



www.civil-mercantil.com

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

Sentencia 280/2016, de 29 de abril de 2016

Sección 23.^a

Rec. n.º 1498/2015

SUMARIO:

Delitos contra la Hacienda Pública. «Lista Falciani». Doctrina «del árbol envenenado». Comisión de dos delitos contra la Hacienda Pública y condena a prisión y multa del cuádruplo de la cantidad defraudada derivado de la información contenida en la conocida popularmente como «Lista Falciani»; una gran cantidad de archivos que se correspondían con personas y entidades que disponían de fondos, activos y valores en la entidad bancaria HSBC Private Bank, en Ginebra. No ha lugar a la aplicación de la doctrina del «árbol envenenado» para la nulidad del procedimiento, tal y como sostenía de defensa, ya que entienden que la «prueba base» (soporte informático en el que se incluye la información de la «Lista Falciani») fue obtenida conforme a la legalidad por parte de las autoridades fiscales españolas. solo puede afirmarse que la recepción por las autoridades fiscales españolas de la lista de contribuyentes españoles («Lista Falciani») que disponían de cuentas, fondos u otro tipo de activos en la entidad suiza HSBC se produjo al amparo de la normativa convencional internacional, se materializó mediante la entrega confiada a personal diplomático de la República francesa destinado en España y no quebró el procedimiento itinerante que jurídicamente se exige dentro del marco de la llamada cadena de custodia. De hecho, se aplica el principio de no indagación, sobre el que contamos con una consolidada doctrina jurisprudencial que atiende, a efectos de eficacia probatoria de diligencias practicadas en el extranjero, a la salvaguarda del «contenido esencial de los valores y garantías» compartidos entre los Estados de la Unión. La conducta del acusado consistió en alojar y mantener oculto en una entidad bancaria suiza su patrimonio dinerario, con la finalidad de eludir el pago de impuestos, particularmente sobre la renta, que de asumir con transparencia, le hubiera obligado a tributar, con ausencia total de explicación por el contribuyente a los bienes o ingresos detectados. El acusado utilizó -gracias a la colaboración de la entidad bancaria donde tenía depositados sus fondos- sociedades pantalla por lo que la conducta es agravada por la utilización de persona interpuesta.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 53.2, 56.2, 66.6, 123, 143, 199, 279 y 305.

Convenio Europeo de Cooperación en materia penal, art. 3.

Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), art. 11.1.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos de 1950 (CEDH), art. 6.

Constitución Española, arts. 14, 18 y 24.

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, art. 786.2.

Ley 58/2003 (General Tributaria), arts. 26.6, 108.4 y disp. adic. decimooctava.

Ley 35/2006 (IRPF), arts. 2, 37 y 39.

PONENTE:

Don Celso Rodríguez Padrón.



www.civil-mercantil.com

Sección nº 23 de la Audiencia Provincial de Madrid

C/ de Santiago de Compostela, 96 , Planta 9 - 28035

Teléfono: 914934646,914934645

Fax: 914934639

GRUPO 8..

37051530

PROCEDIMIENTO ABREVIADO 1498/2015

O. JUDICIAL ORIGEN: JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 04 DE ALCOBENDAS

PROCEDIMIENTO ORIGEN: DPA 2776/2011

SENTENCIA Nº 280/2016

MAGISTRADOS SRES:

- DÑA. Mª ADORACIÓN RIERA OCÁRIZ
- D. EDUARDO JESÚS GUTIÉRREZ GÓMEZ
- D. CELSO RODRÍGUEZ PADRÓN

En Madrid, a veintinueve de abril de dos mil dieciséis.

VISTA, en juicio oral y público, ante la Sección Veintitrés de la Audiencia Provincial de Madrid, la causa de Procedimiento Abreviado 1498/2015, procedente del Juzgado de Instrucción Núm. 4 de los de Alcobendas, seguida de oficio por delito contra la Hacienda Pública, contra D. Salvador , mayor de edad, natural de Santa Brígida (Las Palmas de Gran Canaria) nacido el NUM000 .1944, vecino de Alcobendas, con domicilio en la CALLE000 , sin antecedentes penales computables y cuyas circunstancias personales constan en las actuaciones.

Han sido partes, el Ministerio Fiscal, representado por Dª Olga Muñoz Mota , el Estado, representado por el Abogado del Estado, y el acusado, representado por el Procurador D. Ignacio Requejo García de Mateo y defendido por el Letrado D. José Antonio Choclán Montalvo.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Ante el Juzgado de Instrucción Núm. 4 de los de Alcobendas, se siguieron Diligencias de Procedimiento Abreviado Num. 2778/2011, por delito contra la Hacienda Pública, en virtud de denuncia interpuesta con fecha 9 de junio de 2011 por el Ministerio Fiscal, contra Salvador ,



www.civil-mercantil.com

imputándole la comisión de dos delitos contra la Hacienda Pública, del artículo 305 del Código Penal, correspondientes a la falta de ingreso de sendas cuotas tributarias en concepto de Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de los años 2005 y 2006.

En dicha causa, tras la práctica de las diligencias de instrucción que se consideraron necesarias, se dictó en fecha 22 de marzo de 2013 Auto por el que se acordaba la acomodación a los trámites del Procedimiento Abreviado.

Consta al folio 729 y siguientes el escrito de acusación presentado por el Ministerio Fiscal, en el que se califican los hechos como constitutivos de dos delitos contra la Hacienda Pública de elusión tributaria del art.305.1 y párrafo segundo letras a) y b) del Código Penal, relativo al Impuesto de la Renta de las Personas Físicas de los ejercicios 2005 y 2006, y solicita la pena de 4 años de privación de libertad por cada uno de los delitos, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 13.660.98,12 euros, respecto del ejercicio económico 2005 y de 7.702.889,28 euros por el ejercicio 2006, con responsabilidad personal subsidiaria del art 53.2 del Código Penal, de 2 meses de privación de libertad en el primer delito y de 45 días en el segundo, siempre que la pena efectivamente impuesta no supere los 5 años de prisión, y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas, y del derecho a gozar de incentivos o beneficios fiscales o de la Seguridad Social durante un periodo de 6 años, y la imposición de las costas procesales.

Asimismo, personado en nombre del Estado, el Abogado del Estado ejerció la acusación, presentando en la misma fase, en fecha 4 de abril de 2014 su correspondiente escrito, en el que estima también que los hechos son constitutivos del delito mencionado, y solicita la pena de 4 años de privación de libertad por cada uno de los delitos, multa del séxtuplo de la cuantía defraudada, la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y el derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante un periodo de 6 años.

En fecha 4 de junio de 2014 se dictó por el Juzgado de Instrucción Auto de Apertura de Juicio Oral contra el acusado reseñado en el encabezamiento de la presente resolución (folio 732), como posible autor de sendos delitos contra la Hacienda Pública, declarando la competencia para el enjuiciamiento a favor del Juzgado de lo Penal de Madrid.

Por parte de la defensa del acusado, en el oportuno trámite, se presentó escrito de defensa (folio 805), en los que se sostenían, las siguientes conclusiones provisionales: inexistencia de ilícito penal que imputar a su representado, toda vez que D. Salvador no realizó acción alguna que pudiera subsumirse en el tipo penal por el que se formula acusación, solicitando la libre absolución con todo tipo de pronunciamientos favorables.

Segundo.

Las actuaciones fueron remitidas para enjuiciamiento al Juzgado de lo Penal de Madrid, correspondiendo su conocimiento al Juzgado Núm. 20, que dictó auto de admisión de pruebas (folio 864), y planteó posteriormente Exposición razonada ante la Audiencia Provincial suscitando la competencia funcional a favor de este órgano. La cuestión fue resuelta por Auto de 30 de septiembre de 2015, de la Sección Sexta, declarando la competencia para el enjuiciamiento de los hechos a favor de la Audiencia Provincial.

Tercero.

Como consecuencia del auto anterior, correspondió el conocimiento de la causa a esta Sección 23, donde se formó el oportuno Rollo, señalándose como fecha de la vista oral el día 11 de abril de 2016, en que tuvo comienzo, con asistencia de las partes, y de sus letrados defensores, continuando para trámite de conclusiones e informes al día siguiente.



www.civil-mercantil.com

En el acto del juicio, se llevó a cabo por parte de la defensa el planteamiento de una serie de cuestiones previas que constan en la oportuna grabación. Esencialmente, se solicitó la exclusión del proceso de la prueba documental recibida de las autoridades francesas conocida como "Lista Falciani", dado que el origen de la prueba es ilegal, fruto de la comisión de un delito por Hermenegildo además de producida con invasión de derechos fundamentales y ha de ser por tanto cuestionada desde la perspectiva de la prueba lícita, sin que pueda ampararse esta prueba en el principio de no indagación.

Se concedió la palabra sobre este extremo tanto al Ministerio Fiscal como a la Abogacía del Estado, oponiéndose ambos a la pretensión de la defensa con base en argumentos de distinta índole.

Cuarto.

Reservada para resolución en sentencia la alegación que con carácter previo resultó planteada, se dio comienzo a la celebración del juicio con la práctica de las pruebas testificales, periciales y documentales que constan en la grabación de las sesiones de la vista oral, tras lo cual se otorgó a las partes la palabra para que cumplimentaran la exposición de sus conclusiones definitivas.

1.- Por el Ministerio público fueron modificadas las conclusiones que con carácter provisional había formulado en cuanto a la cuota que determina la responsabilidad civil correspondiente al año 2005, adhiriéndose en este punto al escrito que aporta en este acto el Abogado del Estado dado que no se sostiene acusación contra la esposa del acusado. Se solicita en definitiva la imposición de la pena de multa en la cantidad de 13.592.958,1 euros, elevando a definitivas el resto de conclusiones formuladas con carácter provisional.

2.- Por la Abogacía del Estado se presenta escrito (folio 174 del Rollo de Sala) en el que a efectos de responsabilidad civil se deduce de la cantidad en su día planteada la correspondiente al cónyuge del acusado, de lo cual resulta una suma indemnizatoria final que asciende a 2.265.493,02 euros. En cuanto a las penas que procede imponer a Salvador, eleva a definitivas las conclusiones formuladas con carácter provisional.

3.- Por la defensa del acusado se elevan a definitivas las conclusiones formuladas con carácter provisional.

Quinto.

Tras los informes emitidos verbalmente por el Ministerio Fiscal y la defensa en el acto del juicio se concedió al acusado la oportunidad para que alegase cuanto estimase oportuno, con el resultado que consta en la correspondiente grabación. Seguidamente fue declarado el juicio visto para sentencia.

Ha sido Ponente el Magistrado D. CELSO RODRÍGUEZ PADRÓN, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Cuestiones previas.- El planteamiento por parte de la defensa del acusado, con carácter previo a la práctica de la prueba, de cuestiones que versan sobre la licitud de la prueba y de la posible vulneración de derechos fundamentales en el curso de la presente



www.civil-mercantil.com

causa, exige que con carácter preliminar, y antes del análisis de cualquier otro contenido el Tribunal dé respuesta a estas alegaciones, pues su eventual virtualidad comportaría efectos determinantes para la resolución del proceso. Se abordan en la presente resolución por el mismo orden por el que fueron planteadas en la vista oral.

