanar el defecto y recuperar el material probatorio evidenciado por la prueba irregular, mediante su conversión en algún otro tipo de prueba (testifical, confesión, etc.), algo imposible en el caso de la prueba ilícita. Pues bien, desde el punto de vista de la regularidad de la prueba, en los casos que analizamos se dice que no existen graves problemas en la medida en que la información sustraída del banco se incorpora al proceso penal por delito fiscal conforme a los principios y normas previstos en la ley. No olvidemos que en casi todos los supuestos la información sobre evasores fiscales ha sido entregada por el gobierno de otro país a través de los cauces del intercambio de información fiscal, permitida conforme a las normas internacionales<sup>6</sup>. Ahora bien, la cuestión, como vamos a ver, no es tan sencilla, pues se alega que se han cometido irregularidades procesales en el país de obtención, lo que va a plantear si las mismas pueden o no ser subsanadas (y serlo en España). Pero todavía se ha de discutir el tema más espinoso, esto es, si la prueba, en su origen, ha sido obtenida mediante vulneración de derechos fundamentales materiales y no meramente procesales<sup>7</sup>. En concreto, si la forma en la que se ha obtenido la información bancaria es constitutiva de un delito que, además, supone una vulneración de derechos fundamentales (en este caso, la intimidad de los clientes del banco). De ser así, esto conduce inmediatamente a su

---

<sup>5</sup> Así la STS (Sala 2ª) 53/2011, de 10 de febrero; y la STS 115/2015, de 5 de marzo.

<sup>6</sup> Convenio de asistencia administrativa mutua en materia fiscal, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1988 y la normativa de la Unión Europea ya citada.

<sup>7</sup> Como señala la STC (Pleno) 81/1998, de 2 de abril.

ilicitud y, por lo tanto, será de aplicación la regla de exclusión probatoria en virtud de la cual no se reconocen efectos a las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales ni a todas las derivadas de ellas. Esto supone la prohibición de la admisión de la prueba ilícita así como de su valoración por el tribunal sentenciador. Este tipo de prueba no es susceptible de convalidación o subsanación. La Sentencia del Tribunal Constitucional español 114/1984 configura inicialmente la regla de exclusión como una garantía procesal de naturaleza constitucional íntimamente ligada con el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Con este fundamento constitucional resulta indiferente que la prueba haya sido obtenida por una autoridad o por un particular<sup>8</sup>. La ilicitud de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales tiene además, como se ha dicho, efectos reflejos pues contamina también todas aquellas pruebas logradas a partir de aquella, lo que conlleva asimismo como consecuencia procesal la prohibición de admisión y de valoración. Esto implica que la exclusión alcanza no sólo a la prueba originaria vulneradora de derechos fundamentales, sino también a todas aquellas pruebas derivadas aunque hayan sido obtenidas lícitamente (si existe la denominada “conexión de antijuricidad”). En España, la regla de exclusión se recoge en el art. 11.1 LOPJ, que dispone que “no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”. Es cierto, con todo, que la regla de exclusión de las pruebas derivadas admite excepciones que han sido objeto de amplio tratamiento doctrinal y cuya explicación obviarnos por no ser objeto de este trabajo<sup>9</sup>.

Esto está muy ligado, evidentemente, al carácter delictivo (o no) de la actuación del empleado del banco –tema este que no es objeto de este trabajo<sup>10</sup>– y si el eventual delito cometido vulnera derechos fundamentales (lo que excluiría claramente la prueba). El empleado se comporta como un *whistleblower* (“el que toca el silbato”, traducción literal, o denunciante), esto es, un sujeto que denuncia actividades ilícitas llevadas a cabo en la organización para la que trabaja. Si el comportamiento del empleado del banco no se estima delictivo en el país en el que se utiliza la prueba, esto es, en el país del foro, van a aumentar las posibilidades de que pueda ser valorada en el proceso penal contra los presuntos evasores fiscales. En este sentido, no es superfluo señalar aquí que la Audiencia Nacional española ha considerado justificada la conducta del empleado de banco que sustrajo la información del banco HSBC suizo<sup>11</sup>. Por lo que el hecho del empleado del banco es lícito y la información que suministra puede ser admitida como prueba, reiteramos, por no tener su origen en un delito ni en otra conducta ilegal, ni tampoco vulnerar derechos fundamentales. Pero en otros casos la cuestión es más compleja, puesto que empleados públicos del Estado (policía, servicios secretos, etc.) han intervenido en la obtención de los datos, lo que a juicio de algunos constituye una conducta delictiva no susceptible de justificación. De ser así, la prueba habrá sido obtenida mediante la comisión de un delito, no solo por el empleado, sino

---

<sup>8</sup> Con todo, es cierto que algunas voces consideran que cuando la prueba ilícita ha sido obtenida por un particular se ha de relativizar la prohibición de valoración, que sólo opera de forma absoluta cuando ha sido practicada por los agentes de la autoridad.

<sup>9</sup> La bibliografía sobre la licitud de la prueba en España es muy numerosa y no procede aquí un mero listado de la misma.

<sup>10</sup> Sobre esta cuestión cfr. un análisis pormenorizado en BLANCO CORDERO, «Problemas penales que suscita la sustracción de datos bancarios de evasores fiscales y su utilización en los procesos penales», en prensa. También SILVA SÁNCHEZ, *Toga.biz*, 8 de mayo de 2008.

<sup>11</sup> Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 2ª), Auto núm. 19/2013, de 8 de mayo de 2013.

también por los agentes que representan al Estado. Habrá que valorar entonces si el delito que origina la prueba vulnera derechos fundamentales y, en caso de que existan pruebas derivadas, si existe conexión de antijuridicidad que impida también su valoración.

No nos vamos a centrar en este trabajo en la calificación penal de la conducta del empleado o de los agentes que adquieren los datos. Y es que existe una cuestión previa, cual es la de si la información entregada por el empleado a las autoridades de un Estado que se transmite por el cauce de la cooperación internacional a otro Estado, puede ser cuestionada en el proceso penal contra los presuntos evasores fiscales. Como vamos a ver a continuación, las opiniones de los Tribunales Supremos de algunos países europeos son contradictorias. Es muy llamativo que en algún caso los tribunales del país que transmite la información hayan considerado que no puede ser utilizada como prueba (por tener un carácter irregular e incluso ilícito), mientras que los del país que la han recibido la han admitido y han condenado a los clientes del banco por delitos fiscales. Veamos qué ocurre en Europa con una visión del Derecho comparado.

### ***3. La situación en Derecho comparado***

Los países de nuestro entorno están dando una respuesta diferente a la cuestión que es aquí objeto de examen, quizás por razón de las circunstancias concretas de cada caso. Se observa que el tratamiento de la validez de los datos sustraídos como prueba es diferente en algunos países según se valore en un proceso penal o en un procedimiento de carácter fiscal o tributario. Lo que a nosotros nos interesa es el tratamiento penal de la prueba y, a este respecto, es posible identificar países en los que se considera prueba lícita como son Francia, Países Bajos y Alemania, y países en los que no se admite como prueba válida, como ocurre en Bélgica. Veamos las peculiaridades de cada país y de cada caso.

#### **3.1. Bélgica**

Bélgica es el punto de partida del caso KB Lux, cuyas autoridades recibieron la información sustraída por los empleados del banco. En este país se ha cuestionado constantemente la manera en que las autoridades belgas obtuvieron los datos almacenados en las microfichas<sup>12</sup>. Un informe del *Vast Comité van Toezicht op de Politiediensten* (Comité Permanente de Supervisión de los Servicios de Policía) de Bruselas concluyó que los servicios policiales belgas no actuaron de manera adecuada y apropiada en sus relaciones con los informantes<sup>13</sup> y sugiere que hubo deficiencias en la obtención de la información. El informe señala que los funcionarios policiales estaban al tanto de la procedencia ilícita de los documentos en el momento en que iniciaron la investigación preliminar. También se afirma que eran conscientes del conflicto existente entre los antiguos empleados que entregaron la información y su empleador, el banco KB Lux, y de los

---

<sup>12</sup> Como explican extensamente VAN KAMPEN/DE RIJKE, «The Kredietbank Luxembourg and the Liechtenstein tax affairs: notes on the balance between the exchange of information between states and the protection of fundamental rights», *EC Tax Review*, (17-5), 2008, p. 227.

<sup>13</sup> Cfr. el informe del *Vast Comité van Toezicht op de Politiediensten te Brussel*, «Verslag van het toezichtsonderzoek naar de wijzen waarop door politieambtenaren gehandeld werd bij het ontvangen en het gebruik van de informatie aangaande de KB Lux», de 27 de julio de 1999, p. 8, citado por VAN KAMPEN/DE RIJKE, *EC Tax Review*, (17-5), 2008, p. 227.



intentos de los informantes por vender las microfichas con el fin de obtener un beneficio.

Los tribunales belgas se han pronunciado acerca de la licitud de los documentos robados por los empleados del banco y que después fueron remitidos a las autoridades fiscales competentes, las cuales iniciaron procedimientos de inspección y sanción así como procesos penales contra los clientes. Las defensas de los acusados rechazaban las pretensiones de las autoridades fiscales por razón del valor de las pruebas presentadas. A su juicio, no era posible acreditar la autenticidad de las informaciones bancarias utilizadas, porque eran simples copias de microfichas que no contenían ninguna referencia a su autor, firma, sello o cualquier otro dato que permitiera identificar su origen. Esto implicaba que se desconocía su procedencia, de manera que podrían haber sido elaboradas por cualquier persona. Como consecuencia, las microfichas no podían ser calificadas como documentación oficial del banco. Asimismo las defensas alegaban que las informaciones en cuestión habían sido obtenidas por el fisco mediante la comisión de un delito, a saber, un robo cometido por los empleados desleales. Por último, se invocaba una violación del derecho a la defensa porque la fuente de la información no era clara y, por lo tanto, la defensa carecía de datos sobre la forma en que las autoridades penales belgas habían obtenido dicha información. Pues bien, los tribunales belgas consideraron que las microfichas que solo contenían nombres de presuntos titulares de cuentas y movimientos bancarios no podían ser utilizadas como prueba ni en el orden penal ni tampoco en el ámbito fiscal.

En el orden penal, que es el que nos interesa, el Tribunal de Primera Instancia de Bruselas<sup>14</sup>, el Tribunal de Apelación de Bruselas<sup>15</sup> y el Tribunal Supremo belga<sup>16</sup> partieron de que la legalidad y la imparcialidad de los medios de prueba son la base del procedimiento justo<sup>17</sup>. Y decidieron el archivo de las actuaciones porque la investigación fue, desde el principio, gravemente desleal y los derechos de defensa resultaron en repetidas ocasiones afectados gravemente, de manera que el acusado fue privado de forma permanente de su derecho a un juicio justo. Consideraron asimismo cuestionable el valor probatorio de las fichas aportadas, en la medida en que las piezas de convicción fueron introducidas en el proceso de una forma desconocida para las partes y los jueces. En consecuencia, teniendo en cuenta la falta de detalles de las microfichas y el hecho de que no constituía documentación oficial del banco, los tribunales acordaron que el origen de los datos era completamente oscuro, de manera que la prueba no era fiable.

Las autoridades intentaron subsanar este problema procesal. Por ello, con el fin de superar el obstáculo de la ineficacia de las pruebas, las autoridades fiscales recurrieron a otras tácticas para obtener información adicional que pudiera ser usada contra el presunto evasor de impuestos<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup> Sentencia de 8 de diciembre de 2009, causa 78.97.28'259'696; núm. de rollo 009'460.

<sup>15</sup> Sentencia núm. 2010/4779, de 10 de diciembre de 2010.

<sup>16</sup> Casación, 31 de mayo de 2011, R.G. núm. P.10.2037.F. J.T., 2011, p. 583.

<sup>17</sup> Hace ya años que el Tribunal Supremo belga dictó la denominada sentencia *Antigoon* de 14 de octubre de 2003, en la que resolvió que el juez puede admitir y valorar pruebas obtenidas de manera ilícita. En concreto, el Tribunal afirmó que la circunstancia de que la prueba haya sido obtenida de forma irregular tiene como consecuencia que el juez, al momento de formar su convicción, no puede tenerla en cuenta ni directa ni indirectamente en tres situaciones: cuando sea necesario el cumplimiento de ciertas formalidades y de no hacerlo la ley determine la nulidad de la prueba, cuando la irregularidad compromete la credibilidad de la prueba o cuando el uso de dichas pruebas infringe el derecho a un juicio justo.