Solicitó la defensa en primer lugar la exclusión del acervo probatorio de la causa de la prueba documental francesa, procedente de la llamada "Lista Falciani", elaborada por Hermenegildo, dado que su origen -a juicio de esta parte- es ilegal. Sostiene esta manifestación basándose en la sentencia condenatoria que se ha pronunciado en el país donde ocurrieron los hechos en origen, de tal modo que al amparo de lo previsto en el artículo 3 del Convenio Europeo de Cooperación en materia penal nos hallamos ante una prueba ilegal, sin que quepa a los tribunales españoles indagar una verdad distinta a la ya declarada por el Tribunal suizo. La denuncia de un delito -prosigue el Sr. Letrado de la defensa- ha de llevarse a cabo por los cauces establecidos y legítimos, y no puede afirmarse la existencia de un interés superior en la lucha contra la evasión fiscal que deba hacer ceder la intimidad personal, de la que forman parte los datos económicos del sujeto. La restricción de derechos fundamentales sólo puede hacerse mediante resolución judicial, y de ahí que no puedan compartirse los argumentos del Auto de 8.5.2013, de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Las autoridades francesas disponían de la llamada Lista Falciani de modo ilegal, su procedencia era ilícita y de ahí que deba ser excluida del acervo probatorio en consonancia con lo dispuesto en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Con carácter subsidiario a lo anterior solicita la defensa que se aplique la doctrina sobre la llamada prueba irregular para las pruebas derivadas de la documental anterior que pudiera ser independiente, en virtud de la conexión de antijuridicidad.

El Ministerio Público, en el trámite de alegaciones a las cuestiones suscitadas entendió que no puede excluirse como prueba la documentación entregada por las autoridades francesas a las autoridades españolas de la Agencia Tributaria, sin que por tanto pueda considerarse que se haya producido una aportación ilícita al proceso. Argumenta que, como señaló el Auto de 8 de mayo de 2013, de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, falla la aplicación de la doble incriminación por cuanto el espionaje económico no es delito en España y por ello no podemos admitir que nos encontremos ante un delito en el origen de la mencionada lista.

En similar sentido se pronunció el Sr. Abogado del Estado, compartiendo los argumentos de la misma resolución de la Audiencia Nacional en cuanto dice que en España es una obligación llevar a cabo la denuncia de un delito fiscal. La Audiencia Nacional -prosigue- además de no anticipar nada sobre el presente supuesto, sostiene que la entidad bancaria suiza HSBC encubría delitos contra la Hacienda Pública y de blanqueo de capitales, resultando un exceso la protección que en el país helvético se otorga al secreto bancario. Por otra parte, y tras la cita de la jurisprudencia que entendió aplicable a este caso precisa que las Sentencias a las que alude la defensa son de tribunales franceses de lo mercantil, por lo que la doctrina de la ponderación de derechos no es aplicable sobre las mismas claves que impone el Derecho Penal.

Segundo.

Nadie duda acerca de la importancia esencial del derecho reconocido constitucionalmente a un proceso con todas las garantías, proclamado en el artículo 24 de nuestro texto fundamental, en consonancia con lo dispuesto ya en el artículo 6 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950. El conjunto de garantías que no sólo rodean sino que inspiran el proceso



www.civil-mercantil.com

penal, encuentra su proyección en distintas facetas y en cuanto a la prueba se refiere, se ve directamente relacionado con otros derechos fundamentales; en particular el de la presunción de inocencia, pues éste tan sólo podrá ceder ante una actividad incriminatoria de cargo, suficiente y que cuente con todas las garantías, de obtención y práctica de la prueba.

"no hay principio alguno en nuestro ordenamiento procesal penal que imponga la investigación de la verdad a cualquier precio. De ahí la literalidad del art. 11LOPJ ("no surtirán efecto") que supone que la infracción del citado precepto comporta la ineficacia jurídica por nulidad absoluta, de las actuaciones procesales, resoluciones judiciales incluidas que tengan su fundamento en la prueba ilícita". En términos tan claros expresa esta doctrina acerca de la necesaria licitud de la prueba la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, recogida entre otras muchas en STS de 6 de octubre de 2015 (ROJ: STS 4054/2015). Su aplicación al supuesto enjuiciado no se discute. De lo que se trata es de determinar si la "prueba" documental considerada básica para sostener la acusación entra o no en el concepto de prueba ilícita y por ello puede ser invocada y tenida en cuenta por este Tribunal para el eventual pronunciamiento de una sentencia de condena.

La defensa del acusado cuestiona la actividad probatoria sobre la que se basa el presente proceso desde un doble plano. En primer lugar estima que la documentación entregada por las autoridades francesas a la Agencia Estatal Tributaria española ha sido ilícitamente obtenida, al proceder de un delito cometido por el Sr. Hermenegildo en Suiza, vulnerando la intimidad del acusado. Por otra parte considera que tampoco la prueba derivada es válida, al existir una evidente conexión de antijuridicidad. Aborda de este modo, dos planos relacionados y consecuentes.

El primero es el que se enmarca en el terreno de la nulidad de la prueba, inadmisibles en el proceso penal dada la violación de derechos fundamentales, cuya doctrina general fue establecida ya por la destacada STC 114/1984, de 29 de noviembre , de la que trae causa el vigente artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial . A tenor de lo dispuesto en tal precepto: "1. En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales "

Más recientemente, la STC 126/2011, de 18 de julio , recuerda que: " Este Tribunal ha puesto de relieve en STC 69/2001, de 17 de marzo , que "la interdicción de la prueba ilícitamente obtenida hace referencia exclusiva a la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho o libertad fundamental ". En efecto, "desde la STC 114/1984, de 29 de noviembre , este Tribunal ha afirmado la prohibición absoluta de valoración de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales a través de una abundantísima serie de pronunciamientos que han declarado, en esencia, que los medios de prueba no pueden hacerse valer, ni pueden ser admitidos, si se han obtenido con violación de derechos fundamentales (SSTC 114/1984, de 29 de noviembre , 107/1985, de 7 de octubre , 64/1986, de 21 de mayo , 80/1991, de 15 de abril , 85/1994, de 14 de marzo , 181/1995, de 11 de diciembre , 49/1996, de 26 de marzo , 81/1998, de 2 de abril , y 49/1999, de 5 de abril). La interdicción de la admisión de la prueba prohibida por vulneración de derechos fundamentales deriva directamente de la Constitución, por la colisión que dicha admisión entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes (arts. 24.2 y 14 CE), y se basa, asimismo, en la posición preferente de los derechos fundamentales en el Ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables (art. 10.1 CE). Para decirlo con las palabras expresadas en la STC 114/1984 , antes citada, constatada la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las garantías propias al proceso (art. 24.2 de la CE) implicando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio (art.14



www.civil-mercantil.com

de la Constitución), desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro." (FJ 26).

La proyección de la prueba ilícita obtenida con violación de derechos fundamentales se entiende como una contaminación de las derivaciones (teoría del árbol envenenado) salvo que se rompa la conexión de antijuridicidad entre la prueba inicial y que puedan ser consideradas independientes de ella.

Tercero.

La licitud del origen de las actuaciones que dan lugar a procedimientos tramitados en España a raíz de la disposición de la llamada "Lista Falciani" ha sido objeto de tratamiento por los tribunales españoles ya en resoluciones relacionadas con personas que disponían de fondos en la entidad bancaria suiza HSBC Private Bank, e incluso con el propio Sr. Hermenegildo , a propósito del procedimiento de extradición seguido en virtud de la solicitud cursada a España por las autoridades helvéticas, que se resuelve en el Auto de 8 de mayo de 2013, de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional , abierta y explícitamente rechazado por la defensa en el presente juicio, pero al que resulta imprescindible referirse, aunque sea dejando constancia de una breve síntesis.

1). En dicho procedimiento, instado a raíz de la orden de detención contra Hermenegildo dictada por el Ministerio Público de la Confederación, la Sala tiene en cuenta que se imputaban al Sr. Hermenegildo varios delitos: sustracción de información, violación del secreto comercial y bancario, y espionaje económico , todos ellos contemplados en la legislación penal suiza. La Audiencia Nacional analiza, de conformidad con la normativa reguladora de la extradición pasiva, el principio de doble incriminación, y llega a la consideración de que en España no existe una protección penal específica del llamado secreto bancario (de importancia capital en la Confederación Helvética por razones que no es del caso analizar ahora) y tampoco del "espionaje financiero" con el fin de preservar los intereses propios del Estado suizo frente a los de otros Estados. Descartada la acogida de estos dos delitos en el ámbito de la doble incriminación, se centra la resolución invocada en el análisis de los otros dos, por la correspondencia que pudieran tener con los delitos tipificados en el Código Penal español como revelación de secretos y protección del mercado y los consumidores, de los artículos 199 y 279 , respectivamente.

Este análisis se lleva a cabo por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional contextualizando el entorno en que tuvieron lugar los hechos por los que fue promovida la investigación federal. Se refiere a la propia entidad bancaria HSBC Private Bank (Suisse) y a su actividad relacionada con prácticas directamente sancionables en los ámbitos administrativo y penal en nuestro derecho y en otros, "por insuficiente control, y en algunos casos incluso su permisividad o complacencia de facto con actividades delictivas de defraudación tributaria, blanqueo de capitales..." que dieron lugar a "acuerdos penales", "o en otros casos sanciones administrativas impuestas por órganos estatales de control del cumplimiento de la normativa europea sobre blanqueo de dinero por incumplimiento de ésta, judicialmente confirmadas en todas las instancias". En el mismo análisis prosigue la Sala reflejando la Resolución que dictó el Ministro de Economía español en fecha 19 de noviembre de 2002, en la que sanciona a la entidad bancaria HSBC BANK PLC, Sucursal en España con tres multas y otras tantas amonestaciones públicas por infracciones graves de la ley 19/1993, de 28 de diciembre, de medidas de prevención del blanqueo de capitales. Esta resolución administrativa fue confirmada por sentencia nº 6258/2009 de la Sala de lo Contencioso (sección sexta) de la

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

Audiencia Nacional, de fecha 23/09/2009 y, finalmente, por Sentencia 1338/2013 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 23/03/2013. Sobre todos estos parámetros la resolución analiza -en el ámbito de los requisitos exigibles por el principio de doble incriminación- el alcance del derecho a la intimidad (apartado g). Y llega a afirmar la Sala que "la información de la que se dice se apropia y divulga el Sr. Hermenegildo ... sería una información de ninguna manera susceptible de legítima protección, como secreto, a través de la protección que establece el indicado precepto penal. Ello afecta directamente a la tipicidad de la conducta. Por otra parte, existen normas en nuestro derecho que justifican y legitiman en el tratamiento o cesión a terceros de datos de carácter personal sin consentimiento de su titular en determinadas específicas situaciones, lo que justificaría penalmente la conducta atribuida al Sr. Hermenegildo".