<sup>18</sup> Información esta obtenida del trabajo de VAN KAMPEN/DE RIJKE, *EC Tax Review*, (17-5), 2008, p. 228.

Por ejemplo, se enviaron cuestionarios a los titulares de las cuentas sospechosas. Si el sujeto admitía que era el titular de una cuenta, las autoridades fiscales intentaban utilizar esta especie de confesión como prueba con el fin de obtener una condena. Hubo, sin embargo, numerosos contribuyentes que negaron haber tenido una cuenta en el banco KB Lux.

En uno de estos casos en el orden tributario, el Tribunal de Bruselas<sup>19</sup> dio la razón a los acusados señalando que los datos que el gobierno poseía no se podían considerar como hechos ciertos e indiscutibles. Los documentos del expediente administrativo (microfichas) no llevaban ningún logotipo ni referencia a un banco, por lo que su origen fue considerado por el tribunal completamente oscuro. Consideró razonable la alegación de los demandantes de la jurisprudencia que establece que un documento cuyo origen es imposible de verificar y del que las autoridades administrativas admiten que es un análisis y un resumen de documentos no conocidos, no constituye una prueba que pueda ser utilizada para acreditar la existencia de dinero en cuentas bancarias de Luxemburgo y para determinar el importe de las cantidades depositadas en las mismas. El hecho de que los datos formen parte de un expediente judicial no significa que acrediten hechos ciertos e indiscutibles, sino que son datos que necesitan ser verificados. Puesto que no fue posible la verificación, la información de la microficha no pudo ser utilizada como prueba en la determinación del gravamen impositivo y, como resultado, fue rechazada la determinación del gravamen.

En el ámbito tributario, una sentencia de 5 de diciembre de 2003 del Tribunal de Lovaina<sup>20</sup> falló a favor de los presuntos evasores fiscales porque llegó a la conclusión de que las autoridades fiscales belgas no pudieron probar que algunas de sus pruebas tuvieran su origen en el asunto KB Lux. El tribunal señaló que la microficha era únicamente una declaración de parte, una afirmación que no podía ser considerada como prueba si no se apoyaba en otros documentos o pruebas. El tribunal desestimó el argumento de las autoridades fiscales belgas de que los contribuyentes habían admitido la existencia de sus cuentas bancarias en el KB Lux. Este argumento era una mera declaración de parte, una mera afirmación (*een loutere bewering*). Además, el tribunal señaló que la prueba aportada no permitía confirmar si los acusados habían realmente reconocido que tenían una cuenta bancaria en el KB Lux. El tribunal concluyó que las autoridades fiscales belgas no habían probado que los acusados poseían una cuenta bancaria en el KB Lux y les eximió del deber de regularizar su situación tributaria.

En un caso penal, los presuntos evasores fiscales negaron tener cuentas bancarias en el banco KB Lux. Alegaron que se había violado su derecho a la defensa porque la fuente de la información no era clara y, por lo tanto, la defensa carecía de datos sobre la forma en que las autoridades penales belgas habían obtenido dicha información. También argumentaron que el expediente administrativo (tributario) no contenía la documentación antes mencionada y que existían serias dudas sobre la legalidad de la procedencia de las microfichas. En su sentencia de 30 de abril de 2003, el Tribunal Correccional de Hasselt<sup>21</sup> planteó dudas creíbles en cuanto a la fuente y la

---

<sup>19</sup> Tribunal de Primera Instancia de Bruselas (*Rechtbank van eerste aanleg te Brussel*), 28 de junio de 2002, AR 01/3718/A, NTFR 2002/1230.

<sup>20</sup> Tribunal de Primera Instancia de Lovaina, 5 de diciembre de 2003, FJF 2004/266.

<sup>21</sup> Tribunal Correccional de Hasselt, 30 de abril de 2003, caso núm. 78.97.1357-00, 00757.

fiabilidad de la información de acuerdo con lo señalado en el informe del *Vast Comité van Toezicht op de Politiediensten*. El tribunal concluyó que la microficha sólo podía ser utilizada como prueba tras una investigación exhaustiva sobre la manera en que fue obtenida. Dado que el tribunal no tenía medios para llevar a cabo dicha investigación, no fue posible verificar la forma en que se obtuvo la información y era, por lo tanto, imposible concluir si la microficha se obtuvo de manera ilegal por las autoridades fiscales belgas. El tribunal señaló expresamente que “no puede llegar a otra conclusión que no dispone de los documentos necesarios para la verificación de la regularidad de la microficha presentada como prueba, y el fiscal del Estado no niega la alegación del acusado de que la información se obtuvo de forma ilegal”. Con base en esta conclusión, se archivó el caso por delito fiscal. En otro fallo del Tribunal Correccional de Hasselt<sup>22</sup> del mismo día también se archivó el caso contra un acusado que había confesado que tenía una cuenta en el banco KB Lux. El tribunal decidió que no podía tener en cuenta esta confesión, ya que no estaba claro si el acusado había confesado antes o después de ser confrontado con la microficha. En consecuencia, el tribunal no pudo descartar la posibilidad de que la confesión fuese consecuencia de una prueba inadmisibile.

### 3.2. Alemania: la opinión del Tribunal Constitucional alemán (BVerfG)

En noviembre de 2010 el BVerfG abordó el asunto *Liechtenstein Global Trust Treuhand AG*, si bien no tuvo que enfrentarse directamente al problema de la validez de la prueba en el proceso penal contra los presuntos evasores fiscales. La cuestión sometida a su consideración fue la de si la información contenida en el CD podía servir de indicio de criminalidad (*Anfangsverdacht*) que justificara el inicio de una investigación penal por eventuales delitos fiscales<sup>23</sup>.

La decisión del BVerfG tiene como causa un recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra dos resoluciones judiciales, una del Juzgado de Instrucción (*Amtsgericht*) de Bochum de 10 de abril de 2008<sup>24</sup> y otra de la Audiencia Provincial (*Landgericht*) de Bochum de 7 de agosto 2009<sup>25</sup>. Estas decisiones se adoptaron en el marco de investigaciones penales contra los acusados de presuntos delitos fiscales. El 10 de abril de 2008, el juzgado de instrucción de Bochum autorizó mediante auto el registro del domicilio de un acusado de conformidad con la normativa procesal alemana<sup>26</sup>. Las autoridades encargadas de la investigación habían recibido información sobre dos fideicomisos constituidos en Liechtenstein en el año 2000 a favor del acusado que no habían sido declarados al fisco alemán. La información procedía del CD que los servicios secretos alemanes (BND) habían comprado (en colaboración con las autoridades encargadas de la investigación) al empleado del banco de Liechtenstein al que nos hemos referido. El 23 de septiembre de 2008 se llevó a cabo el registro en el que las autoridades policiales encontraron documentos relacionados con los fideicomisos. Dicha documentación y las investigaciones posteriores apuntaban a la existencia de una presunta evasión fiscal que ascendía a casi 100.000 €. El acusado recurrió en apelación la orden de registro ante la Audiencia Provincial de Bochum. El 7 de agosto de 2009, la

<sup>22</sup> Tribunal Correccional de Hasselt, 30 de abril de 2003, caso núm. 78.97.1353-00, 00759.

<sup>23</sup> BVerfG (Sección 1ª de la Sala 2ª), Sentencia de 9.11.2010 – 2 BvR 2101/09.

<sup>24</sup> Sentencia del *Amtsgericht* de Bochum de 10 de abril de 2008 - 64 Gs 1491/08. También Sentencia del *Amtsgericht* de Bochum de 8 de abril de 2009 - 64 Gs-35 js 220/07-1491/08 -.

<sup>25</sup> Sentencia del *Landgericht* de Bochum de 7 de agosto de 2009 - 2 Qs 2/09 -.

<sup>26</sup> §§ 102, 105 StPO (*Strafprozessordnung*, Código de Procedimiento Penal).

Audiencia Provincial desestimó la denuncia y confirmó el auto que autorizaba el registro.

En el recurso de inconstitucionalidad la defensa alegó, entre otras cosas, que se había producido una infracción del derecho a la inviolabilidad del domicilio reconocido en la constitución alemana, porque el auto que autorizaba el registro era ilegal. Se argumentó que los indicios de criminalidad necesarios para iniciar una investigación penal y emitir una orden de registro no podían basarse en la información sustraída a un banco y obtenida de un CD. La defensa impugnaba la constitucionalidad del auto que autorizaba el registro, así como de las respectivas decisiones de los tribunales con base en tres motivos.

i) En primer lugar, la defensa invocó el Convenio europeo de asistencia judicial en materia penal, hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1959, y el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990. Advertía que el “robo” de los datos y la posterior compra del CD eran conductas contrarias a estos convenios y, por lo tanto, constituían una violación del Derecho internacional<sup>27</sup>. Se trataba de un hecho internacionalmente ilícito que vulneraba la soberanía de otro Estado en la medida en que las autoridades alemanas habían intervenido en el robo de los datos en territorio de Liechtenstein. La Audiencia Provincial de Bochum, sin embargo, dudaba de que los convenios mencionados tuvieran aplicación a este caso. A su juicio, el “robo” de los datos no podía ser atribuido a la República Federal de Alemania ya que no había sido cometido por un funcionario alemán, sino por un particular. No se cumplían así los requisitos establecidos en la Resolución 56/83 de la Asamblea General de la ONU sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, en especial en el art. 8 de la Resolución (atribución de la conducta dirigida o controlada por el Estado). La Audiencia Provincial adelantó el argumento adicional de que, incluso si los convenios internacionales hubiesen sido vulnerados en el presente caso, esto no daría lugar automáticamente a la inadmisibilidad de las pruebas. Sostuvo que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo Alemán (*Bundesgerichtshof*, BGH), la vulneración de un convenio internacional puede dar lugar a la inadmisibilidad de las pruebas. Sin embargo, eso solo ocurre si el uso de la prueba constituye una violación del convenio aplicable. En el presente caso, la Audiencia Provincial consideró que, de existir, ya se habría consumado la posible infracción de los acuerdos internacionales antes mencionados, de manera que el uso posterior de los datos en las investigaciones no constituía una violación independiente de los mismos.

ii) En segundo lugar, las defensas alegaron violaciones del Derecho público nacional. En concreto, pusieron en duda la autoridad de los servicios secretos alemanes (BND) para intervenir en el presente caso. Entendían que el BND, al comprar el CD, no había actuado dentro de su ámbito de autoridad, se había excedido de sus competencias, confinadas al ámbito de la política

---

<sup>27</sup> También en la doctrina alemana, HEINE, «Beweisverbote und Völkerrecht: Die Affäre Liechtenstein in der Praxis», *HRRS*, (10-12), 2009, pp. 541-544; TRÜG/HABETHA, «Die „Liechtensteiner Steueraffäre“ - Strafverfolgung durch Begehung von Straftaten?», *NJW*, 2008, p. 890; SCHÜNEMANN, «Die Liechtensteiner Steueraffäre als Menetekel des Rechtsstaats», *NSfZ*, 2008, p. 307; KELNHOFER/KRUG, «Der Fall LGT Liechtenstein - Beweisführung mit Material aus Straftaten im Auftrag des deutschen Fiskus?», *StV*, 2008, pp. 666-667; SCHWÖRER, «Schranken grenzüberschreitender Beweisnutzung im Steuer- und Strafverfahren», *wistra*, 2009, p. 457.

internacional y de seguridad, involucrándose en la persecución de delitos fiscales ordinarios<sup>28</sup>. Asimismo se alegaba que el BND había violado el principio de división de autoridad (*Trennungsgebot*), de acuerdo con el cual existe en Alemania una separación orgánica y funcional entre los servicios de inteligencia y las autoridades policiales. Los servicios de inteligencia solo pueden actuar para recopilar información de inteligencia, mientras que en este caso su conducta se dirigía a la obtención de pruebas para un proceso penal, algo que corresponde a las autoridades policiales. Con respecto a estos aspectos, la Audiencia Provincial de Bochum no entró en el tema y simplemente declaró que incluso aunque el BND hubiera violado el Derecho público nacional, ello no daría lugar a la inadmisibilidad de las pruebas.

iii) Por último, los recurrentes alegaron que el funcionario del BND que personalmente llevó a cabo la compra del CD cometió un delito de acuerdo con el Derecho penal alemán<sup>29</sup>. La Audiencia Provincial tampoco se pronunció sobre esta cuestión y simplemente declaró que la prueba era admisible incluso si hubiera sido obtenida mediante la comisión de un delito.

En su sentencia dictada el 9 de noviembre de 2010, el BVerfG resolvió el recurso de inconstitucionalidad, que consideró en parte inadmisibile y lo desestimó en cuanto al fondo<sup>30</sup>. A su juicio, la Constitución alemana no prohíbe en el caso analizado el uso de los datos obtenidos con el fin de establecer una sospecha inicial o indicio racional de criminalidad. El BVerfG coloca el presente caso en el contexto de su jurisprudencia y de la jurisprudencia del BGH. La cuestión a resolver no es la más difícil, que sería la consistente en determinar si los datos obtenidos ilegalmente pueden ser utilizados como prueba en el procedimiento penal (*Beweisverwertungsverbot*). Más bien la pregunta es si los datos obtenidos justifican legalmente el inicio de una investigación penal (*Vorauswirkung von Beweisverwertungsverböten*). El BVerfG enfatizó que no existe un principio constitucional que disponga que la recolección ilegal de pruebas suponga necesariamente la inadmisibilidad de las mismas en un procedimiento penal. Corresponde a los tribunales ordinarios determinar las consecuencias de dicha conducta ilegal y decidir si es motivo suficiente para la inadmisibilidad de la prueba. La respuesta a estas cuestiones depende de las circunstancias particulares del caso, sobre todo del carácter de la

---

<sup>28</sup> En este sentido, un sector de la doctrina alemana, HEINE, *HRRS*, (10-12), 2009, p. 541; HEINE, «Die Verletzung des Bankgeheimnisses. Neue Strafbarkeitsrisiken der Bank bei grenzüberschreitenden Sachverhalten», en EMMENEGGER (ed.), *Cross-Border Banking*, 2009, p. 186; SCHÜNEMANN, *NStZ*, 2008, pp. 305-308; TRÜG/HABETHA, «Beweisverwertung trotz rechtswidriger Beweisgewinnung – insbesondere mit Blick auf die „Liechtensteiner Steueraffäre“», *NStZ*, 2008, p. 489; KELNHOFER/KRUG, *StV*, 2008, pp. 664-665.

<sup>29</sup> Esta es la opinión, con matices, de un importante sector de la doctrina alemana. Cfr. SIEBER, «Ermittlungen in Sachen Liechtenstein – Fragen und erste Antworten», *NJW*, 2008, pp. 883-885; SCHÜNEMANN, *NStZ*, 2008, p. 308; TRÜG, «Steuerdaten-CDs und die Verwertung im Strafprozess», *StV*, 2011, pp. 112-115; TRÜG/HABETHA, *NStZ*, 2008, p. 489; TRÜG/HABETHA, *NJW*, 2008, pp. 888-890; IGNOR/JAHN, «Der Staat kann auch anders – Die Schweizer Daten-CDs und das deutsche Strafrecht», *JuS*, 2010, pp. 393-394; SPERNATH, «Strafbarkeit und zivilrechtliche Nichtigkeit des Ankaufs von Bankdaten», *NStZ*, 2010, p. 309; HEINE, *HRRS*, (10-12), 2009, p. 540; KELNHOFER/KRUG, *StV*, 2008, pp. 662-664. Muchos autores consideran que se ha cometido el delito contenido en el § 17 Sec. 2 *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (UWG). En contra de esta opinión, considerando que la compra del CD no es delito en Alemania, GÖRES/KLEINERT, «Die Liechtensteinische Finanzaffäre – Steuer- und steuerstrafrechtliche Konsequenzen», *NJW*, 2008, p. 1357.

<sup>30</sup> Señala el BVerfG que el registro de locales privados constituye una intervención manifiesta en el derecho a la inviolabilidad del domicilio garantizado por la Constitución alemana (art. 13 Sec. 1 GG). Tal injerencia sólo se justifica si la persona en cuestión es sospechosa de haber cometido un delito y si esta sospecha está basada en indicios racionales. Este requisito, señaló el BVerfG, se trató de manera razonable en las decisiones judiciales impugnadas.

prohibición legal infringida, de la gravedad de la infracción penal así como de los intereses en juego. Como consecuencia, la admisibilidad de las pruebas es la regla, y la inadmisibilidad es la excepción. Esto último sólo es aplicable cuando esté expresamente previsto o cuando en el caso en concreto existan razones o fundamentos superiores para hacerlo. Añadió que las pruebas son inadmisibles por razones constitucionales específicamente en dos casos: en primer lugar, cuando las normas procesales hayan sido infringidas manifiestamente, de forma deliberada y arbitraria y las garantías constitucionales hayan sido ignoradas sistemáticamente; en segundo lugar, cuando las pruebas o su uso afecte al núcleo duro de la vida privada.

El BVerfG sostuvo que las decisiones judiciales impugnadas no son objetables por motivos constitucionales y respondió a los argumentos de la defensa.

Con respecto a las presuntas vulneraciones del Derecho internacional, el BVerfG señaló que los tribunales ordinarios pueden legítimamente entender que en el presente caso no se dan los requisitos de imputación de la conducta delictiva a las autoridades del Estado alemán de acuerdo con lo establecido en los convenios internacionales. Por otra parte, consideró razonable lo indicado por la Audiencia Provincial en el sentido de que el uso de los datos “robados” no suponía una infracción independiente de los convenios internacionales, incluso si tales datos se hubieran obtenido en violación de los mismos. En cualquier caso, aunque se hubieran producido ambas violaciones, ni darían lugar a una vulneración específica de los derechos fundamentales ni serían arbitrarias.

En cuanto a las presuntas violaciones del Derecho nacional, el Tribunal Constitucional alemán recordó que los tribunales ordinarios habían admitido la alegación de los recurrentes acerca de que las conductas del BND y del funcionario competente podían haber vulnerado el Derecho público nacional y ser constitutivas de delito. Sin embargo, indicó, los tribunales ordinarios habían considerado correctamente que la prueba era admisible. Para fundamentar esta conclusión el BVerfG recurrió al examen de la naturaleza de los datos: dado que la información se refiere a los negocios o cuestiones económico-financieras y no a aspectos privados o íntimos, los recurrentes no pueden invocar el derecho al respeto de la vida privada y argumentar que la divulgación de los datos violó el núcleo duro de este derecho. En su explicación, se remontó a los eventos ocurridos antes de la compra del CD: recordó que el Código de Procedimiento Penal alemán es aplicable únicamente a las autoridades policiales, por lo que queda fuera la conducta de la persona física que “robó” los datos. Como consecuencia, tales datos son generalmente admisibles en las investigaciones posteriores o en los procedimientos judiciales. En cuanto a la presunta violación de la división del principio de autoridad, el tribunal reiteró las conclusiones de los tribunales ordinarios de que no fue el BND quien, como individuo privado, “robó” los datos, sino que fue el empleado del banco quien se dirigió voluntariamente al BND. El BND se limitó a recibir los datos y a entregarlos a las autoridades competentes como medida de asistencia administrativa (*Amtshilfe*).

Finalmente, el Tribunal Constitucional alemán concluyó que todas las consideraciones, argumentos y conclusiones hechas por los tribunales ordinarios eran admisibles y no contenían ninguna idea errónea constitucionalmente relevante. En particular, destacó que las violaciones

alegadas de la ley no daban lugar a infracciones manifiestas, intencionales y arbitrarias ni habían sido ignoradas sistemáticamente las garantías constitucionales.

### 3.3. Francia: la Sentencia de la *Cour de cassation* de 27 de noviembre de 2013

No es fácil de explicar la situación que existe en Francia en relación con los hechos relacionados con la “lista Falciani”. Recordemos que existen dos acontecimientos que llevan a las autoridades francesas al conocimiento de los datos de la lista. El primero es el envío directo de los datos por parte del empleado a las autoridades fiscales francesas. Este es quizás el que más problemas jurídicos plantea, pues se ha publicado la existencia de sospechas acerca de la eventual falsificación de algunos de los datos y la desaparición de datos de evasores fiscales contenidos en ellas cuando se encontraban en manos del fisco francés<sup>31</sup>. El segundo de los acontecimientos es el que se produce como consecuencia de la obtención legal de los datos por parte del fiscal de Niza y su posterior entrega al fisco francés. En efecto, las autoridades judiciales francesas accedieron al ordenador que contenía los datos durante un registro llevado a cabo en el domicilio del empleado en Francia ordenado por el fiscal de Niza. Todo esto en el contexto de una solicitud de asistencia judicial internacional emitida por las autoridades suizas. Por lo que vemos que el empleado no solo ha entregado de manera espontánea los datos a la justicia francesa, sino que los datos han sido también obtenidos porque Suiza ha solicitado la asistencia de Francia, lo que motivó el registro del domicilio del empleado y la incautación de los datos por la fiscalía de Niza. Estas listas han motivado que se hayan iniciado numerosos casos en los que se acusa por fraude fiscal a quienes se encuentran en ellas. Incluso el banco HSBC está siendo objeto de una investigación por blanqueo de capitales procedentes del delito fiscal cometido por banda organizada.

La situación, con todo, es confusa porque la Corte de Casación francesa (*Cour de cassation*, Tribunal Supremo) ha dictado sentencias contradictorias sobre el mismo tema, si bien en órdenes jurisdiccionales diferentes. Así, la División Mercantil de la Corte de Casación considera que la prueba obtenida de manera ilícita no puede ser utilizada en un procedimiento civil. Por su parte, la Sala de lo Penal de la Corte de Casación entiende que tales pruebas son válidas a efectos penales. Esta última decisión ha motivado ya condenas por delitos fiscales en este orden. Esta paradoja surge por razón del origen de los datos de evasores fiscales explicado anteriormente.

Recordemos que el empleado de un banco suizo había transmitido directamente a las autoridades francesas datos que había sustraído relativos a contribuyentes franceses que presuntamente habían cometido delitos fiscales. El juez de libertades y detención del Alto Tribunal de París (*juge des libertés et de la détention du Tribunal de Grande Instance de Paris*) había autorizado el registro de un domicilio mediante resolución de fecha 15 de Junio de 2010. Interpuesto recurso contra la orden de registro, el Presidente del Tribunal de Apelación de París<sup>32</sup> la anuló por razón de su irregularidad, entre otros motivos porque se trataba de la utilización de datos ilegales. La División Mercantil de la Corte de Casación confirmó el auto del Tribunal de Apelación de París

---

<sup>31</sup> Cfr., por ejemplo, «HSBC: 3.000 noms d'évadés fiscaux de la liste de Falciani ont disparu », noticia procedente de la agencia AFP publicada en *Les Echos* el 21 de enero de 2014 (disponible online en [http://www.lesechos.fr/21/01/2014/lesechos.fr/0203259805699\\_hsbc---3-000-noms-d-evades-fiscaux-de-la-liste-de-falciani-ont-disparu.htm](http://www.lesechos.fr/21/01/2014/lesechos.fr/0203259805699_hsbc---3-000-noms-d-evades-fiscaux-de-la-liste-de-falciani-ont-disparu.htm); fecha de consulta: 22.07.2015).

<sup>32</sup> CA Paris, ord., 8 de febrero de 2011, núm. 101-450.

de 8 de febrero de 2011 anulando el registro domiciliario, puesto que los documentos aportados por la administración tributaria tenían un origen ilícito ya que procedían de los archivos robados al banco HSBC. La nulidad se decretó a pesar de que los ficheros habían sido comunicados a la Dirección General de Impuestos por el fiscal de la República<sup>33</sup>. El tribunal sostuvo que el hecho de que la documentación hubiera sido remitida por la Fiscalía no purgaba en el proceso civil el vicio inicial de las pruebas obtenidas de manera ilícita. Por lo que el posterior descubrimiento de los datos por parte de la fiscalía de Niza no sirve para blanquear la prueba ilícita inicial.