Viene a concluir esta resolución que en el secreto, para ser jurídicamente digno de protección, "resulta un elemento imprescindible la licitud de aquella información que se encuentra amparada bajo el secreto, bien sea bajo la protección de la intimidad o bajo la protección del secreto de empresa y, en todo caso, existen intereses superiores que relevan de este secreto y justifican la cesión de la información en favor de determinados sujetos públicos, además de interesados, legitimados para conocer la información, tales como son las autoridades administrativas competentes en materia de defraudación tributaria, y específicamente el Ministerio Fiscal y los Tribunales, en la investigación y persecución de ilícitos penales".

2). No puede ignorarse que los argumentos en los que se resume la resolución anterior se pronuncian en el seno de un procedimiento de extradición, sin abordar de forma concreta las cuestiones relativas a la prueba que sí se han suscitado en nuestra causa. Y sobre esta materia se ha pronunciado de forma explícita ya esta misma Audiencia Provincial en sentencia que citamos a continuación.

Se trata de la Sentencia dictada por la Sección sexta en fecha 9 de diciembre de 2015 (ROJ: SAP M 16470/2015), que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra sentencia del Juzgado de lo Penal Num. 31 de Madrid que condenó por delito contra la Hacienda Pública por hechos de identidad sustancial a los que son objeto del presente proceso. En la citada sentencia se analiza como segundo motivo de apelación la invocación de quebranto de garantías por infracción de los artículos 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 24 de la Constitución, con base en la alegación de prueba ilícita. En el Fundamento Jurídico Tercero podemos leer: "En cuanto a la información obtenida, en el actual contexto internacional debemos entender la problemática que ha sido suscitada, no se cuestiona, lógicamente, el interés legítimo del Estado para perseguir la perpetración de esta clase de delitos, sino la forma en que se ha conseguido la información fiscal que se ha precisado para descubrir y sancionar el delito. Se cuestiona por tanto forma de obtener la información y la manipulación de los datos obtenidos. Lo cierto es que las autoridades francesas, en función de los acuerdos y tratados internacionales suscritos, realizó la cesión de los datos, que fueron investigados, no ofreciendo objeción alguna, siendo que investigar más allá la fuente de conocimiento, no parece resulte exigencia admisible por la bondad de la prueba de que se trata. (SAP de Barcelona de fecha 28-10-2014, resolución que recoge y comparte los argumentos expuestos por la Audiencia Nacional en el auto 290/2010 en un caso similar)". Prosigue la sentencia de la Audiencia de Madrid señalando que: "no puede considerarse que la incorporación al proceso por la AEAT de los datos aportados por el "Sr. Hermenegildo" proceda de un acto que pueda reputarse delictivo en España, ni que dicha prueba vulnere el derecho a la intimidad del acusado o el derecho a la protección de sus datos, pues éstos ceden frente a otros derechos constitucionalmente consagrados".



www.civil-mercantil.com

3). Podemos invocar asimismo la Sentencia también de la Audiencia Provincial de Madrid, de 23 de junio de 2015 (ROJ: SAP M 8673/2015) asimismo dictada en recurso de apelación contra sentencia condenatoria del Juzgado de lo penal contra personas titulares de cuentas bancarias opacas en el HSBC Private Bank Suisse cuya identidad y fondos fue conocida a través de la llamada "Lista Falciani". En esta sentencia, si bien no se cuestionaba como motivo de impugnación la nulidad de la prueba, la Audiencia afirma que "Las posibles incidencias acontecidas en el expediente administrativo de inspección tributaria en nada influye en la declaración de Hechos Probados de la sentencia recurrida y la calificación de los mismos como delito fiscal, compartiendo los argumentos de la Magistrada del Juzgado de lo Penal" (FJ Primero.5).

4). Igualmente sobre la licitud de la prueba en supuestos similares al presente, de ilícito fiscal, se pronunció la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en Autos: 204/09, de 29 de mayo de 2009 ; 249/2010, de 21 de octubre de 2010 ; 290/2010, de 18 de noviembre ; o 105/2011, de 6 de mayo de 2011 (caso Liechtenstein).

Cuentas bancarias en el HSBC entre los que se incluye al acusado) por ilicitud en su obtención debido a la vulneración de derechos fundamentales. Y a juicio de esta Sala, no existen motivos para entender que la prueba adolece de nulidad y por ello no resulta de aplicación el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

No se centra el presente proceso en una evaluación de los hechos desde la óptica del rechazo -incuestionable por otra parte- que pueda suscitar el cuantioso perjuicio que la ocultación de fondos en entidades domiciliadas en los denominados paraísos fiscales produce en los países donde debieran ser declarados a la Hacienda Pública. Esta cuestión, aún encontrándose latente en alguna de las alegaciones del Abogado del Estado (a propósito de la referencia a la tesis de la inmunidad fiscal) debe ser acotada en el caso concreto, verificando si nos hallamos ante un delito contemplado en el Código Penal (por sumisión al principio de legalidad) y cuya comisión pueda ser declarada en virtud de la prueba practicada en el seno de un juicio con todas las garantías.

Y la conclusión a la que llega la Sala discrepa de la propuesta por la defensa. No nos hallamos ante un supuesto de prueba ilícita.

Partimos para alcanzar esta conclusión de los siguientes hechos base:

A.- Las autoridades francesas, concretamente de la Dirección General de Finanzas Públicas -en cumplimiento de lo establecido en el artículo 27 del Convenio suscrito entre el Reino de España y la República Francesa, de 10 de octubre de 1995, sobre doble imposición y prevención de la evasión y el fraude fiscal- remitieron a la Agencia Estatal Tributaria española la información de la que disponían sobre contribuyentes españoles que tenían fondos depositados en el HSBC Private Bank, en Ginebra.

B.- Que esta información venía grabada en soporte informático (CD).

C.- Fue entregada personalmente por el Agregado fiscal y financiero de la Embajada de la República Francesa en España en una reunión mantenida en el Departamento de Inspección Financiera y Tributaria de la Agencia Estatal de Administración Tributaria española el día 24 de mayo de 2010, a presencia del entonces Director del Departamento, Benjamín . Así lo declaró como testigo propuesto por la defensa en el acto del juicio oral, y lo había declarado ya ante el Juzgado de Instrucción según puede verificarse en el documento audiovisual incorporado al folio 411. Consta asimismo firmada la recepción del CD-Rom al folio 483 de las actuaciones.

D.- Con carácter previo se había solicitado por la Agencia Estatal Tributaria Española a las autoridades fiscales francesas, mediante oficio de 12 de febrero de 2010, la información de



www.civil-mercantil.com

que dispusieran sobre contribuyentes sujetos a la soberanía fiscal española que figuren en el listado del Banco Suizo HSBC (así consta al folio 479).

E.- El artículo 7 del Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 29 de mayo de 2000, bajo el rótulo de "Intercambio espontáneo de información", dispone: "1. Con las limitaciones impuestas por el Derecho interno, las autoridades competentes de los Estados miembros podrán intercambiar información, sin que medie solicitud alguna al respecto, acerca de infracciones penales y de infracciones de disposiciones legales conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 3, cuya persecución o penalización, en el momento del suministro de dicha información, entre en el ámbito de competencias de la autoridad receptora. 2. La autoridad que proporcione la información podrá imponer condiciones a la utilización de la información por la autoridad receptora, de conformidad con su Derecho interno".

En consecuencia de lo expuesto en los párrafos precedentes tan sólo puede afirmarse que la recepción por las autoridades fiscales españolas de la lista de contribuyentes españoles que disponían de cuentas, fondos u otro tipo de activos en la entidad suiza HSBC se produjo al amparo de la normativa convencional internacional, se materializó mediante entrega confiada a personal diplomático de la República Francesa destinado en España, y no quebró -como posteriormente veremos- el procedimiento itinerante que jurídicamente se exige dentro del marco de la llamada cadena de custodia.

Es decir, nos hallamos ante la obtención por cauces oficiales, de una información documental que se solicitó legal y formalmente y se obtuvo directamente de las autoridades fiscales de la República Francesa; concretamente, de la jefatura de departamento de la Dirección General de Finanzas Públicas (folio 482).

Esta primera apreciación conduciría a invocar la doctrina acuñada y sostenida de manera constante por la Jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en torno a la prueba obtenida en el extranjero. Se condensa esta doctrina en afirmaciones como que "no cabe convertir a los Tribunales españoles en custodios de la legalidad de las actuaciones efectuadas en otro país de la Unión Europea", "ni someter dichas pruebas al contraste con la legislación española", (STS nº 456/2013, de 9 de junio ; nº 312/2012, de 24 de abril ; STS de 27 de diciembre de 2006 ; STS de 22 de mayo de 2009 ; STS de 5 de mayo de 2003 ; 10 de enero de 2003 , entre otras). En estas sentencias se reafirma de manera invariable el llamado principio de no indagación, que puede resumirse en los siguientes términos:

"No siendo ocioso recordar -como decíamos en la STS. 1281/2006 de 27.12 - conforme la STS. 19/2003 de 10.1 , que la pretensión de que los Tribunales españoles se conviertan en custodios de la legalidad de actuaciones efectuadas en otro país la Unión Europea deviene inaceptable. Existe al respecto ya una consolidada doctrina de esta Sala que en general, y más en concreto, en relación a los países que integran la Unión Europea, tiene declarado que no procede tal facultad de "supervisión".

Es cierto que la doctrina anterior se concentra en aquellas pruebas obtenidas en el cauce de las comisiones rogatorias, y en el supuesto que nos ocupa la petición tuvo como escenario una relación no entre órganos judiciales al amparo del Convenio Europeo de Asistencia en materia penal, sino entre departamentos ministeriales, pero no es menos cierto que la obtención de las listas de contribuyentes que se hallaban en poder del Sr. Hermenegildo en su domicilio francés se produjo bajo la directa supervisión judicial, y con idéntica seguridad podemos afirmar que ningún tribunal francés del orden jurisdiccional penal dictaminó la ilicitud de la prueba que -legítimamente- la defensa pone en cuestión.



www.civil-mercantil.com

Quinto.

Las razones en las que insiste la defensa con profusión -no sólo en el acto de la vista oral que se ha celebrado sino a lo largo de todo el proceso- se remontan más atrás: al origen de los datos que tienen en su poder las autoridades fiscales francesas y que entregan al Departamento de Inspección de la Agencia Estatal de Administración Tributaria; más concretamente, al modo de obtención de los datos que conoció en el HSBC Don. Hermenegildo con ocasión de su trabajo como analista informático. Considera que son fruto de un delito y de una intromisión en el derecho fundamental a la intimidad, de tal modo que no pueden ser prueba lícita incriminatoria.

No podemos obviar para el análisis de la cuestión los argumentos ya en buena medida contenidos en el Auto de la Audiencia Nacional por el que se deniega la extradición solicitada por Suiza. Al Sr. Hermenegildo se le abre causa en tal país por una conducta considerada en Suiza como delito indisolublemente relacionado con el secreto bancario. Sin género de duda éste es el elemento nuclear sobre el que gira toda la construcción conceptual que soporta el debate, por muchos que puedan ser los elementos que lo interfieran. Una práctica, como es sabido, objeto de indiscriminado y tradicional blindaje en el país donde se ubica la entidad bancaria que sirvió de protección al acusado para la ocultación de sus bienes al fisco español.

El planteamiento que se presenta desde esta indiscutible premisa es muy claro. Nos enfrentamos a una invocación del derecho fundamental a la intimidad (ciertamente reconocido en el artículo 18 de nuestra Constitución) que en este caso concreto -no es un matiz- sirve de modo incuestionable para ocultar el patrimonio, poniéndolo fuera del conocimiento y alcance de la autoridad fiscal española, y además oculto en una entidad bancaria de un país que se niega de manera sistemática y rotunda a facilitar cualquier información a otros países u organismos sobre su existencia y titularidad. Pero es más: como consecuencia de la "entrada en vigor" en Suiza en el año 2005 del compromiso de aplicación de la Directiva Europea sobre la Fiscalidad del Ahorro (Directiva 2003/48/CE, del Consejo, de 3 de junio de 2003) se llevan a cabo además otras prácticas adicionales sobre los fondos ya ocultos, que suponen una nueva barrera en el diseño estratégico de la opacidad: pasan por la creación y puesta a disposición del "cliente" del banco de entidades mercantiles ficticias, irreales, simples sociedades pantalla, a cuyo nombre se fingen (formalmente se realizan) ulteriores ocultaciones de la titularidad de fondos económicos mediante figuras de disposición o apoderamiento, que así se sustraen todavía más del control tributario y de la satisfacción de las obligaciones fiscales. Es decir: se perfecciona hasta el límite la ocultación directa e indirecta de los fondos, con la exclusiva finalidad de sustraerlos al conocimiento de la Hacienda Pública correspondiente, y eludir el pago de tributos. Esto en la legislación española es, sencillamente, un delito.

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

Lo que se denuncia como quiebra de garantías fundamentales en la actividad probatoria no se produce en el supuesto enjuiciado.

1.- En primer lugar, porque la "vulneración" del llamado secreto bancario, no es ni ha sido configurada como delito en España. Jamás. Tan conocida figura es consustancial a los países denominados en el acervo común "paraísos fiscales", caracterizados existencialmente por servir de sede internacional a la ocultación de patrimonios. El concepto ha sido definido en la doctrina como "la obligación jurídica de sigilo que pesa sobre el banquero respecto a las operaciones profesionales realizadas con su cliente" (Bajo Fernández), que si bien puede ser considerado en abstracto como un legítimo deber de protección general, no puede servir de criterio cuando se utiliza como instrumento para facilitar o poner a disposición de los usuarios de servicios bancarios sencillamente la comisión de delitos, como pudieran ser los de blanqueo de capitales o contra la Hacienda Pública, por no referirnos a figuras delictivas de mayor intensidad.

Además de no contar con reflejo alguno en nuestra legislación penal esa vulneración del secreto bancario, tradicionalmente perseguida en otros países, la evolución normativa española y la emanada de las instituciones de la Unión Europea en la lucha contra el fraude fiscal y el blanqueo de capitales se caracteriza de modo constante por el castigo de aquellas conductas y prácticas en cualquier modalidad contrarias a la transparencia fiscal. Sirva de ejemplo la Ley 19/2003, de 28 de diciembre, de medidas de prevención del Blanqueo de Capitales, por cuya infracción fue sancionada la entidad bancaria suiza en España, y confirmada la sanción en los términos que expresa la STS (Sala 3ª) de 12 de marzo de 2013, aportada por la Abogacía del Estado a título ilustrativo

2.- Tampoco puede ser incardinada la conducta que se atribuye Don. Hermenegildo como un delito de revelación de secretos de empresa (al que podría aproximarse la calificación suiza de "secreto comercial" sobre la que se impulsó la petición de extradición), al fracasar uno de los elementos conceptuales determinantes del secreto digno jurídicamente de protección en nuestro sistema penal. Como nos recuerda -entre otras- la STS de 12 de mayo de 2008 (ROJ: STS 2885/2008), desde una concepción funcional-práctica, deben considerarse secretos de empresa "los propios de la actividad empresarial, que de ser conocidos contra la voluntad de la empresa, pueden afectar a su capacidad competitiva. Así serán notas características: - la confidencialidad (pues se quiere mantener bajo reserva), - la exclusividad (en cuanto propio de una empresa), - el valor económico (ventaja o rentabilidad económica), - licitud (la actividad ha de ser legal para su protección). Su fundamento se encuentra en la lealtad que deben guardar quienes conozcan el secreto, por su relación legal o contractual con la empresa, ya que el bien específicamente tutelado consistirá en la competencia leal entre las empresas. Y su contenido suele entenderse integrado, por los secretos de naturaleza técnico industrial (objeto o giro de empresa); los de orden comercial (como clientela, o marketing) y los organizativos (como las cuestiones laborales, de funcionamiento y planes de la empresa). Su materialización puede producirse en todo género de soporte, tanto papel como electrónico, y tanto en original como copia, y aún por comunicación verbal. Y cabe incluir tanto cifras, como listados, partidas contables, organigramas, planos, memorandums internos, etc". Como hemos dicho, el depósito de fondos y activos de otra índole del acusado en el HSBC Private Bank Suisse, además de estar blindado contra el conocimiento directo de la Hacienda Pública española, se camuflaba a través de su aparente gestión o titularidad a nombre de entidades mercantiles pantalla ("Polaris Star Limited", y "Alkalima", sin obviar la implicación formal de la entidad "First Corporate Director" que el propio banco suizo utilizaba como apoderada de otras distintas personas que carecían de cualquier relación entre sí). Todo este entramado estaba concebido con la única finalidad de ocultar hasta el límite la verdadera propiedad de los activos económicos



www.civil-mercantil.com

depositados, y de este modo, cuando menos sustraerlos a las obligaciones fiscales y tributarias nacionales; es decir: defraudar el pago de tributos.

No existe, por lo tanto, correspondencia entre los delitos por los que se siguió causa penal Don. Hermenegildo en Suiza y la legislación penal española, y es a la luz de ésta última como han de ser examinadas las pretensiones, alegaciones y restantes elementos del debate procesal que se suscita en nuestra causa.

3.- Pero debe añadirse a todo lo anterior en el análisis de la documentación judicial dimanante de los tribunales extranjeros que consta incorporada a las actuaciones.

En la fase de instrucción, mediante Providencia de 5 de junio de 2013 (consta al Tomo III de las diligencias; folio 496), se acuerda librar Comisión Rogatoria a la autoridad judicial de la República Francesa al amparo del Convenio Europeo de 29 de mayo de 2000, que se materializa a través de la Solicitud de Asistencia Judicial en materia penal dirigida a Msr. Le Procureur de la République pres le Tribunal de Grande Instance de Paris y tenía por objeto que se informase sobre el origen de la información proporcionada a las autoridades fiscales españolas sobre datos de clientes del HSBC Private Bank Suisse (folio 500 y ss).

Dicha comisión rogatoria fue cumplimentada y remitida al Juzgado solicitante con la documentación que se acompaña al oficio de 6 de mayo de 2014 (que consta al Tomo IV; folio 700 y ss). Son dos documentos judiciales los que se aportan en contestación a lo pedido: las Sentencias del Tribunal de Apelación de París, de 8 de febrero de 2011 y de la Corte de Casación (Sala de lo Mercantil) de 31 de enero de 2012. En ambas resoluciones se aborda la impugnación de las entradas y registro practicadas en la sede de una empresa francesa, acordadas en el seno de una investigación fiscal que tenía causa en los datos de los que dispuso la Dirección Nacional de Investigaciones Fiscales, precisamente con soporte en la información de clientes del HSBC suizo, obtenidos por Hermenegildo. Tanto el Tribunal de Apelación de París como la Corte de Casación consideran -al margen de otras consideraciones procesales sobre acumulación de causas y el orden cronológico entre autoridades acerca del conocimiento y traslado de la información- que se trata de "datos robados" (" il s'agit de données volées ", dice la sentencia original de París al folio 705; " en ce qu'ils provenaient d'un vol " dice la de la Corte de Casación al folio 708. Las traducciones ordenadas por el Juzgado de Instrucción se incorporan a los folios 753 y siguientes dentro del mismo Tomo).

Pues bien: las decisiones adoptadas en ambos procedimientos (recordemos que en fechas 8 de febrero de 2011 y 31 de enero de 2012) tal vez hayan de considerarse precipitadas, pues lo cierto es que no se corresponden con la decisión adoptada por el Tribunal Penal Federal de Suiza que consta incorporada también al proceso y que merece una destacada valoración por parte de esta Sala.

En el acto del juicio, al amparo de lo establecido en el artículo 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se aportó por la defensa como prueba documental la Sentencia de 27 de noviembre de 2015, del Tribunal Penal Federal de Suiza, Sala de Asuntos Penales en la que se documenta la condena que se impuso en el país helvético Don. Hermenegildo, de cinco años de prisión en juicio en ausencia. Dicha prueba, con la protesta del Ministerio Fiscal y del Sr. Abogado del Estado, fue aceptada por la Sala, sin perjuicio de la valoración que se pudiera hacer de la misma, cuestión que quedaba reservada para el presente momento; la sentencia. Consta incorporada a los folios 199 y siguientes del Rollo de Sala, acompañada de una traducción jurada.

Consideramos que resulta de un interés destacado y debe ser objeto de ineludible valoración ante la reiterada invocación de la existencia de un robo como base del argumento de defensa.



www.civil-mercantil.com

No podemos olvidar que en el proceso al que se contrae la presente sentencia no se juzga Don. Hermenegildo ; tampoco cabe la menor duda al afirmar que los procesos judiciales seguidos en Francia que acabamos de invocar, no tenían por objeto acusación en su contra. Donde sí se le juzgó por los hechos que se le atribuyen cometidos en el seno del HSBC (donde trabajó como técnico analista informático durante los años 2007 y 2008) fue en Suiza. Resulta de importancia capital esta precisión dado que en la Sentencia que pronuncia el Tribunal Penal Federal de Suiza por esos hechos no se condena al Sr. Hermenegildo -en absoluto- por sustracción (ni por lo tanto robo) de datos. Resulta más que relevante destacar que el proceso suizo se siguió por delito de información económica, por haber intentado facilitar a empresas privadas u organismos de otros países "secretos de negocios". Se centró en los cargos de violación de secreto comercial y del secreto bancario, de los artículos 162 del Código Penal suizo y 47.1 del LB. Y desde luego -repetimos- en este proceso se absuelve a Hermenegildo (con nombre ficticio de Marcos en la copia de la sentencia difundida) del cargo de "sustracción de datos" del artículo 143 del CP (así puede comprobarse con claridad al folio 234 del Rollo de Sala en la versión original de la sentencia, que se corresponde con el apartado II del reverso del folio 198, donde figura la traducción realizada por intérprete jurada de francés). En la traducción se expresa literalmente: "II.2 Marcos queda absuelto de las acusaciones de robo de datos (art. 143, CP)." (Ya hemos reseñado que Marcos es nombre ficticio de Hermenegildo , en consonancia con cuanto se advierte en la nota marginal superior de la primera página de la sentencia aportada).

De nuevo tropezamos con una falta de incriminación esencial que debilita la tesis de la ilicitud de la prueba. Si en la sentencia dictada en el seno del proceso donde fueron juzgados precisamente los hechos que se imputan al Sr. Hermenegildo en Suiza se le absuelve de delito de sustracción (sea cual fuere su modalidad), no es posible sostener que el origen de los datos es éste basándose en resoluciones judiciales de otro país distinto, donde no se desarrolló juicio contra el acusado.