Pero la situación ha ido evolucionando hasta el punto de que, pese a esta inicial resolución, se han producido condenas penales por fraude fiscal dictadas por la 11 Sala del Tribunal Correccional de París con base en las informaciones contenidas en los ficheros entregados por el antiguo empleado del banco suizo. Durante el proceso ante este tribunal, se cuestionó entre otras cosas la veracidad de las informaciones entregadas por el empleado del banco y se alegó asimismo que las mismas han sido manipuladas. A juicio de la Sala, las informaciones obtenidas del tratamiento de los datos sustraídos por el empleado infiel no convierten dichas pruebas en ilícitas. Pues bien, ha sido la Sala de lo Penal de la Corte de Casación, mediante sentencia de 27 de noviembre de 2013,<sup>34</sup> la que finalmente ha decidido que tales informaciones pueden utilizarse como prueba. La *Direction générale des finances publiques d'Ile-de-France* interpuso una denuncia penal contra un ciudadano francés que tenía como base la lista de datos sustraída por el empleado del banco suizo. El acusado recurrió su imputación alegando que la lista había sido obtenida de manera ilegal y, especialmente, con la intervención de la administración tributaria francesa. Reprocha a la agencia tributaria francesa el haber, en el mejor de los casos, alentado o inducido a actuar al empleado del banco y, en el peor, haber planeado con él su actuación. Para ello, se basa en dos informes de la Policía Federal Suiza que indican que existieron contactos entre el empleado y la Dirección Nacional de Investigaciones Tributarias (DNEF) antes del robo de datos. La sala del Tribunal de París no niega la relación entre el empleado y los servicios de la DNEF, pero añade: los informes [de la policía suiza] aportados por la defensa no dicen y no dejan presumir que la DNEF haya obtenido los archivos robados o que esa era su intención antes de que el empleado se decidiera a actuar. Pues bien, la Sala de lo Penal de la Corte de Casación ha concluido este procedimiento resolviendo que los datos informáticos contenidos en los archivos que se cuestionan no constituyen actas o documentos susceptibles de ser anulados<sup>35</sup>, sino que son medios de prueba que han sido sometidos a un debate contradictorio. Además, la sentencia indica que “los jueces [...] consideran que la autoridad pública no ha intervenido en la fabricación, confección u obtención de los datos en cuestión, que provienen de una investigación llevada a cabo de manera regular”.

Con todo, el debate sigue abierto en Francia. El Consejo Constitucional<sup>36</sup> (*Conseil constitutionnel*) – que se pronuncia en Francia sobre el cumplimiento de la Constitución por las leyes– no se muestra muy favorable con el hecho de que el fisco francés utilice las listas robadas al banco para perseguir a los evasores fiscales. Con motivo de la Ley sobre la lucha contra la evasión fiscal y la

---

<sup>33</sup> De conformidad con el art. L. 101 del Código de procedimiento tributario.

<sup>34</sup> Corte de Casación (Sala Penal), Sentencia de 27 de noviembre de 2013.

<sup>35</sup> De conformidad con el art 170 del Código de Procedimiento Penal francés.

<sup>36</sup> Decisión núm. 2013-679 DC de 4 de diciembre de 2013.



gran delincuencia económica y financiera, el Consejo Constitucional hace una “reserva de interpretación” a dos artículos (el 37 y el 39) con relación a la capacidad de las autoridades fiscales o aduaneras de utilizar “la información que reciben en los procedimientos tributarios y aduaneros, incluso cuando dicha información es de origen ilegal”. El Consejo Constitucional considera “que estos artículos no bastan para permitir a los servicios tributarios y aduaneros que utilicen los documentos o los documentos obtenidos por una autoridad administrativa o judicial en condiciones ulteriormente declaradas ilegales por el juez.”<sup>37</sup>

### 3.4. Italia

Italia también ha recibido la denominada “lista Falciani” de manos de las autoridades tributarias francesas, con información de unos seis mil italianos presuntos titulares de cuentas en el banco HSBC de Suiza. La información de que dispone la administración tributaria italiana ha sido obtenida de la administración tributaria francesa a través de los canales de colaboración internacional. A partir de ahí se ha generado un enorme debate acerca de la admisibilidad como prueba de los datos de la lista, tanto a efectos tributarios como penales.

En el orden penal el Juez de Instrucción de Pinerolo (*Giudice per le Indagini Preliminari di Pinerolo*), mediante resolución de 4 de octubre de 2011, consideró que la lista Falciani no podía ser utilizada en el proceso penal como prueba documental porque los documentos se habían formado mediante una recolección ilegal de informaciones. Los documentos reproducían la información procedente de los archivos contenidos en un sistema informático reservado que habían sido ilícitamente sustraídos<sup>38</sup>.

Esta postura inicial de 2011 ha sido revertida por el Tribunal Supremo italiano, en la sentencia no. 38753/2012. En ella respaldó la decisión tomada por el Juez de Instrucción del *Tribunale di Como*<sup>39</sup>, en el auto en el que resolvía la alegación de la defensa relativa a la necesidad de invalidar y destruir los documentos aportados como prueba porque habían sido obtenidos de forma ilegal. El juez de Como rechazó esta alegación porque del expediente del caso no se podía concluir con certeza que hubiera podido haber una obtención ilegal de los documentos. Asimismo observó que una posible obtención ilícita en el extranjero no implicaba de manera automática la ilicitud de la obtención de los datos por las autoridades fiscales italianas a través de los procedimientos de cooperación internacional. El acusado recurrió el auto ante la Corte Suprema con base esencialmente en dos argumentos: por un lado, la inobservancia y errónea aplicación de las normas procesales italianas y, por otro, la existencia de una contradicción y una motivación manifiestamente ilógica en aquel. Señalaba, entre otras cosas, que parecía que el Tribunal de Como consideraba que las normas relativas a la cooperación internacional en esta materia producían un efecto curativo de la enfermedad que infectaba a la prueba, al haber sido obtenida de manera ilícita en el extranjero. El Tribunal de Casación italiano respondió a estas alegaciones.

i) En cuanto a la alegación relativa a la violación de la legislación procesal, explica el tribunal que los hechos enjuiciados son consecuencia de la transmisión de datos y noticias adquiridas por la

---

<sup>37</sup> *Ibidem*.

<sup>38</sup> Sobre esta sentencia, cfr. VITALE/DE VITA/LOPERFIDO/SALPIETRO/GIOVE, *Le nuove indagini finanziarie*, 2013, p. 155.

<sup>39</sup> Auto núm. 39/2012, de 16 de febrero.

administración fiscal francesa a través de los canales de la colaboración internacional en materia fiscal. De los documentos transmitidos de este modo se deduce la existencia de bienes en el banco correspondiente cuya titularidad pertenece al acusado. De ello el auto concluye que las sumas depositadas en el extranjero procedían de rentas sustraídas a la imposición fiscal en Italia, hechos constitutivos de delito fiscal. Así reconstruida la historia, entiende el tribunal que no existe vulneración de las normas procesales relativas a la exclusión de la prueba porque esta no ha sido excluida, si bien existe la posibilidad de que en el juicio oral se consideren no admisibles los documentos por haber sido obtenidos de manera ilícita. ii) En cuanto a la supuesta contradicción y manifiesta falta de lógica de la motivación, recuerda que no es tarea del Alto Tribunal volver a valorar los hechos, sino atender a la coherencia estructural de la decisión de la que se deduce si la argumentación ha sido lógica y objetiva. Pues bien, la argumentación del juez de primera instancia existe y no hay nada contradictorio o ilógico, ya que ha considerado únicamente la documentación que se encuentra en los documentos presentes en los autos y ha excluido otros cuestionados. Y sobre la base de estas consideraciones el tribunal decidió que no se tiene la certeza de la ilegalidad de la obtención de la prueba en el extranjero.

Por último, no podemos dejar de mencionar que en el ámbito tributario se han producido resoluciones contradictorias. Algunas han optado por excluir la prueba por su origen ilícito al proceder del robo en un banco y han ordenado la destrucción de las informaciones contenidas en la lista Falciani<sup>40</sup>. Más recientemente parece que las resoluciones de los tribunales provinciales se inclinan por admitir la legalidad de la lista<sup>41</sup>.

### 3.5 Los Países Bajos

Los Países Bajos recibieron información de las autoridades belgas en el marco del asunto KB Lux<sup>42</sup>.

Los tribunales holandeses parten de la regla de la no indagación o supervisión (*rule of non-inquiry*). De acuerdo con la misma, el Estado que recibe la prueba no investiga ni supervisa la forma en la que ha sido obtenida por el Estado del que proviene. Se exceptúan de esta regla aquellos supuestos en los que existan indicios importantes de que las pruebas se hayan obtenido de manera ilícita en el Estado de origen. Esta sospecha motivó que durante los procesos que se iniciaron en los Países Bajos contra presuntos evasores fiscales cuyos nombres aparecían en las informaciones sustraídas, las autoridades judiciales neerlandesas hubieran solicitado a las belgas

---

<sup>40</sup> *Commissione Tributaria Provinciale* (en adelante CTP) de Verbania, Sentencia núm. 47/2/2012, de 25 de noviembre de 2012; CTP de Mantova, Sentencia núm. 137/1/2010, de 27 de mayo de 2010; CTP de Como, Sentencia núm. 188/1/2011, de 15 de noviembre de 2011; CTP de Reggio Emilia, Sentencia núm. 1981/1/2012, de 18 de mayo de 2012; CTP de Varese, Sentencia núm. 29/1/2013, de 29 de enero de 2013; CTP de Avellino, Sentencias núm. 222/5/2012 y 224/5/2012, de 31 de enero de 2012; CTP de Lecco, Sentencias núm. 93/3/2013, de 15 de julio de 2013, y 175/1/2012, de 11 de diciembre de 2012; CTP de Milán, Sentencias núm. 236/5/2012, de 4 de octubre de 2012, y 196/25/2012, de 6 de noviembre de 2012; CTP de Verbania, Sentencia núm. 15/1/2013, de 21 de febrero de 2013; *Commissione Tributaria Regionale* (CTR) de Lombardía, Sentencia núm. 11/20/2013, de 28 de enero de 2013, CTR de Umbría, Sentencia núm. 141/1/2013 de 28 de octubre de 2013.

<sup>41</sup> CTP de Génova, Sentencia núm. 193/4/2012, de 5 de junio de 2012; CTP de Treviso, Sentencias núm. 64/1/2012, de 5 de junio de 2012, y 59/5/2012, de 10 de julio de 2012.

<sup>42</sup> Buena parte de la información ha sido obtenida de los trabajos de VAN KAMPEN/DE RIJKE, *EC Tax Review*, (17-5), 2008, pp. 229 y ss.; VAN HOEK/LUCHTMAN, «Transnational cooperation in criminal matters and the safeguarding of human rights», *Utrecht Law Review*, (1-2), 2005, pp. 1 ss.

asistencia mutua en materia penal en relación con las informaciones enviadas. Se rechazó la colaboración internacional por las autoridades belgas con base en el art. 2 (alegando que la ejecución de la solicitud podría causar perjuicio a la soberanía, la seguridad, el orden público u otros intereses esenciales del país) del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1959.

Lo que ocurre es que los tribunales holandeses han interpretado la regla de la no indagación o supervisión de diferentes maneras, lo que ha motivado resoluciones contradictorias en el marco del asunto KB Lux. En efecto, mientras que algunos han admitido la legalidad de la obtención de la prueba, otros consideran que es ilícita y que no puede ser admitida.

En el orden penal destacan, por un lado, las decisiones de los tribunales de Breda y Ámsterdam, que rechazan la admisibilidad de las pruebas procedentes de las autoridades belgas. El Tribunal de Breda<sup>43</sup> resolvió que no estaba claro si las autoridades belgas habían violado el derecho de defensa reconocido en el CEDH, por lo que no cabe excluir que pudieran haber sido menoscabados los derechos del sospechoso holandés. A pesar de que las autoridades neerlandesas podían confiar en la regla de no indagación sobre la información “espontáneamente” intercambiada por las autoridades belgas, esto no significaba que las microfichas pudieran ser utilizadas como pruebas incuestionables. El Tribunal de Breda absolvió al sospechoso, señalando que había indicios poderosos (*aanwijzingen krachtige*) que sugerían que las autoridades belgas habían obtenido ilegalmente la prueba. A ello había que añadir que no se pudo determinar o trazar el origen de la microficha y que las autoridades belgas no pudieron proporcionar mayores aclaraciones al respecto, por lo que la decisión fue que la microficha era inadmisibles. Por su parte, el Tribunal de Ámsterdam<sup>44</sup> ordenó una investigación sobre la manera en que se obtuvieron las microfichas en Bélgica. El tribunal, con base en los argumentos de la defensa, consideró que existían indicios fuertes (*aanwijzingen Sterke*) de que las microfichas fueron obtenidas de manera ilegal. Por lo que al no ser de aplicación la regla de la no indagación ordenó al Fiscal que informase de la manera exacta en la que las autoridades belgas habían obtenido la microficha y también si las autoridades policiales, la fiscalía u otros funcionarios neerlandeses habían tenido algún conocimiento antes, durante o después de la conclusión de la investigación holandesa –a través de contactos informales con colegas extranjeros– de la manera en que las autoridades judiciales belgas habían obtenido la información de la cuenta bancaria reflejada en la microficha, y en caso afirmativo, en qué medida y cuándo. Esta información no se pudo conocer porque el caso finalmente fue sobreseído dado que el acusado falleció durante el juicio.