Esta conclusión nos lleva asimismo a discrepar de otro de los elementos argumentales expuestos por la defensa, que defiende la invalidez del resto de la actividad probatoria realizada a instancia de la acusación debido a la llamada conexión de antijuricidad con la prueba originaria.

Entre otras muchas, la STS de 9 de junio de 2013 (ROJ: STS 2930/2013) delimita con nitidez la relación existente entre la doctrina "del árbol envenenado" (que provoca la nulidad radical y directa de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales) y las consecuencias mediatas que arrastra para otras pruebas derivadas la llamada "conexión de antijuricidad". Señala la citada resolución que " Es doctrina de la Sala 2ª TS (entre otras sentencias 416/2005, de 31-3 ; 261/20006, de 14-3; 25/2008, de 29-1 ; 1045/2009, de 4-11 ; 1183/2009, de 1-12 ; 628/2010, de 1-7) al examinar cual es la trascendencia mediata a los efectos inhabilitantes de la prueba obtenida con violación del derecho fundamental, en el sentido de superar las diversas interpretaciones y la integración, en los más justos términos, de lo que el mandato legal contiene como severa proscripción del uso de prácticas constitucionalmente reprobables en la obtención de elementos probatorios y de la búsqueda de eficacia, en términos de estricta justicia, para el proceso penal, impone una alternativa, de la que se hacen eco sentencias como la del Tribunal Constitucional 8/2000 de 17.1 y la de esta Sala 550/2001 de 3.4 , entre otras, asentadas sobre las siguientes aseveraciones en orden a la transferencia mediata de la nulidad por vulneración del derecho fundamental a una prueba que directamente no produjo esa vulneración:



www.civil-mercantil.com

a) que en primer lugar, hemos de partir de una fuente probatoria obtenida, efectivamente, con violación del derecho fundamental constitucionalmente conocido, y no afectada simplemente de irregularidad de carácter procesal, por grave que sea ésta.

b) que la nulidad institucional de una prueba en el proceso no impide la acreditación de los extremos penalmente relevantes mediante otros medios de prueba de origen independiente al de la fuente contaminada, pues si no existe una "conexión causal" entre ambos ese material desconectado estará desde un principio limpio de toda contaminación.

c) Por último, y esto es lo más determinante, que no basta con el material probatorio derivado de esa fuente viciada se encuentre vinculado con ella en conexión exclusivamente causal de carácter fáctico, para que se produzca la transmisión inhabilitante debe de existir entre la fuente corrompida y la prueba derivada de ella lo que doctrinalmente se viene denominando "conexión de antijuricidad", es decir, desde un punto de vista interno, el que la prueba ulterior no sea ajena a la vulneración del mismo derecho fundamental infringido por la originaria sino que realmente se haya transmitido, de una a otra, ese carácter de inconstitucionalidad, atendiendo a la índole y características de la inicial violación del derecho y de las consecuencias que de ella se derivaron, y desde una perspectiva externa, que las exigencias marcadas por las necesidades esenciales de la tutela de la efectividad del derecho infringido requieran el rechazo de la eficacia probatoria del material derivado".

A juicio de la Sala, y por cuanto hemos expuesto, fracasa el primero de los elementos condicionantes de la consecuencia invalidante, pues no partimos de una prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales. De ahí que resulte innecesario abordar la invalidez indirecta de las pruebas practicadas a raíz del conocimiento de la existencia en el banco suizo de los fondos y activos de los que resultaba ser titular el acusado.

Sexto.

Resueltas las cuestiones atinentes a la licitud de la prueba, estamos en condiciones de afirmar que los hechos previamente declarados probados son constitutivos de dos delitos contra la Hacienda Pública, previstos y penados en el artículo 305, párrafo primero, del Código Penal, en la redacción vigente en la fecha de la comisión por ser más favorable que la actual, tras las modificaciones operadas por las L.O. 5/2010, 7/2012 y 1/2015, todas ellas de reforma del Código Penal.

Tal precepto disponía entonces:

1. El que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta de retribuciones en especie obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de 120.000 euros, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía.

Las penas señaladas en el párrafo anterior se aplicarán en su mitad superior cuando la defraudación se cometiere concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

a) La utilización de persona o personas interpuestas de manera que quede oculta la identidad del verdadero obligado tributario.



www.civil-mercantil.com

b) La especial trascendencia y gravedad de la defraudación atendiendo al importe de lo defraudado o a la existencia de una estructura organizativa que afecte o puede afectar a una pluralidad de obligados tributarios.

Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años.

2. A los efectos de determinar la cuantía mencionada en el apartado anterior, si se trata de tributos, retenciones, ingresos a cuenta o devoluciones, periódicos o de declaración periódica, se estará a lo defraudado en cada período impositivo o de declaración, y si éstos son inferiores a doce meses, el importe de lo defraudado se referirá al año natural. En los demás supuestos, la cuantía se entenderá referida a cada uno de los distintos conceptos por los que un hecho imponible sea susceptible de liquidación.

Séptimo.

Así resulta de la prueba practicada, que a continuación se resume y cuya suficiencia - negada por la defensa en juicio- se considera plena a los fines de enervación de la presunción de inocencia que, como derecho fundamental, viene garantizada apriorísticamente a toda persona a quien se imputa la comisión de un delito en el conocido artículo 24 del texto constitucional.

1.- El acusado ha negado en juicio (en fase de instrucción se acogió a su derecho a no declarar, como consta al folio 14) su intervención en los hechos. Manifiesta ser ingeniero industrial de profesión, jubilado desde el año 2000. En los años 2005 y 2006 dice que era asesor de su hija, percibiendo unos ingresos aproximados de 15.000 euros/año que cobraba en efectivo, y además una cantidad en torno a los 20.000 euros anuales procedentes de la venta de uva de una finca que explotaba sin estructura empresarial ni empleados. Admite que tenía cuentas corrientes en España (en el Banco de Santander, en el BBVA y en la Caja de Ingenieros) pero que no utilizaba nunca tarjetas de crédito; de lo que cobraba en efectivo se quedaba con el dinero necesario para sus gastos y lo demás lo ingresaba. A preguntas del Ministerio fiscal responde que no tiene nada que decir en torno al ingreso por importe de 103.000 euros en efectivo en sus cuentas en el año 2005 ni recuerda haber ingresado 70.000 euros en el año siguiente.

Niega cualquier titularidad sobre cuentas en el HSBC de Suiza; ni directamente ni a través de personas o entidades interpuestas. Niega por tanto ser depositario en ese banco de 5.000.000 de euros. Desconoce por qué razón podían tener las autoridades fiscales francesas su domicilio, número de pasaporte, de móvil, fax y teléfono fijo. No sabe nada.

2.- Dña. Adolfina , en la fecha de los hechos adjunta a la Jefatura de la ONIF y como autora del Informe general en relación con clientes de HSBC Private Bank Suisse que tuvo a la vista en su declaración en juicio relata el origen del conocimiento de la lista de contribuyentes españoles con cuentas en dicha entidad bancaria afirmando que fue solicitado por España a las autoridades fiscales francesas. Cuenta que se reciben en CD tres listados: personas físicas, jurídicas, y datos, y que cada persona contaba con un link que abría sus datos personales y patrimoniales. Figuraban los conjuntos de activos (cuentas, valores, activos líquidos...) y que el llamado "perfil" de cada persona podía tener varias personas asociadas (beneficiario, titular, mandatario...). Entre los meses de abril y junio se produce un cambio importante en las cuentas como consecuencia de la Directiva Europea del ahorro que obligaba a los países a



www.civil-mercantil.com

intercambiar información sobre intereses generados en depósitos bancarios por ciudadanos europeos. Suiza "se adhirió" y a partir de julio hizo una retención liberatoria a las personas físicas. Retenía y luego hacía una transferencia a la Hacienda española de un 75% de lo recaudado. Sin esta mecánica no se conocen las cuentas ni rendimientos de capitales en Suiza. En las fichas recibidas de Francia se contenían una serie de datos que comprobaron con los que teníamos en España, y en la inmensa mayoría coincidían (salvo a veces, algún domicilio). No encuentra la perito razón alguna para explicarse por qué Francia pudiera tener por sí misma esos datos identificativos de personas españolas. Solía aparecer otra dirección distinta a la del HSBC, que correspondía a la de la entidad filial. No se podía rastrear el dinero anterior a noviembre de 2005. Manifiesta que el propio banco recomendaba a clientes la apertura de una compañía personal (PIC) para poner a nombre de ésta los fondos y de esta manera no figuraban personalizados, pudiendo así eludir el cumplimiento de la Directiva. Eran en realidad sociedades pantalla. La información recibida se estructuraba en unas 2000 fichas que se correspondían con unos 700 perfiles, dado que en estos había varias personas asociadas. A partir de la recepción de las fichas, la AET comprueba los datos (residencia, actividad, dependencia de haciendas forales...) y se filtran los datos para analizar si eran compatibles con lo que declaraban en España. En algunos casos sí se declaraban. La Dirección de la Inspección Tributaria decidió la vía del artículo 153 del Reglamento de actuaciones e inspección tributaria para permitir a los contribuyentes regularizar la situación a través de una declaración complementaria. Se solicitaron datos a Suiza con base en el artículo 25 bis del Convenio de intercambio de información, y Suiza se negó. De 598 personas, 293 presentaron declaración complementaria, regularizaron la situación y asumieron la información que constaba en las fichas. Solo 31 negaron su relación con las cuentas. Reitera que el HSBC les facilitaba a los clientes la operativa: constituía una sociedad pantalla, ficticia, en Islas Vírgenes británicas y como mandatario aparecía en muchos casos una sociedad común, incluso para personas que no tenían ninguna relación entre sí: "First Corporate Director". No tiene el menor indicio acerca de la posible manipulación de datos. Al contrario, los datos eran correctos y así se comprobó en todos los casos de quienes regularizaron. El CD no circuló, sino que se volcó en los archivos de la AET. No hubo inexactitudes en las fichas BUP, salvo algunos matices (padres/hijos por ej). Se acercaba el día 30 de junio y podían prescribir muchos casos. Por eso se manejaron varias posibilidades y se decidió dar la oportunidad a los contribuyentes de la lista para que regularizarasen. Comprobaron los datos con todos los disponibles en España. Desconoce qué persona concreta realizó el CD en Francia pero no dudaron de su oficialidad: venía de la propia Dirección General de Finanzas. Cuando se recaba de un país extranjero una información oficial como ésta no se exige que las autoridades de ese país comprueben todos los datos posibles. Es una cooperación oficial.