Por otro lado, y frente a lo anterior, los Tribunales de Alkmaar<sup>45</sup>, Groninga<sup>46</sup> y La Haya<sup>47</sup> entienden que son admisibles como prueba en el proceso penal las informaciones que proceden de las autoridades belgas, algo que ha sido confirmado también por el Tribunal Supremo neerlandés. Los Tribunales de Alkmaar, Groninga y La Haya parten de la idea de que la norma de la no indagación deja de surtir efectos sólo si hay indicios graves o fuertes (*aanwijzingen Sterke*)

---

<sup>43</sup> Tribunal del Distrito Judicial de Breda, 11 de diciembre de 2003, LJN AN 9917 y LJN AN9922.

<sup>44</sup> Tribunal del Distrito Judicial de Ámsterdam, 12 de septiembre de 2002, LJN AE7569.

<sup>45</sup> Tribunal del Distrito Judicial de Alkmaar, 19 de febrero de 2004, LJN AO5509, caso núm. 14.060137-02.

<sup>46</sup> Tribunal del Distrito Judicial de Groninga, 16 de octubre de 2003, LJN AM1882.

<sup>47</sup> Tribunal del Distrito Judicial de la Haya, 5 de noviembre de 2004, LJN AR5709.

de que se ha vulnerado el CEDH y, como consecuencia, de que se han violado los derechos de los acusados. Pues bien, los tribunales determinaron que no había indicios de graves violaciones de derechos humanos porque las investigaciones en Bélgica habían sido dirigidas contra sospechosos belgas y, por lo tanto, los intereses de los sospechosos holandeses no fueron afectados en modo alguno por las acciones de las autoridades belgas. Por otra parte, tampoco hubo ninguna indicación de que las autoridades holandesas hubieran participado en las supuestas irregularidades de las autoridades belgas. Para llegar a esta conclusión, los tribunales aplicaron el denominado principio *Schutznorm*, de acuerdo con el cual un tribunal sólo lleva a cabo una investigación completa sobre el ámbito de protección de una norma específica del CEDH si existen indicios graves de que el comportamiento del Estado es ilegal. Y como no existían tales indicios, las informaciones contenidas en las microfichas podían ser utilizadas como prueba. El Tribunal de Apelación de Ámsterdam adoptó una postura similar sobre la admisibilidad de las microfichas, si bien archivó el caso porque la microficha sólo contenía información a 31 de enero 1994, pero no había pruebas de que los sospechosos tuvieran cuentas en el KB Lux en los años 1996 y 1997 que eran los que se podían enjuiciar<sup>48</sup>. En otro fallo, el Tribunal de Apelación de Ámsterdam confirmó la aplicación del principio *Schutznorm*, pero absolvió al sospechoso sobre la base de que los contenidos de la microficha no eran suficientes para demostrar legalmente y de forma convincente que el sospechoso hubiera evadido impuestos<sup>49</sup>. El Tribunal de Apelación de Bolduque<sup>50</sup> decidió de la misma manera y hay que señalar que en ambos casos los sospechosos habían negado desde el principio ser titulares de una cuenta. El Tribunal Supremo de los Países Bajos (*Hoge Raad*), mediante sentencia de 14 de noviembre de 2006<sup>51</sup>, confirmó lo resuelto por los tribunales en Alkmaar, Groninga y La Haya. En su sentencia, el Tribunal Supremo admitió que son admisibles como prueba en el orden penal las informaciones transmitidas por las autoridades belgas en el marco del asunto KB Lux. A su juicio, no hay prueba de que los funcionarios gubernamentales estuvieran involucrados en el robo o malversación de los documentos del banco KB Lux, ni de que los funcionarios incitaran o facilitaran la conducta fraudulenta del antiguo empleado del banco KB Lux.

Esta opinión ha sido confirmada por la sección encargada de los asuntos tributarios del Tribunal Supremo neerlandés<sup>52</sup>, refiriéndose explícitamente a la sentencia de la sección de lo penal. La sección de lo tributario confirmó la opinión del Tribunal de Apelación Fiscal de Ámsterdam<sup>53</sup> relativa a que no debe admitirse el uso de las microfichas por las autoridades fiscales neerlandesas si han sido obtenidas en contravención de lo que puede esperarse de un gobierno que actúa de manera decente o adecuada (*behoorlijk handelende overheid*), supuesto en el que el uso de la información debe ser considerado inadmisibles en todas las circunstancias. En el caso analizado, por contra, la sección de lo tributario coincidió con la opinión del Tribunal de Apelación en que no concurrían tales circunstancias debido a que las autoridades holandesas actuaron correctamente en la obtención de las pruebas. El Tribunal de Apelación había señalado que la conclusión sería distinta si las autoridades belgas hubieran robado la microficha del banco,

<sup>48</sup> Tribunal de Apelación de Ámsterdam, 30 de septiembre de 2005, LJN AU3605.

<sup>49</sup> Tribunal de Apelación de Ámsterdam, 28 de febrero de 2006, LJN AZ7658.

<sup>50</sup> Tribunal de Apelación, 31 de octubre de 2006, LJN AZ3533.

<sup>51</sup> Tribunal Supremo holandés, 14 de noviembre de 2006, NJ 2007.

<sup>52</sup> Tribunal Supremo holandés, 21 de marzo de 2008, LJN BA8179.

<sup>53</sup> Tribunal de Apelación de Ámsterdam, 18 de enero de 2006, NTFR 2006/126.

pero, según el Tribunal de Apelación, esto no podía deducirse de la prueba practicada. El *Hoge Raad* señala que no hay ninguna razón para que las autoridades neerlandesas puedan pensar que al hacerlo estarían violando los derechos humanos de las personas perseguidas por vía fiscal: “El Tribunal considera que si los delitos no fueron cometidos por los propios investigadores, sino por terceros, esto no afecta a la regularidad de las pruebas obtenidas”<sup>54</sup>.

Vemos aquí la paradoja de que con las mismas pruebas y en el mismo caso las autoridades judiciales neerlandesas han admitido finalmente que las pruebas son lícitas y legales, mientras que los tribunales belgas las han excluido.

#### **4. La admisibilidad de la prueba extranjera obtenida ilícitamente: la regla de no indagación o supervisión (rule of non-inquiry) y el “blanqueo” de la prueba ilícita**

En los casos analizados se transfieren los datos de los presuntos evasores fiscales de un país a otro. La duda que surge es si la información puede ser utilizada como prueba en los procesos penales iniciados en el Estado receptor por los eventuales delitos fiscales cometidos. El tema de la admisibilidad de la prueba extranjera, haya sido lícita o ilícitamente obtenida, es una cuestión que resuelve cada Estado a su manera. En este sentido, el propio TEDH ha señalado de manera reiterada que no le corresponde pronunciarse sobre la admisibilidad en juicio de las pruebas supuestamente ilícitas. Esta cuestión no se encuentra recogida en el CEDH y, por tanto, es una decisión que han de adoptar los tribunales nacionales de los países signatarios. Es más, de acuerdo con el TEDH, no se puede excluir en principio y en abstracto que sea admisible una prueba conseguida de manera ilegal<sup>55</sup>. Lo que se ha de valorar es si el proceso, en su conjunto, fue un proceso justo<sup>56</sup>, lo que requiere analizar las circunstancias concurrentes en cada caso en el que se sopesan los intereses en juego (*balancing* o ponderación)<sup>57</sup>.

Un gran número de países aplica la regla de la no indagación o supervisión cuando se trata de la admisibilidad de las pruebas obtenidas por la vía de la cooperación judicial internacional. De acuerdo con esta regla, el Estado que recibe la prueba no investiga ni supervisa la forma en la que ha sido obtenida por el Estado que la envía<sup>58</sup>. Es una regla que procede de la extradición, pero que hoy día se emplea también en otras formas de cooperación internacional. Por lo que los tribunales nacionales aceptan como regla general que las autoridades extranjeras reúnen regularmente las pruebas de acuerdo con su legislación (*locus regit actum*).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo español ha reiterado en varias ocasiones que los

---

<sup>54</sup> Sobre lo que dice el Tribunal neerlandés cfr. el artículo de Stephen G. Hürner, «Le Hoge Raad der Nederlanden et l'affaire K.B. Lux», publicado en *Tax-Advisers* el 29 de marzo de 2008 (disponible online en <http://www.tax-advisers.be/fr/node/62>; fecha de consulta: 22.07.2015).

<sup>55</sup> STEDH (Pleno) *Schenk v. Switzerland*, núm. 10862/84, de 12 de julio de 1988; STEDH (Sección 3ª) *Khan v. the United Kingdom*, núm. 35394/97, de 12 de mayo de 2000.

<sup>56</sup> SSTEDH *Schenk v. Switzerland*, núm. 10862/84, § 46; *García Ruiz v. Spain*, núm. 30544/96, § 28, 21 de enero de 1999.

<sup>57</sup> Sobre esta cuestión, cfr. SÁNCHEZ YLLERA, «La aparente irrelevancia de la prueba ilícita en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos», *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, (14), 2013, pp. 230 ss.

<sup>58</sup> Cfr. BACHMAIER WINTER, «Transnational Criminal Proceedings, Witness Evidence and Confrontation: Lessons from the ECtHR's Case Law», *Utrecht Law Review*, (9-4), 2013, p. 139.

tribunales españoles no pueden erigirse en custodios de la legalidad de las actuaciones efectuadas en otro país de la Unión Europea, ni someter dichas pruebas al contraste con la legislación española<sup>59</sup>. No procede, dice el TS, la que denomina facultad de “supervisión”<sup>60</sup>. El Alto Tribunal ha recurrido al art. 3 del Convenio europeo de asistencia judicial en materia penal, que dispone que la legislación del país en el que se practican u obtienen las pruebas debe regir en cuanto al modo de practicarlas u obtenerlas en la forma que establezca su legislación<sup>61</sup>. Con todo, existen otras resoluciones que prescinden de la regla de la no indagación o supervisión y proceden a realizar un examen de la adecuación de las pruebas obtenidas en virtud de una comisión rogatoria, bien confrontándola con la normativa internacional reguladora de la asistencia judicial internacional<sup>62</sup>, o bien haciendo referencia a la necesidad de comprobar la regularidad de la obtención de la prueba conforme a la legalidad vigente en el país requerido<sup>63</sup>.

También los tribunales alemanes admiten la prueba practicada en el extranjero, incluso si no cumple con sus propios criterios nacionales. Así, el Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof*) entiende que la prueba extranjera puede ser admisible en el proceso incluso si ha sido obtenida de acuerdo con la legislación procesal extranjera y no con la alemana. Ahora bien, como compensación, el juez debe tener en cuenta este dato en el momento de valorar la prueba y, de ser necesario, darle menos crédito a la misma<sup>64</sup>. Por ejemplo, en 2010, el Tribunal Supremo alemán aprobó la lectura ante el tribunal de la declaración de un testigo que había sido realizada sin presencia de su abogado durante un interrogatorio realizado en Turquía, aunque dicha declaración hubiera sido excluida si se hubiera producido en Alemania<sup>65</sup>. La declaración de culpabilidad fue confirmada por el Tribunal Supremo debido a que el Tribunal de Primera Instancia había evaluado la declaración del testigo con especial precaución y porque había otras pruebas que apuntaban a la culpabilidad del acusado. Además, el Alto Tribunal alemán razonó que, como las autoridades alemanas habían enviado una solicitud para la presencia del abogado del acusado durante la entrevista, no debe hacerse responsable de si las autoridades turcas obstaculizaron la defensa<sup>66</sup>.