3.- El testigo Benjamín, entonces Director del Departamento de Inspección manifiesta ser quien recibió el CD, de manos del Agregado Fiscal de la Embajada de Francia en España. Entregó el CD al Jefe de la ONIF y hubo una reunión para decidir qué hacer. Barajaron todas las posibilidades y se consideró que lo mejor era ir al procedimiento de gestión. La información no era insuficiente para acudir al procedimiento de inspección; no había deficiencia ni debilidad en la información. Pero estaban a unos quince días de la fecha de prescripción del impuesto y se consideró mejor el primero de los cauces. La información se pidió a Francia después de que el Ministro de Finanzas Francés anunciase en la Cumbre de Davos que tenía esa información y ofrecía compartirla con los países afectados. Así se pidió, y consta al folio 479 la petición de 12 de febrero de 2010, que previamente habían consultado con Francia. Suiza había dicho que se negaba en rotundo a colaborar, pero no tiene el menor indicio acerca de que los datos del registro del domicilio del Sr. Hermenegildo fuesen manipulados.



www.civil-mercantil.com

4.- La perito Dña. Valentina , Inspectora de Hacienda fue quien manejó la información recibida que afectaba al acusado. Se ratifica en el informe obrante en autos a los folios 572 a 602. Salvador no declaró en 2005 ni en 2006 ningún activo fuera de España. Su ficha BUP recibida de Francia contenía los datos personales, domicilio, domicilio fiscal, teléfono móvil, teléfono fijo, fax... y comprobaron que los gastos de teléfono y fax del acusado se abonaban a través de sus cuentas conocidas, además de otros datos coincidentes con los que estaban registrados en la base de datos de la AET. Al perfil del acusado se encontraban asociados su tía y su primo, y una sociedad desconocida, Polaris, además de figurar como mandatario o apoderado otra sociedad: "First Corporate Director". Esta misma empresa aparecía en las listas ligada a otras personas que no tienen absolutamente nada que ver entre sí. En la misma ficha (página 13 del informe) aparecían los saldos, expresándose las cantidades en dólares, que luego fueron convertidos a euros. Se hizo un requerimiento a Suiza de información sobre estas cuentas. Como es sabido, Suiza se negó a colaborar. Se abrió un procedimiento de inspección y se citó al acusado para pedirle aclaraciones. No compareció, sino a través de representante. Se le citó nada menos que once veces, y sin negar categóricamente la titularidad de las cuentas no facilitó ningún dato, sino que respondió siempre que era a la AET a quien le correspondía investigar. Tampoco aclaró en absoluto su posible relación con la sociedad llamada Polaris. Sobre las cuentas en España del acusado, ante la falta de información de éste, tuvieron que recabarla directamente de los bancos, y figuraban imposiciones en efectivo que constaban por la "boleta" firmada por Salvador . Se le solicitó que justificase la procedencia de ese dinero y no respondió nada. Se comprobó que no hacía ninguna retirada de efectivo, de lo que dedujeron que manejaba cantidades de dinero en efectivo no justificadas. No existía ninguna correspondencia entre los ingresos en el banco y lo que declaraba el acusado. En relación a los fondos de Suiza, el acusado había otorgado poder de administración a favor de Polaris, y no había rastro de donde averiguar la procedencia del dinero. Ante la falta absoluta de justificación y de explicaciones del acusado pese a los reiterados requerimientos, se calificó su saldo como ganancias no justificadas, de conformidad con el artículo 137 de la Ley reguladora del Impuesto sobre la Renta de las personas físicas. Si hubiera justificado el origen de los fondos (expresamente dice que por ejemplo por herencia de su madre) se hubiesen liquidado por el concepto correspondiente, pero al negarse en rotundo a justificar nada, hay que calificarlo como ganancia no justificada. Se investigó también la sociedad "Alkalina" y sencillamente, no existe. Se le requirió de nuevo al acusado para que diese alguna información y su respuesta fue la misma: no dijo nada. Los familiares del acusado que estaban incluidos en su perfil sí reconocieron que tenían los fondos en el HSBC de Suiza, y eso también ratifica la veracidad de las fichas BUP. Responde a la defensa que No modificó de ninguna manera el archivo Excel; lo que hizo fue trabajar sobre una copia que se hizo del archivo: lo que afectaba al Sr. Salvador . Esa es la única explicación que puede dar a lo que se le pregunta como modificación informática. Reitera también que un elemento que les llevó a otorgar credibilidad a la ficha BUP fue la negativa -de hasta en once ocasiones- rotunda del acusado a dar la menor explicación sobre nada.

5.- Como perito contradictorio propuesto por la defensa intervino D. Joaquín , inspector de Hacienda excedente, que emitió un informe -según manifiesta en juicio- sobre el valor probatorio de la ficha BUP a efectos tributarios. Pone de manifiesto que en principio si dispone de la información la Agencia Tributaria, es fiable. Pero que el artículo 108.4 de la Ley General Tributaria obliga a contrastar los datos de un documento que imputa a una persona bienes o derechos. Por sí sola una ficha no es suficiente. Niega que exista prueba por parte de la Inspección de Hacienda sobre la titularidad de los saldos a favor de D. Salvador . El acusado ha dicho siempre que los fondos no eran suyos, y la carga de la prueba corresponde a la Agencia Tributaria. Aún contando con que la cuenta de la sociedad Polaris se abrió en



www.civil-mercantil.com

noviembre de 2005, afirma que las variaciones de saldo posterior no pueden ser consideradas ganancias no justificadas de patrimonio. Sostiene, como en la página 38 de su informe, que la ficha BUP no es creíble para la Inspección. Reitera que la Agencia no hizo nada para comprobar los datos procedentes de un tercero, que hay obligación de probar de modo fehaciente la titularidad de bienes o derechos, ya sea por documentos o testimonios y llega a afirmar que en el expediente no hay ningún intento de contrastar fehacientemente la información. Añade que la base de datos de hacienda no hace prueba de nada: "no es más que un mero pantallazo". Realiza luego diversas consideraciones sobre la cuota y concluye diciendo que las ganancias del año 2006 no pueden ser de ninguna manera "ganancias no justificadas de patrimonio". Que tan sólo, en el peor de los casos, se podría hacer liquidación por la cantidad inicial del año 2005.

Octavo.

La valoración que merece la prueba comienza por afirmar:

1.- La plena convicción del Tribunal en torno a la autenticidad de la lista . Partiendo de que el acusado negó disponer de cuentas en el HSBC de Ginebra, por parte de la defensa se cuestionó en varias ocasiones la validez de la lista de contribuyentes facilitada a las autoridades españolas. Por ejemplo en el interrogatorio dirigido a las inspectoras de Hacienda que intervinieron como testigo/peritos Adolfinia y Valentina , o al entonces director del departamento de inspección Benjamín (persona receptora del CD francés), en preguntas dirigidas con minuciosa precisión sobre el conocimiento o no de la identidad del concreto funcionario francés que elaboró la hoja Excel; o si se hizo o no un clonado del ordenador Don. Hermenegildo cuando se le intervino en su domicilio de Niza; o sobre el proceso de volcado de los datos recibidos en los equipos informáticos de la Agencia Tributaria española; o el trabajo sobre copias. Tampoco puede silenciarse la intervención del perito Sr. Joaquín (que en su día fue inspector de Hacienda) quien además de sus consideraciones sobre el cálculo de la cuota tributaria llega a afirmar que la base de datos de Hacienda no hace prueba de nada; que no es más que "un mero pantallazo". La intención de la defensa -sin la menor objeción a su función procesal- era cuando menos sembrar en el Tribunal la duda acerca de la validez o autenticidad de la lista informática, llegando a insinuar (a veces asegurando sin reserva) que fue objeto de manipulaciones. De ahí la insistencia en invitar a la Sala a comprobar dentro de la pestaña de propiedades del documento informático, las fechas de modificación de archivo, más concretamente con la aportación al inicio del acto de la vista oral de un "Informe de investigación técnica" (folio 190 del Rollo de Sala) sobre la autenticidad e integridad de los archivos informáticos que soportan los datos correspondientes a los hechos enjuiciados (informe expresamente impugnado por las acusaciones y carente de ratificación al no comparecer en juicio quien lo emitió para poder someterse a la necesaria contradicción y aclaraciones).

Pues bien: la Sala no alberga duda en torno a la autenticidad de los datos. En primer lugar, y con carácter general, no podemos aceptar como hipótesis dotada de lógica que la Dirección General de Finanzas de la República Francesa tuviese la menor intención de manipular los datos económicos y personales de Don Salvador , vecino de Alcobendas, (Madrid) y Las Palmas, cuya relación con Francia ni nos consta ni se deduce tampoco hasta el punto de basar cualquier género de animadversión en las autoridades francesas que provocase una acción de invención o manipulación de listados informáticos para convertir al acusado nada menos que en objetivo de un proceso penal en España. Evidentemente esta hipótesis carece de la mínima coherencia. No hay explicación a la pregunta de por qué Francia o el mismo Sr.



www.civil-mercantil.com

Hermenegildo iban a incluir en un listado informático al acusado (desconocido a todas luces) D. Salvador , y además hacerse con su exacta dirección en Las Palmas de Gran Canaria, su correcta dirección en Alcobendas (calles, número y distrito postal) e imputarle fondos y activos cuantificados en una cuenta del HSBC suizo. Tampoco tiene explicación racional por qué pudieron las mismas fuentes asociar al acusado con sus parientes directos (reales) Marina y Jesus Miguel , e incluyeron en las fichas informáticas las direcciones exactas de cada uno de estos en Canarias. Tampoco tiene explicación racional la hipótesis -igualmente forzada- de que la Hacienda Pública española inventase, deformase, manipulase o llegase a falsear uno o varios archivos informáticos para aperturar un procedimiento tributario (de gestión o de inspección) contra Don Salvador , y ante la rotunda negativa por parte de éste a facilitar ningún dato (nada menos que tras ser requerido al efecto en once ocasiones) decidiese impulsar a través de la Abogacía del Estado el ejercicio de la acción penal.

Pese a la insistencia de la defensa en cuestionar la autenticidad de los datos, la falta del menor respaldo lógico a la hipótesis "creativa" artificial sobre los mismos, ha de ser la primera afirmación en torno a este punto, desde esa apreciación de la prueba sobre la base de la razonabilidad de conclusiones de que nos habla por ejemplo la STS de 3 de diciembre de 2013 ; o que en Sentencias de esta misma Sección hemos abordado bajo el concepto de arbitrariedad por incoherencia al referirnos a la valoración de la prueba entre otras en SAP M de 29 de septiembre de 2014; o de 16 de junio de 2015; de 19 de junio de 2015; de 8 de marzo de 2016).

2.- Pero además de la expuesta carencia de explicación lógica a la tesis de los datos no ajustados a la realidad, se obtuvieron en juicio elementos de respaldo de la autenticidad realidad definidos y concretos que inciden sobre otro de los puntos planteados: la posible "manipulación" de la ficha del acusado. Manipular, según el Diccionario de la Real Academia, es tanto como "intervenir con medios hábiles, y a veces arteros, en la política, en el mercado, en la información, etc... con distorsión de la verdad o la justicia, y al servicio de intereses particulares" (acepción 3).

Por parte de los peritos de Hacienda se sostiene con reiteración que la afirmación de titularidad de los fondos del acusado se basa en la ficha BUP recibida. La inspectora Dña. Adolfinia (adjunta a la Jefatura de la Oficina Nacional de Investigación del Fraude) declara que una vez que se dispuso de la lista con las fichas en la AET, se solicitó a Suiza (en virtud del artículo 25 bis del Convenio de intercambio de información) datos de contraste, y este país se negó a facilitar dato alguno. Se contrastaron las fichas, la mayoría de los contribuyentes de la lista que figuraban en la lista regularizaron su situación con Hacienda asumiendo y validando la información recibida; sólo 31 negaron la titularidad de los fondos o su relación con las cuentas. Niega indicio alguno de manipulación, aclarando que se comprobaron los datos en todos los casos de regularización y las discrepancias que hubo en las liquidaciones no fueron sustanciales en ninguno. Añade a preguntas del Abogado del Estado que la información se volcó en la red de la AET. A la defensa, que no hubo inexactitud de la ficha BUP. Que se investigaron los datos de los contribuyentes y resultaron ciertos los que se contrastaban con la información disponible en España. Llega a afirmar que "la información era buenísima". D. Benjamín niega asimismo tener el mínimo indicio sobre cualquier manipulación de los datos. Este testigo (que en el presente proceso declara bajo juramento y advertencia de delito de falso testimonio) explica el porqué de los matices que se le plantean sobre su declaración en calidad de imputado en la querrela que se dirigió en su contra por los sindicatos que consideraron benévolo el procedimiento de regularización. La perito Inspectora de Hacienda Dña. Valentina es quien examina en concreto el expediente del acusado, y sobre tal actuación emite el informe que consta en la causa al Tomo III (folios 572 a 602). En él detalla el contenido de la Ficha BUP Número NUM010 , correspondiente a D. Salvador , y a preguntas de la defensa manifiesta



www.civil-mercantil.com

que trabajó sobre una copia del CD en lo que afectaba al acusado; niega rotundamente que hubiese manipulado la hoja Excel, y destaca que el acusado fue citado hasta en once ocasiones por la Agencia Tributaria para que aclarase, explicase o hiciese cualquier tipo de alegación sobre la información que le afectaba; su respuesta fue una negativa absoluta a cualquier explicación, lo que no deja de ser un elemento significativo aun admitiendo que "la carga de la prueba" corresponde a la Administración Tributaria. También se hizo requerimiento a Suiza para que informase sobre estas cuentas, con el conocido resultado de absoluta opacidad. No menos significativo resulta el hecho de que los familiares del acusado residentes en Canarias y asociados al mismo perfil en la ficha BUP tan repetida reconocieron la titularidad de fondos del HSBC y regularizaron su situación tributaria.

No existe, a juicio de esta Sala, ningún indicio para pensar que o bien las autoridades fiscales francesas o bien las autoridades tributarias españolas crearon ficticiamente, o manipularon, o alteraron los datos económicos o personales correspondientes al acusado o a sus familiares.

Por la defensa se insistió -por cuanto afecta a esta materia- en resaltar lo que denominó en su trámite de informe la escasa calidad de la prueba base: que la fecha de creación del archivo informático es de 15 de abril de 2009 cuanto la entrada y registro en el domicilio del Sr. Hermenegildo es del mes de enero, de lo que se deduce que el archivo no es un clon. Así puede verse en el apartado de "Propiedades" del archivo, concretándose en la pestaña "Detalles". Dada la falta de ratificación en juicio del informe técnico aportado en el mismo comienzo de la sesión por la defensa, no podemos valorar cuanto a través de esta prueba quiso exponerse en torno a la pretendida manipulación de los archivos ni su eventual alcance. Pero por otra parte, entendemos que aquí juega en plenitud el principio de no indagación al que antes ya nos hemos referido y ahora reproducimos parcialmente.

No podemos olvidar que la lista manejada por la Hacienda Española procede de la autoridad oficial fiscal francesa, y por ello afirmamos la aplicación del principio de no indagación, sobre el que contamos con una consolidada doctrina jurisprudencial que atiende, a efectos de eficacia probatoria de diligencias practicadas en el extranjero, a la salvaguarda del "contenido esencial de los valores y garantías" compartidos entre los Estados de la Unión. En este sentido, la STS de 27-12-06, citada extensamente por la de 24-4-12, que recuerda cómo, conforme a la STS 19/2003 de 10.1, "la pretensión de que los Tribunales españoles se conviertan en custodios de la legalidad de actuaciones efectuadas en otro país de la Unión Europea deviene inaceptable. Existe al respecto ya una consolidada doctrina de esta Sala que en general, y más en concreto, en relación a los países que integran la Unión Europea, tiene declarado que no procede tal facultad de "supervisión".

Si lo que se pretende proyectar es una duda acerca de la manipulación de la ficha del acusado en manos de las autoridades tributarias españolas, la explicación a la aparición en "detalles" de una fecha distinta a la de creación del archivo la facilita la perito Sra. Valentina: se extrajo del documento recibido una copia parcial de la ficha del acusado, sólo en lo que le afectaba a él, para trabajar su expediente, lo que resulta normal en términos tangibles a la vista de la multiplicidad de contribuyentes y perfiles que constaban en el conjunto recibido. La explicación se respalda por una lógica coherente y resulta asumida por la Sala.

3.- Prosiguiendo con la valoración de la prueba practicada en torno a la veracidad de la lista -más concretamente en lo que afecta al acusado en esta causa- no podemos omitir una referencia a su persistente e inquebrantable negativa a facilitar a la Agencia Estatal Tributaria ningún dato relativo a los fondos que se le atribuían en Suiza. La perito Inspectora de Hacienda Dña. Valentina reiteró con firmeza que fue requerido hasta en once ocasiones para dar alguna explicación sobre los datos que se le ponían de manifiesto en el expediente de inspección. Y con la misma firmeza repite hasta la saciedad que Salvador se negó a dar ninguna explicación.



www.civil-mercantil.com

Evidentemente, en nuestro sistema jurídico, el derecho al silencio está consolidado en toda aquella actividad de naturaleza "incriminatoria". No es preciso referirnos al reconocimiento con carácter fundamental en el seno del proceso penal. Tampoco a la "importación" que de los principios y garantías penales se ha venido haciendo en el ámbito del derecho administrativo sancionador. Pero no puede calificarse de arbitraria ni tampoco ilógica la consideración como indicio de verdadera relevancia la negativa tajante de una persona a dar la mínima (aunque fuese interesada) explicación sobre la información que se le solicitaba, máxime sabiendo que las consecuencias que podía acarrear el procedimiento inspector al que estaba sujeto podían alcanzar cotas de naturaleza incluso penal en atención a la cuantía de los fondos que figuraban como de su titularidad en un paraíso fiscal, en un banco cuyas prácticas se ha demostrado que favorecían la opacidad económica.

Podríamos considerar esta actitud como un elemento corroborador de los demás que ya constan analizados en torno a la valoración como veraz, real o cierta, de la prueba documental que se cuestiona (la lista). Viene a ser, al fin y al cabo, la misma actitud que - amparado en su derecho- observa el acusado en juicio en cuanto se le interroga por los fondos que se le atribuyen en Suiza: nada sabe y nada explica; pero además, y aun partiendo del principio jurídico de que es a las acusaciones en el seno del proceso penal a quienes corresponde desarrollar la actividad incriminatoria, ni la mínima actitud de contribuir (solo de contribuir) al esclarecimiento de los hechos se ha mostrado. Como nos recuerda la reciente STS de 17 de febrero de 2016 (ROJ: STS 594/2016): "el rechazo a dar explicaciones, como indicaba esta Sala, en la STS núm. 849/2014, de 2 de diciembre con cita de las SSTS 711/2014 de 15 de octubre y 487/2014, de 9 de junio , no posibilita su integración como indicio para obtener prueba de cargo, cuando la existente es insuficiente: De la aplicación que hace el Tribunal Constitucional de la doctrina procesal del Caso Murray se desprende que la jurisprudencia que sienta el TEDH no permite solventar la insuficiencia de la prueba de cargo operando con el silencio del acusado. La suficiencia probatoria ajena al silencio resulta imprescindible. Esto es: una vez que concurre prueba de cargo "suficiente" para enervar la presunción de inocencia es cuando puede utilizarse como un argumento a mayores la falta de explicaciones por parte del imputado. De lo contrario, advierte reiteradamente el Tribunal Constitucional, se correría el riesgo de invertir los principios de la carga de la prueba en el proceso penal". En idéntico sentido se pronuncian sentencias de la misma Sala como la de 20 de julio de 2015 (ROJ: STS 3261/2015); o del Tribunal Constitucional , como la STC 202/2000, de 24 de julio , con arreglo a la cual cuando las pruebas de cargo requieren una explicación, que el acusado debería ser capaz de dar, la ausencia de la misma puede permitir la conclusión de que no existe explicación posible y, por tanto, pueden extraerse conclusiones negativas del silencio del acusado.

Aplicando esta doctrina (mucho más garantista por producirse en sede de jurisdicción penal) al enjuiciamiento de la validez o realidad de la lista de contribuyentes españoles obtenida de las autoridades fiscales francesas, hemos de compartir la observación de la representante del Ministerio Fiscal cuando llama la atención sobre la actitud del acusado. No es que éste fuese capaz de dar una explicación sobre la no titularidad de las cuentas; es que hacer esto le resultaba tan sumamente fácil como solicitar del HSBC un certificado que acreditase que no era su cliente, o que no guardaba relación alguna con fondos depositados en esa entidad, ni en ninguna otra filial de la misma, ni sociedad vinculada directa o indirectamente.

Cuando contamos con datos que permiten afirmar la entrega oficial de la lista, las coincidencias de información personal que contenía con relación al acusado, el reconocimiento que de los hechos realizaron sus familiares, el reconocimiento que del contenido y veracidad



www.civil-mercantil.com

de la lista que hicieron tantos contribuyentes, y la falta de dato alguno que induzca a pensar en cualquier género de manipulación ni motivo para hacerla, el silencio absoluto y tenaz no puede despreciarse como elemento valorativo corroborador.

Tan sólo por último cabe dejar constancia del cierto grado de contradicción que representa el hecho de que el acusado en juicio haya negado rotunda y sostenidamente cualquier relación -directa o indirecta- con las cuentas suizas o con las entidades que a ellas aparecen asociadas, pero al mismo tiempo fundamentalmente su defensa alegando que se ha vulnerado su intimidad al desvelar sus datos bancarios. Difícilmente se sostiene de modo simultáneo este absoluto desconocimiento alegado y la defensa de los datos económicos como algo no sólo propio sino integrante de su privacidad.

Noveno.

Cuestión adicional y de necesaria mención es la puesta en duda asimismo de la llamada cadena de custodia que se deslizó en juicio dentro de la línea y completa estrategia de argumentos defensivos, especialmente en el interrogatorio de los responsables de la Inspección Tributaria .