Tradicionalmente se alude a tres razones principales<sup>67</sup> que justifican la aplicación del principio de

---

<sup>59</sup> Cfr. sobre la situación jurisprudencial SÁNCHEZ SISCART, «Prueba practicada en el extranjero: ¿debe controlarse su validez?», *Jueces para la Democracia*, (1), 2012, Especial, pp. 34-37.

<sup>60</sup> Cfr., entre otras, las STS 1281/2006, de 27 de diciembre; STS 19/2003, de 10 de enero; STS 480/2009, de 22 de mayo; STS de 5 de mayo de 2003; STS 1521/2002, de 25 de septiembre.

<sup>61</sup> Cfr., entre otras, las SSTS 382/2000, de 8 de marzo; 259/2005, de 4 de marzo; 733/2013, de 8 de octubre.

<sup>62</sup> Así, las SSTS de 21 de diciembre de 1999 (caso Roldán); y de 13 de diciembre de 2001 (caso Comando Araba).

<sup>63</sup> STS de 3 de marzo de 2000.

<sup>64</sup> Informa de esto SCHÜNEMANN, «Solution Models and Principles Governing the Transnational Evidence-Gathering in the EU», en RUGGERI (ed.), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe. Developments in EU Legislation and New Challenges for Human Rights-Oriented Criminal Investigations in Cross-border Cases*, 2014, p. 163.

<sup>65</sup> La jurisprudencia más importante en la materia procede del BGH, Sentencia de 29 de octubre de 1992 - 4 StR 126/92; cfr. también BGH, Sentencias de 12 de enero de 1996 - 5 StR 756/94; y de 21 de mayo de 1996 - 1 StR 154/96.

<sup>66</sup> Cfr. BGH, Sentencia de 17 de marzo de 2010 - 2 StR 397/09. Como explica GLESS, «Transnational Cooperation in Criminal Matters and the Guarantee of a Fair Trial: Approaches to a General Principle», *Utrecht Law Review*, (9-4), 2013, p. 95.

<sup>67</sup> Cfr. BACHMAIER WINTER, *Utrecht Law Review*, (9-4), 2013, p. 139.

no indagación o supervisión<sup>68</sup>: en primer lugar, el argumento clásico de respetar la soberanía del Estado cooperador; en segundo lugar, una razón más pragmática, como la imposibilidad fáctica de comprobar si la solicitud de cooperación se ha cumplido de acuerdo con la legislación del Estado de ejecución; y en tercer lugar, el principio de confianza mutua que existe normalmente entre Estados que comparten principios y normas jurídicas comunes<sup>69</sup>.

Ahora bien, hoy día se pueden relativizar claramente estos tres fundamentos, sobre todo cuando hablamos del espacio de libertad, seguridad y justicia creado en la UE<sup>70</sup>. La regla de la no indagación o supervisión se centra exclusivamente en la perspectiva de las autoridades del Estado que recibe la prueba extranjera. El juez del Estado que recibe la prueba debe garantizar que ha sido obtenida legamente y, lo que es esencial en este ámbito, que resulta salvaguardado el derecho a un juicio justo de acuerdo con el CEDH. El concepto clásico de soberanía del Estado queda relegado a un segundo plano cuando se trata del respeto de los derechos humanos y del cumplimiento del CEDH, que obliga al Estado receptor de la prueba a comprobar si el Estado de origen los ha respetado. Y esto no debería ser difícil en el ámbito de la UE, donde el juez de un Estado debería estar en condiciones de verificar si la prueba extranjera ha sido conseguida en cumplimiento de las normas del Estado que la practica. En el espacio de libertad, seguridad y justicia, a falta de normas armonizadas sobre admisibilidad de la prueba, ha de ser posible comprobar si la prueba cumple con el Derecho tanto del Estado de foro como del Estado que la obtiene. De hecho, se debería poder solicitar al Estado extranjero que describa la manera en la que se ha logrado la prueba<sup>71</sup>.

El argumento de la confianza mutua puede ser entendido de diversas maneras y, por ello, parecer contradictorio<sup>72</sup>. Por un lado, está en línea con el principio de reconocimiento mutuo cuando se entiende como motivo para no controlar los actos del Estado que practica la prueba y admitir así la misma sin supervisión adicional. Como este principio es el elemento clave de la cooperación judicial en la UE, parece que desde este punto de vista la regla de la no indagación o supervisión no solo debería ser aceptada sino que incluso debería ser reforzada. La confianza mutua normalmente existe entre las autoridades judiciales o las instituciones estatales. Sin embargo, esta confianza no se predica necesariamente de la defensa del acusado, cuya función de defensa no es confiar, sino comprobar el cumplimiento de la ley y asegurar que los derechos del acusado resultan efectivamente garantizados<sup>73</sup>. Lo que ocurre es que la regla de la no indagación

---

<sup>68</sup> El *fundamento* de esta regla es diverso en los Estados Unidos y en Europa. En los Estados Unidos a menudo se concibe como una consecuencia directa de la división de poderes entre el ejecutivo y el judicial. La cooperación penal internacional forma parte de la política exterior por lo que es un asunto competencia del ejecutivo (el Presidente o el Secretario de Estado en su nombre). Por lo tanto, los tribunales no deberían - por regla general - entrar a valorar cuestiones relativas a la legitimidad de los actos de las autoridades extranjeras. Esto no significa, sin embargo, que ese tipo de cuestiones no se aborden en absoluto. Son, por el contrario, llevadas a cabo por los poderes ejecutivos, que se considera que están mejor equipados para este tipo de investigación. VAN HOEK/LUCHTMAN, *Utrecht Law Review*, (1-2), 2005, pp. 2-3.

<sup>69</sup> Cfr. BACHMAIER WINTER, *Utrecht Law Review*, (9-4), 2013, p. 139.

<sup>70</sup> *Ibidem*.

<sup>71</sup> Además, como señala BACHMAIER WINTER, *Utrecht Law Review*, (9-4), 2013, p. 140, muchos códigos procesales de los Estados miembros UE están accesibles online en diversos idiomas.

<sup>72</sup> Como indica BACHMAIER WINTER, *Utrecht Law Review*, (9-4), 2013, p. 140.

<sup>73</sup> Cfr. BACHMAIER WINTER, «European Investigation Order for obtaining evidence in the criminal proceedings: study of the Proposal for a European Directive», *ZIS*, 2010, p. 586.

o supervisión –y también el principio de confianza mutua– impide a la defensa comprobar y detectar posibles vulneraciones de los derechos de la defensa durante la obtención de la prueba. En otras palabras, si el argumento de la confianza mutua se valora desde la perspectiva del derecho de defensa, se debería repensar el principio de no indagación o supervisión<sup>74</sup>.

Si se aplica la regla de la no indagación o supervisión a los casos aquí analizados, la consecuencia es que el Estado que recibe la lista o la documentación con la información financiera de presuntos evasores fiscales por el cauce de la cooperación judicial internacional no va a supervisar si ha sido obtenida de manera lícita o regular en el Estado que la remite. Por lo que, aunque la información bancaria tenga origen ilícito (por vulnerar derechos fundamentales), esta ilicitud desaparece porque ha sido entregada a las autoridades españolas por vías lícitas (asistencia mutua en materia fiscal). De esta manera, la licitud de la transmisión de la prueba produce un “blanqueo” de la misma, que hace desaparecer la mancha de ilicitud que portan los datos (y también todo rastro de irregularidad, de haberlo). Esto, desde luego, es claramente discutible, sobre todo si han sido vulnerados los derechos humanos en el momento de la adquisición de la prueba. Sería como admitir la utilización en un proceso penal de una información obtenida mediante tortura en otro país, que ha sido introducida en el proceso penal por los cauces de la cooperación internacional. Desde luego que esto no es admisible en ningún caso. Por lo que la regla de la no indagación o supervisión puede plantear problemas con relación al respeto de los derechos humanos de los acusados de delitos fiscales. El TEDH ha señalado que, si bien no le corresponde determinar, como cuestión de principio, qué tipos concretos de pruebas pueden ser admitidas, sí que es competente para determinar si el procedimiento en su conjunto fue justo, incluida la forma en que se obtuvo la prueba<sup>75</sup>.

Recordemos asimismo que en los casos de asistencia judicial mutua, el TEDH considera que el criterio aplicable es el de evitar que los ciudadanos sufran o corran el riesgo de sufrir una denegación flagrante del derecho a un juicio justo en el Estado que solicita la cooperación<sup>76</sup>. Esto significa que los Estados disponen de un cierto margen de apreciación dentro del cual se les permite intercambiar información sin violar las garantías que proporciona el art. 6 CEDH. Por lo que el contribuyente acusado de delito fiscal debe acreditar la existencia de circunstancias específicas que apunten a una posible infracción de tales garantías (esencialmente el derecho de defensa). Si el acusado logra hacerlo, es probable que se considere que el Estado ha vulnerado el art. 6 CEDH<sup>77</sup>. Por otra parte, en el caso Echeverri Rodríguez c. los Países Bajos el TEDH dictaminó que, en la etapa de la investigación, el CEDH no se opone a que se confíe en la información obtenida por las autoridades extranjeras. No obstante, agregó que el posterior uso de dicha información puede ser cuestionable en relación con el CEDH si hay razones para suponer que la investigación extranjera no ha respetado los derechos de la defensa. En definitiva, es necesario en todo caso justificar que existen indicios de vulneración de los derechos del acusado

---

<sup>74</sup> Cfr. BACHMAIER WINTER, *Utrecht Law Review*, (9-4), 2013, p. 140.

<sup>75</sup> Cfr., entre otras muchas, STEDH *Bykov v. Russia [GC]*, núm. 4378/02, § 90, de 10 de marzo de 2009; *Lee Davies v. Belgium*, núm. 18704/05, § 42, de 28 de julio de 2009.

<sup>76</sup> Cfr., por ejemplo, STEDH *Soering v. United Kingdom*, núm. 14038/88, §113, de 7 de julio de 1989. También STEDH *Drozd and Janousek v. France and Spain*, núm. 12747/87, § 110, de 26 de junio de 1992.

<sup>77</sup> VAN KAMPEN/DE RIJKE, *EC Tax Review*, (17-5), 2008, p. 226.



en el concreto caso<sup>78</sup>.

### ***5. Hacia una regla de la no indagación matizada: respeto de los derechos de la defensa y posibilidad de cuestionar la autenticidad de la prueba extranjera y de oponerse a su utilización***

Como decimos, los acusados tienen derecho a un juicio justo, con independencia de dónde haya sido practicada la prueba, en el propio Estado o en el extranjero. No se puede denegar el ejercicio de este derecho por razón de que el caso tenga una dimensión transnacional. Recordemos que, de acuerdo con el principio de no indagación o supervisión, la distancia geográfica entre el lugar del juicio y aquel en el que se practica la prueba puede impedir al acusado discutir dicha prueba. Y entre los derechos que asisten a todos los acusados está el derecho fundamental a cuestionar la prueba ante el tribunal que le juzga<sup>79</sup>. Este es esencial para la igualdad de armas entre la acusación y la defensa y debe garantizarse en todo proceso penal<sup>80</sup>. Como advierte el TEDH, la determinación de si el juicio es justo requiere preguntarse, entre otras cosas, si se respetaron los derechos de la defensa. Concretamente se debe indagar sobre si se ofreció al acusado la posibilidad de cuestionar la autenticidad de la prueba y de oponerse a su utilización. Hay que tener igualmente en cuenta la calidad de la prueba, esto es, si las circunstancias en las que se obtuvo hacen dudar acerca su fiabilidad o exactitud<sup>81</sup>.

Que las autoridades judiciales del Estado que recibe la prueba confíen en su legalidad no puede significar que la defensa deba también confiar ciegamente en la forma de actuar de las autoridades extranjeras. La tarea del abogado defensor en estos casos es, entre otras, la de velar por que la prueba que se utiliza en el proceso es lícita y legal y, en caso contrario, cuestionar dicha prueba y solicitar su expulsión del proceso. Pero el control de la licitud y legalidad de las pruebas obtenidas en un país extranjero conlleva una dificultad añadida: se practican en el marco de un sistema jurídico diferente. Esto complica enormemente a la defensa el control de la licitud y legalidad de la prueba, que no va a poder llevar a cabo sin la ayuda de abogados familiarizados con el sistema legal del Estado que suministra la prueba<sup>82</sup>.

Por ello, la situación de los acusados por delitos fiscales queda debilitada si el Estado en el que están siendo enjuiciados y que ha recibido las pruebas del extranjero no indaga la manera en que éstas han sido practicadas en el país que las suministra. La regla de la no indagación o supervisión, como decimos, crea un vacío en la protección jurídica de las personas acusadas de

---

<sup>78</sup> TEDH (Decisión de admisibilidad) *Jaime Antonio Echeverri Rodriguez v. the Netherlands*, núm. 43286/98, de 27 de julio de 2001.

<sup>79</sup> Cfr. GLESS, *Utrecht Law Review*, (9-4), 2013, p. 95.

<sup>80</sup> Informa de esto SCHÜNEMANN, en RUGGERI (ed.), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe. Developments in EU Legislation and New Challenges for Human Rights-Oriented Criminal Investigations in Cross-border Cases*, 2014, pp. 164-165.

<sup>81</sup> Cfr., entre otras muchas, SSTEDH *Bykov v. Russia [GC]*, núm. 4378/02, § 90, de 10 de marzo de 2009; *Lee Davies v. Belgium*, núm. 18704/05, § 42, de 28 de julio de 2009.

<sup>82</sup> Como advierte BACHMAIER WINTER, *ZIS*, 2010, p. 586-587, esta dificultad no es nueva, y no se derivan de la aplicación del principio de reconocimiento mutuo o de los instrumentos europeos de cooperación. Las mismas dificultades que ya se han planteado con respecto a las comisiones rogatorias ejecutadas en virtud de convenios internacionales.

eventuales delitos fiscales. Hemos visto que en los Países Bajos algunos tribunales se negaron expresamente en el caso KB Lux a investigar las actuaciones de las autoridades belgas de las que procedían los datos de evasores fiscales, a pesar de que Bélgica había decidido que se habían producido irregularidades en su obtención. Si no se encuentra abierto ningún proceso en el Estado que practica la prueba, con la regla de la no indagación el Estado del juicio pretende no hacerse responsable de la forma en que se ha recopilado la evidencia. Y si este no lo hace, nadie lo va a hacer. Si a esto se une que en ocasiones la defensa no está en condiciones de justificar sus pretensiones sobre la ilicitud o irregularidad de la prueba conforme al derecho del país en el que se practica, los obstáculos a que se enfrenta son casi insuperables. Parece conveniente que en el contexto de la cooperación internacional alguien asuma la responsabilidad de la forma de obtención de la prueba, esencialmente en relación con la eventual vulneración de derechos humanos<sup>83</sup>.

Una posible opción para garantizar el derecho de la defensa a cuestionar la prueba es que exista una responsabilidad conjunta de los Estados involucrados en la cooperación internacional<sup>84</sup>. Esta solución, con todo, no resuelve los problemas. Un Estado solo puede ser responsable de aquello que puede evitar y remediar y esto puede no ocurrir en el modelo de responsabilidad conjunta. El modelo de cooperación diseñado por el Convenio europeo de asistencia judicial en materia penal de 1959 otorga poderes muy limitados al Estado que solicita o recibe cooperación en relación con las investigaciones llevadas a cabo en otros Estados. Pero es precisamente el Estado receptor de la información quien asume toda la responsabilidad del uso que hacen sus tribunales de la información obtenida. Por otro lado, es el Estado en el que se practica la prueba el responsable de la forma en que se lleva a cabo. Sin embargo, el uso posterior de la misma por el Estado que enjuicia el caso queda fuera de su responsabilidad. Por lo que la asunción de una responsabilidad compartida no aporta una solución concluyente<sup>85</sup>.

Podemos intentar dar algunas orientaciones para solucionar este problema, siempre teniendo en cuenta la necesidad en todo caso de respetar los derechos fundamentales del acusado. Así, el Estado que suministra la información que servirá de prueba es responsable de que se haya obtenido con respeto de los derechos humanos y de manera lícita. Es cierto que esto no soluciona la cuestión, porque es difícil o poco probable que si se producen irregularidades en su obtención, estas sean descubiertas. Ahora bien, si llegan a ser detectadas y la defensa cuestiona las pruebas, el Estado que las aporta deberá colaborar para aclarar si se han producido tales irregularidades<sup>86</sup>. Si no lo hace, el Estado receptor de la prueba en el que se celebra el juicio debe expulsar la prueba extranjera del proceso.

La cuestión es distinta para el Estado en el que se celebra juicio al que se aportan las pruebas

---

<sup>83</sup> Sobre esto cfr. VAN HOEK/LUCHTMAN, *Utrecht Law Review*, (1-2), 2005, p. 21.

<sup>84</sup> Así KLIP, «Criminal law in the European Union: inaugural lecture», discurso inaugural en la Universidad de Maastricht, 29 de abril de 2004, pp. 16-17 (disponible online en <http://digitalarchive.maastrichtuniversity.nl/fedora/get/guid:7fdda5ba-d243-46e1-a7b4-c622a818e364/ASSET1>; fecha de consulta: 22.07.2015). Esta postura encuentra algún apoyo en el caso del TEDH, *Sari v. Denmark and Turkey*, núm. 21889/93, §§ 91 y 99, de 8 de noviembre de 2001, en la que declaró que Turquía y Dinamarca eran solidariamente responsables por el retraso que se produjo en el proceso de cooperación internacional.

<sup>85</sup> Así lo indican VAN HOEK/LUCHTMAN, *Utrecht Law Review*, (1-2), 2005, pp. 21-22.

<sup>86</sup> *Ibidem*, pp. 22 y ss.

obtenidas en otro Estado. Si la información extranjera se utiliza como prueba en un procedimiento penal, el Estado de enjuiciamiento es el responsable de la licitud y regularidad de la misma. Este Estado responde de la imparcialidad de los procedimientos de acuerdo con lo dispuesto en el art. 6 CEDH, esto es, ha de salvaguardar las garantías del juicio justo, tales como la igualdad de armas y el carácter contradictorio del procedimiento. La información extranjera se utiliza en el juicio, por lo que el derecho a controlar la prueba debe garantizarse en el Estado del juicio. Por ello, parece conveniente que éste se encuentre en condiciones de ofrecer datos sobre cómo se ha tenido acceso a fuentes extranjeras de información. Esto implica una verificación de oficio de las eventuales infracciones que sean evidentes y una investigación detallada de los hechos cuando se sustancian. Puesto que ahora estamos en la fase del juicio y las investigaciones se han completado, parece razonable que las autoridades del Estado del juicio den cuenta del origen de la prueba extranjera que se encuentra en el expediente del caso (cadena de custodia) y se aseguren de que se pueda proporcionar fácilmente cualquier información adicional con respecto al origen de los datos o de su fiabilidad. Esto significa que el Estado del juicio es responsable del material probatorio que utiliza y, por lo tanto, de la forma en que se ha obtenido este material, incluso si procede de otros Estados (no se aplica la regla de la no indagación o supervisión). Por otro lado, el Estado que suministra la información tiene la obligación de explicar al Estado del juicio cómo se ha obtenido, proporcionando si se solicita todos los datos necesarios. No cumplir con esta obligación debe llevar a la exclusión de ese material probatorio<sup>87</sup>. Dentro de la Unión Europea y su espacio de libertad, seguridad y justicia, no debería existir ninguna diferencia entre el control que realiza un tribunal de Madrid de la legalidad de los actos de investigación de la policía española, y el mismo tipo de control llevado a cabo por el mencionado tribunal en relación con las pruebas que ha obtenido la policía de París.

## ***6. Conclusión: el problema es la fiabilidad de la prueba***

El repaso del Derecho comparado pone de manifiesto la diferencia de opiniones que existen en los Tribunales Supremos de los diversos países en cuanto a la admisibilidad de la prueba y, más en concreto, en cuanto a la posibilidad de cuestionar la misma cuando se trata de casos de cooperación internacional. Como decimos, el principio de no indagación o supervisión impide a las defensas cuestionar la licitud y legalidad de la prueba practicada en el extranjero, lo cual no se ajusta a lo dispuesto en el CEDH. Ahora bien, como ocurre en algunos países que no siguen el criterio de la no indagación, debería permitirse a los acusados de delitos fiscales en los casos examinados cuestionar la prueba y, en especial, su licitud y fiabilidad. Esto no significa que tengan razón en sus pretensiones, sino que simplemente se ha de reconocer su derecho a cuestionar la prueba, cosa que no se hace si se aplica el principio de no indagación o supervisión.

Así, en el asunto Liechtenstein la defensa ha de poder argumentar que las autoridades alemanas han cometido o, al menos, han facilitado la comisión de un delito, al haber ofrecido dinero o comprado datos sustraídos ilícitamente. Por ello, si los datos han sido transmitidos a otros países donde se enjuicia a los presuntos evasores fiscales, las defensas han de poder cuestionar la prueba con la alegación de que esta tiene un origen delictivo (e incluso de que la policía o los

---

<sup>87</sup> *Ibidem*, pp. 24 y ss.

servicios secretos alemanes pueden haber cometido un delito; otra cosa es que se hayan vulnerado derechos fundamentales en la obtención). Las autoridades alemanas deberán colaborar de cara a explicar si la prueba ha sido obtenida con respeto de su Derecho nacional, algo que pueden hacer con el argumento de la sentencia del Tribunal Constitucional antes analizada.

En el caso KB Lux es llamativo que los tribunales belgas y holandeses decidan de forma diferente sobre el mismo caso. El argumento recurrente utilizado por los tribunales de los Países Bajos descansa en el hecho de que las autoridades neerlandesas no estaban involucradas en la adquisición de las microfichas, por lo que no violaron los derechos reconocidos en el CEDH<sup>88</sup>. Algunos autores procedentes de la práctica califican esta forma de proceder de sorprendente e incorrecta<sup>89</sup>, porque el uso posterior de las microfichas sustraídas supone una vulneración del secreto bancario y, en consecuencia, su obtención ha supuesto un menoscabo de la privacidad de los clientes del banco. Alegan estos autores que la violación del secreto bancario es un indicio de que se ha llevado a cabo algo potencialmente ilegal para obtener la información probatoria<sup>90</sup>, lo que puede apuntar a su carácter ilícito. A ello se une que era conocido que los tribunales belgas ya tenían serias dudas sobre la manera en que la información fue obtenida por las autoridades. En consecuencia, el tribunal que enjuicia el caso debería iniciar una investigación transfronteriza para verificar la legalidad de la forma en que se obtuvo la información y su licitud desde la perspectiva del respeto (o no) de los derechos humanos. Y -tal y como pasó- si el país de origen de la prueba se niega a colaborar, se ha de excluir esta del proceso.

En el caso de la “lista Falciani”, recordemos que la Audiencia Nacional española ha estimado que no hubo delito en la actuación del empleado del banco y, por lo tanto, ni se vulneraron derechos fundamentales ni hubo irregularidad en cuanto a su obtención (que tuvo lugar mediante los mecanismos de cooperación internacional con Francia, que había descubierto la lista en el marco de un registro al domicilio del empleado). Ahora bien, en este caso el derecho que asiste a todo acusado a cuestionar la prueba tiene relevancia por razón de las dudas que se han planteado sobre su fiabilidad y la cadena de custodia, en concreto, sobre el tratamiento que han recibido los datos por parte de las autoridades francesas. Los medios de comunicación franceses<sup>91</sup> y suizos arrojan dudas sobre la lista y aluden a la presunta falsificación de las informaciones obtenidas del empleado del HSBC. Así, desde Suiza se informa del devenir de los datos de la lista solicitados mediante cooperación internacional cuando fueron incautados por la fiscalía francesa. Estos datos fueron recibidos por las autoridades suizas el 21 de enero de 2010 en forma de clones de discos duros<sup>92</sup>. Se informa de que la Oficina Federal de Policía suiza ha realizado un informe en el que advierte de la existencia de presuntas manipulaciones de los datos. Al margen de que este

---

<sup>88</sup> Cfr. VAN KAMPEN/DE RIJKE, *EC Tax Review*, (17-5), 2008, p. 230.

<sup>89</sup> *Ibidem*.

<sup>90</sup> *Ibidem*, pp. 230 y s.

<sup>91</sup> *Le Monde* sugería el 23 de julio de 2012 que «La liste des évadés fiscaux de HSBC en Suisse aurait été falsifiée», (artículo de Gérard Davet y Fabrice Lhomme, publicado el 23 de julio de 2012; disponible online en [http://www.lemonde.fr/societe/article/2012/07/23/la-liste-des-evades-fiscaux-de-la-banque-suisse-hsbc-aurait-ete-falsifiee\\_1736961\\_3224.html](http://www.lemonde.fr/societe/article/2012/07/23/la-liste-des-evades-fiscaux-de-la-banque-suisse-hsbc-aurait-ete-falsifiee_1736961_3224.html); fecha de consulta: 22.07.2015).

<sup>92</sup> Ian Hamel, «La France a effectivement falsifié les listes de Falciani», publicado en *L'Agefi* el 22 de enero de 2014 (disponible online en <http://www.agefi.com/ageficom/dossiers-redactions/detail-dossier-redaction/edition/2014-01-22/article/hsbc-un-rapport-de-loffice-federal-de-la-police-le-demontre-clairement-3300-noms-ont-ete-elimines-.html#>; fecha de consulta: 22.07.2015).

argumento pueda ser admitido, lo que está claro es que la defensa de los acusados por delitos fiscales en España ha de tener derecho a cuestionar su fiabilidad en orden a garantizar la autenticidad, inalterabilidad e indemnidad de la prueba, lo que satisface así la garantía de lo que el Tribunal Supremo denomina “la mismidad de la prueba”<sup>93</sup>. Francia debería colaborar para aclarar cómo ha sido tratada informáticamente la prueba y despejar las dudas sobre su autenticidad. De no hacerlo, deberían expulsarse tales pruebas del proceso penal.

## 7. Bibliografía

BACHMAIER WINTER (2013), «Transnational Criminal Proceedings, Witness Evidence and Confrontation: Lessons from the ECtHR’s Case Law», *Utrecht Law Review*, (9-4), pp. 127-146.

——— (2010), «European Investigation Order for obtaining evidence in the criminal proceedings: study of the Proposal for a European Directive», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)*, pp. 580-589.

BLANCO CORDERO (2015), «Problemas penales que suscita la sustracción de datos bancarios de evasores fiscales y su utilización en los procesos penales», en prensa.

GLESS (2013), «Transnational Cooperation in Criminal Matters and the Guarantee of a Fair Trial: Approaches to a General Principle», *Utrecht Law Review*, (9-4), pp. 90-108.

GÖRES/KLEINERT (2008), «Die Liechtensteinische Finanzaffäre – Steuer- und steuerstrafrechtliche Konsequenzen», *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, pp. 1353-1359.

HEINE (2009), «Beweisverbote und Völkerrecht: Die Affäre Liechtenstein in der Praxis», *Onlinezeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht (HRRS)*, (10-12), pp. 540-547.

——— (2009), «Die Verletzung des Bankgeheimnisses. Neue Strafbarkeitsrisiken der Bank bei grenzüberschreitenden Sachverhalten», en EMMENEGGER (ed.), *Cross-Border Banking*, Helbing & Lichtenhahn, Basilea, pp. 159-191.

IGNOR/JAHN (2010), «Der Staat kann auch anders – Die Schweizer Daten-CDs und das deutsche Strafrecht», *Juristische Schulung (JuS)*, pp. 390-394.

KELNHOFER/KRUG (2008), «Der Fall LGT Liechtenstein – Beweisführung mit Material aus Straftaten im Auftrag des deutschen Fiskus?», *Strafverteidiger (StV)*, pp. 660-668.

KLIP (2004), «Criminal law in the European Union: inaugural lecture», discurso inaugural en la Universidad de Maastricht, 29 de abril, pp. 1-17 (disponible online en <http://digitalarchive.maastrichtuniversity.nl/fedora/get/guid:7fdda5ba-d243-46e1-a7b4-c622a818e364/ASSET1>; fecha de consulta: 22.07.2015).

SÁNCHEZ SISCART (2012), «Prueba practicada en el extranjero: ¿debe controlarse su validez?»,

<sup>93</sup> Cfr., entre otras muchas, la STS 1190/2009, de 3 diciembre.

*Jueces para la Democracia*, (1), Especial, pp. 34-37.

SÁNCHEZ YLLERA (2013), «La aparente irrelevancia de la prueba ilícita en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos», *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, (14), pp. 230-251.

SCHÜNEMANN (2014), «Solution Models and Principles Governing the Transnational Evidence-Gathering in the EU», en RUGGERI (ed.), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe. Developments in EU Legislation and New Challenges for Human Rights-Oriented Criminal Investigations in Cross-border Cases*, 2014, Springer, Cham, pp. 161-180.

——— (2008), «Die Liechtensteiner Steueraffäre als Menetekel des Rechtsstaats», *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)*, pp. 305-310.

SCHWÖRER (2009), «Schranken grenzüberschreitender Beweisnutzung im Steuer- und Strafverfahren», *Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht (wistra)*, pp. 452-457.

SIEBER (2008), «Ermittlungen in Sachen Liechtenstein – Fragen und erste Antworten», *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, pp. 881-886.

SPERNATH (2010), «Strafbarkeit und zivilrechtliche Nichtigkeit des Ankaufs von Bankdaten», *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)*, pp. 307-312.

TRÜG (2011), «Steuerdaten-CDs und die Verwertung im Strafprozess», *Strafverteidiger (StV)*, pp. 111-122.

TRÜG/HABETHA (2008), «Beweisverwertung trotz rechtswidriger Beweisgewinnung – insbesondere mit Blick auf die „Liechtensteiner Steueraffäre“», *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)*, pp. 481-492.

——— (2008), «Die „Liechtensteiner Steueraffäre“ – Strafverfolgung durch Begehung von Straftaten?», *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, pp. 887-890.

VAN HOEK/LUCHTMAN (2005), «Transnational cooperation in criminal matters and the safeguarding of human rights», *Utrecht Law Review*, (1-2), pp. 1-39.

VAN KAMPEN/DE RIJKE (2008), «The Kredietbank Luxembourg and the Liechtenstein tax affairs: notes on the balance between the exchange of information between states and the protection of fundamental rights», *EC Tax Review*, (17-5), pp. 221-232.

VITALE/DE VITA/LOPERFIDO/SALPIETRO/GIOVE (2013), *Le nuove indagini finanziarie*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna.

## 8. Tabla de jurisprudencia citada

### i) Tribunales españoles

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Núm. Resolución</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STC, 2ª, 29.11.1984	114/1984	Luis Díez-Picazo y Ponce de León
STC, Pleno, 2.04.1998	81/1998	Tomás Salvador Vives Antón
STS, 2ª, 21.12.1999	1493/1999	Cándido Conde-Pumpido Tourón
STS, 2ª, 3.03.2000	340/2000	Carlos Granados Pérez
STS, 2ª, 8.03.2000	382/2000	Carlos Granados Pérez
STS, 2ª, 13.12.2001	2084/2001	Juan Saavedra Ruiz
STS, 2ª, 25.09.2002	1521/2002	Joaquín Giménez García
STS, 2ª, 10.01.2003	19/2003	Joaquín Giménez García
STS, 2ª, 5.05.2003	646/2003	Joaquín Giménez García
STS, 2ª, 4.03.2005	259/2005	Gregorio García Ancos
STS, 2ª, 27.12.2006	1281/2006	Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Tore
STS, 2ª, 22.05.2009	480/2009	Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Tore
STS, 2ª, 3.12.2009	1190/2009	Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Tore
STS, 2ª, 10.02.2011	53/2011	Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Tore
AAN, 8.05.2013	19/2013	-
STS, 2ª, 8.10.2013	733/2013	Andrés Martínez Arrieta
STS, 2ª, 5.03.2015	115/2015	Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Tore

## ii) Jurisprudencia del TEDH

<i>Partes</i>	<i>Referencia</i>	<i>Fecha</i>
<i>Soering v. United Kingdom</i>	14038/88	7.07.1989
<i>Drozdz and Janousek v. France and Spain</i>	12747/87	26.06.1992
<i>Schenk v. Switzerland</i>	10862/84	12.07.1998
<i>Khan v. the United Kingdom</i>	35394/97	12.05.2000
<i>Echeverri Rodriguez v. the Netherlands</i> (Resolución de admisibilidad)	43286/98	27.07.2001
<i>Sari v. Denmark and Turkey</i>	21889/93	8.11.2001
<i>García Ruiz v. Spain</i>	30544/96	21.01.2009
<i>Bykov v. Russia</i>	4378/02	10.03.2009
<i>Lee Davies v. Belgium</i>	18704/05	28.07.2009

## iii) Otros

<i>Órgano y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>País</i>
S. BGH, 29.10.1992	4 StR 126/92	Alemania
S. BGH, 12.1.1996	5 StR 756/94	Alemania
S. BGH, 21.5.1996	1 StR 154/96	Alemania
S. Amtsgericht de Bochum, 10.04.2008	64 Gs 1491/08	Alemania
S. Amtsgericht de Bochum, 8.04.2009	64 Gs-35 js 220/07- 1491/08	Alemania
S. Landgericht de Bochum, 7.08.2009	2 Qs 2/09	Alemania
S. BGH, 17.3.2010	2 StR 397/09	Alemania
S. BVerfG, 9.11.2010	2 BvR 2101/09	Alemania



S. Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, 28.06.2002	AR 01/3718/A, NTFR 2002/1230	Bélgica
S. Tribunal Correccional de Hasselt, 30.04.2003	caso núm. 78.97.1357-00, 00757	Bélgica
S. Tribunal Correccional de Hasselt, 30.04.2003	caso núm. 78.97.1353-00, 00759	Bélgica
STS, 14.10.2003	-	Bélgica
S. Tribunal de Primera Instancia de Lovaina, 5.12.2003	FJF 2004/266	Bélgica
S. Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, 8.12.2009	causa núm. 78.97.28'259'69 6	Bélgica
S. Tribunal de Apelación de Bruselas, 10.12.2010	2010/4779	Bélgica
STS, 31.05.2011	P.10.2037.F. J.T.	Bélgica
Resolución del Alto Tribunal de París, 15.06.2010	-	Francia
A. Tribunal de Apelación de París, 8.02.2011	-	Francia
S. Corte de Casación, 27.11.2013	-	Francia
Decisión del Consejo Constitucional, 4.12.2013	2013-679 DC	Francia
SCTP Mantova, 27.05.2010	137/1/2010	Italia
Resolución del Juez de Instrucción de Pinerolo, 4.10.2011	-	Italia
SCTP Como, 15.11.2011	188/1/2011	Italia

SCTP Avellino, 31.01.2012	222/5/2012	Italia
SCTP Avellino, 31.01.2012	224/5/20102	Italia
A. Juez de Instrucción del Tribunal de Como, 16.02.2012	39/2012	Italia
SCTP Reggio Emilia, 18.05.2012	1981/1/2012	Italia
SCTP Génova, 5.06.2012	193/4/2012	Italia
SCTP Treviso, 5.06.2012	64/1/2012	Italia
SCTP Treviso, 10.07.2012	59/5/2012	Italia
SCTP Milán, 4.10.2012	236/5/2012	Italia
STS	38753/2012	Italia
SCTP Verbania, 5.11.2012	47/2/2012	Italia
SCTP Milán, 6.11.2012	196/25/2012	Italia
SCTP Lecco, 11.12.2012	175/1/2012	Italia
S. Tribunal del Distrito de Ámsterdam, 12.09.2002	LJN AE7569	Países Bajos
S. Tribunal del Distrito de Groninga, 16.10.2003	LJN AM1882	Países Bajos
S. Tribunal del Distrito de Breda, 11.12.2003	LJN AN 9917 y LJN AN9922	Países Bajos
S. Tribunal del Distrito de Alkmaar, 19.02.2004	LJN AO5509	Países Bajos
S. Tribunal del Distrito de La Haya, 5.11.2004	LJN AR5709	Países Bajos
S. Tribunal de Apelación de Ámsterdam, 30.09.2005	LJN AU3605	Países Bajos
S. Tribunal de Apelación de Ámsterdam,	NTRF	Países Bajos

18.01.2006	2006/126	
S. Tribunal de Apelación de Ámsterdam, 28.02.2006	LJN AZ7658	Países Bajos
S. Tribunal de Apelación de Bolduque, 31.10.2006	LJN AZ3533	Países Bajos
STS, 14.11.2006	NJ 2007	Países Bajos
STS, 21.03.2008	LJN BA8179	Países Bajos