Como señala la STS de 10 de marzo de 2014 (ROJ: STS 1001/2014) "Se viene entendiendo por la doctrina como " cadena de custodia " el conjunto de actos que tienen por objeto la recogida, el traslado y la conservación de los indicios o vestigios obtenidos en el curso de una investigación criminal, actos que deben cumplimentar una serie de requisitos con el fin de asegurar la autenticidad, inalterabilidad e indemnidad de las fuentes de prueba. Esta Sala tiene establecido que la integridad de la cadena de custodia garantiza que desde que se recogen los vestigios relacionados con el delito hasta que llegan a concretarse como pruebas en el momento del juicio, aquello sobre lo que recaerá la inmediación, publicidad y contradicción de las partes y el juicio del tribunal es lo mismo". También señala la STS de 25 de febrero de 2014 (ROJ: STS 764/2014 . FJ 4º) que: "el problema que plantea la cadena de custodia -hemos dicho con reiteración en SSTS, 6/2010 de 27.1 , 776/2011 de 26.7 , 347/2012 de 25.4 , 773/2013 de 22.10 , "es garantizar que desde que se recogen los vestigios relacionados con el delito hasta que llegan a concretarse como pruebas en el momento del juicio, aquello sobre lo que recaerá la inmediación, publicidad y contradicción de las partes y el juicio de los juzgadores es lo mismo. Es a través de la cadena de custodia como se satisface la garantía de la "mismidad" de la prueba. Se ha dicho por la doctrina que la cadena de custodia es una figura tomada de la realidad a la que tiñe de valor jurídico con el fin de, en su caso, identificar el objeto intervenido, pues al tener que pasar por distintos lugares para que se verifiquen los correspondientes exámenes, es necesario tener la seguridad de que lo que se traslada y analiza es lo mismo en todo momento, desde el momento en que se interviene hasta el momento final que se estudia y analiza y, en su caso, se destruye. Ahora bien existe la presunción de lo recabado por el juez, el perito o lapolicía se corresponde con lo presentado el día del juicio como prueba, salvo que exista una sospecha razonable de que hubiese habido algún tipo de posible manipulación .

Aplicando la doctrina jurisprudencial al supuesto que nos ocupa, concluye la Sala que no se advierte la quiebra de fidelidad planteada por la defensa. Consta acreditado (ya quedó expuesto) el modo de entrega personal, oficial y directo del soporte informático donde se alojaban los datos del acusado (y de otras personas y entidades) a las autoridades tributarias españolas.

En la declaración prestada por el testigo Jose Augusto ya en sede de instrucción se puso énfasis por éste sobre las cautelas que se observan cuando se recibe en la Agencia Tributaria información como la que es objeto del presente proceso. Se almacena en una serie



www.civil-mercantil.com

de repositorios informáticos a los que no tiene acceso cualquier inspector ni funcionario, y además con las debidas precauciones en cuanto a copias de seguridad (minuto 13 de la declaración grabada en DVD al folio 411).

Se ha dicho asimismo en juicio que una vez recibido el CD se entregó al Jefe de la Oficina Nacional de Investigación del Fraude (ONIF); que se hizo un volcado en los ordenadores de la Agencia Estatal Tributaria y que dicho soporte "no circuló" (testigo Sra. Adolfina). Que la inspectora que analiza el caso de D. Salvador trabajó sobre una copia (declaración Sra. Valentina). Y por último, al folio 13 de las actuaciones, que antecede al soporte informático en CD/DVD se describe con absoluto detalle la verificación de la copia auténtica de los documentos electrónicos obrantes en el Sistema de Gestión de Expediente Electrónico de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, obtenidos del expediente del contribuyente D. Salvador . Se reitera que la totalidad de los ficheros que contienen datos han sido validados mediante un sistema de firma digital con la huella SHA-1 que acredita su integridad.

Es difícil afirmar que en este proceso de recepción y custodia de los datos se hayan infringido las normas exigibles procesalmente para asegurar la falta de contaminación o alteración de los efectos, que por cierto la Ley de Enjuiciamiento Criminal no regula de manera unitaria y sistemática. Evidentemente no puede identificarse con una quiebra de la llamada "cadena de custodia" la realización de una copia informática, que es lo único que se ha demostrado (y admitido sin reservas) en este caso. Pensemos que el conjunto de la información recibida directamente de las autoridades francesas abarcaba en torno a 2000 fichas, que se correspondían con unos 700 perfiles personales/tributarios. Resultaría -es obvio- imposible abordar por parte de los inspectores de Hacienda esta ingente información sin parcelarla en documentos individuales tan sólo a efectos instrumentales, lo que no puede entenderse en modo alguno como una quiebra de la cadena, cuando aparece identificado momento a momento que persona dispone y analiza la concreta información que afecta en nuestro caso al acusado. Precisamente en esta garantía reside la cadena: en la identificación continua, sin interrupciones o lagunas y además precisa, sobre el acceso y disponibilidad de los efectos o instrumentos del delito.

Para esta Sala, ningún indicio se ha podido advertir sobre la quiebra denunciada. Exigir una verificación mayor de la que se contrasta en este caso supondría -por utilizar los términos empleados en trámite de informe por la Abogacía del Estado- la pretensión de una prueba llevada al extremo.

Décimo.

Resueltas las cuestiones planteadas en torno a la realidad de los datos económicos correspondientes al acusado, de la titularidad de los fondos que mantenía ocultos a la Hacienda española en el HSBC Private Bank, de la licitud de la prueba practicada en el presente proceso, han de analizarse los elementos que configuran el delito, tanto desde su perspectiva jurídico- penal como en lo que afecta a la propiamente tributaria.

1.- Por cuanto respecta al núcleo de la primera, ninguna duda alberga el Tribunal sobre la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos configuradores del delito contra la Hacienda Pública.

Puede recordarse simplemente, con cita de la STS de 17 de marzo de 2011 , "la naturaleza de tipo de omisión que tiene el delito fiscal, que consiste sencillamente en el incumplimiento del deber de pagar los tributos a los que se está obligado, el delito contra la Hacienda Pública tiene como elemento subjetivo el ánimo de defraudar pero éste, que es



www.civil-mercantil.com

evidente en quien declara mal o torticeramente los datos que han de servir para la liquidación del impuesto, puede darse también en quien no declara porque, siendo consciente del deber de hacerlo, omite una actuación esperada por la Administración tributaria y la omisión es susceptible de ser tomada como expresión inveraz de que no existe el hecho imponible. En ambos casos, cabe concluir, la ocultación del hecho imponible o la minoración falsaria del mismo, constituye una conducta defraudatoria en tanto en cuanto implica una infracción del deber mediante una actuación de ocultación de la realidad en que el deber se basa o se origina".

Ya dejamos constancia de la negativa expresada por el acusado en torno a cualquier relación, directa o indirecta, con las cuentas bancarias suizas, y asimismo de la plena convicción alcanzada por la Sala en sentido contrario. La documental practicada y obrante en autos, así como los informes periciales realizados y expuestos en el acto de la vista oral por los Inspectores de Hacienda que analizaron ya desde una perspectiva general o desde el estudio particular del expediente tramitado con relación a Salvador, determinan que su conducta consistió en alojar y mantener oculto en una entidad bancaria suiza su patrimonio dinerario, con la finalidad de eludir el pago de impuestos, particularmente sobre la renta, que de asumir con transparencia, le hubiera obligado a tributar.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 2 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, "Constituye el objeto de este Impuesto la renta del contribuyente, entendida como la totalidad de sus rendimientos, ganancias y pérdidas patrimoniales y las imputaciones de renta que se establezcan por la ley, con independencia del lugar donde se hubiesen producido y cualquiera que sea la residencia del pagador". En el texto de la Ley vigente en el año 2006 su redacción era idéntica.

2.- Fue objeto de discusión en juicio la naturaleza fiscal de los fondos investigados y atribuidos al acusado, que de acuerdo con la tesis de la Abogacía del Estado han de calificarse como ganancias patrimoniales no justificadas. Basa esta conclusión en lo defendido por los peritos de la AEAT, y muy particularmente se refiere esta calificación a cuanto se sostiene en el informe emitido por la Inspectora Dña. Valentina

De acuerdo con dicho informe, el concepto de "ganancias patrimoniales no justificadas" figura en el artículo 37 del Texto refundido de la Ley del IRPF aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, y actual 39 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, con idéntica redacción:

"1. Tendrán la consideración de ganancias de patrimonio no justificadas los bienes o derechos cuya tenencia, declaración o adquisición no se corresponda con la renta o patrimonio declarados por el contribuyente, así como la inclusión de deudas inexistentes en cualquier declaración por este impuesto o por el Impuesto sobre el Patrimonio, o su registro en los libros o registros oficiales.

Las ganancias patrimoniales no justificadas se integrarán en la base liquidable general del periodo impositivo respecto del que se descubran, salvo que el contribuyente pruebe suficientemente que ha sido titular de los bienes o derechos correspondientes desde una fecha anterior a la del periodo de prescripción.

2. En todo caso tendrán la consideración de ganancias de patrimonio no justificadas y se integrarán en la base liquidable general del periodo impositivo más antiguo entre los no prescritos susceptible de regularización, la tenencia, declaración o adquisición de bienes o derechos respecto de los que no se hubiera cumplido en el plazo establecido al efecto la



www.civil-mercantil.com

obligación de información a que se refiere la disposición adicional decimoctava de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria .

No obstante, no resultará de aplicación lo previsto en este apartado cuando el contribuyente acredite que la titularidad de los bienes o derechos corresponde con rentas declaradas, o bien con rentas obtenidas en periodos impositivos respecto de los cuales no tuviese la condición de contribuyente por este Impuesto".

El importe al que ascendían los fondos titularidad del acusado en las cuentas del HSBC de Suiza en los períodos fiscales analizados era inexplicablemente superior al de las ganancias que declaraba percibir. No sólo así resulta del contenido del informe pericial al que acabamos de aludir, sino que también en el acto del juicio expresó que desde su jubilación en el año 2000 como ingeniero industrial en una empresa dedicada a carburantes y energía, en el año 2005 sus ingresos se nutrían, por una parte, de lo que le pagaba su hija por labores de asesor (unos 15.000 euros anuales) y por otra, de lo que percibía por la venta de la uva de una viña carente de estructura empresarial (que el propio acusado cifra en unos 20.000 euros anuales). En el año 2006 sus fuentes y nivel de ingreso eran los mismos. Percibía estas cantidades en efectivo, y las empleaba para sus gastos corrientes, que atendía de manera cotidiana asimismo en metálico, pues no disponía de tarjetas de crédito.

Evidentemente, esta exposición cuantificada de los ingresos que lícitamente podía obtener el acusado resulta incompatible con la tenencia de los fondos declarados existentes en el HSBC Private Bank Suisse, cuya procedencia y cuantía no ha sido explicada, documentada ni justificada jamás por quien está obligado a hacerlo de acuerdo con las normas tributarias. Como ya hemos dicho, oportunidades para ello tuvo a lo largo de las múltiples y sucesivas citas que le cursó la Inspección de la Agencia Tributaria, y que el acusado obvió deliberadamente, bajo el argumento defensivo directo de que es a la Agencia a quien le corresponde indagar y probar los extremos que sostiene o a los que llega en su procedimiento de investigación fiscal.

El informe de la perito oficial es contundente, fue emitido con absoluta claridad en juicio y sometido a una intensa contradicción procesal a cargo de la defensa. Cuanto se deduce de esta prueba -de relevancia capital en el proceso- merece una valoración convincente para la Sala, de plena credibilidad tanto por su detalle, sistemática y plenitud cuanto por la lógica con la que se expresa. Las conclusiones que alcanza el Tribunal a la vista de la pericia mencionada pueden resumirse sintéticamente diciendo que ni de las declaraciones fiscales que venía presentando el acusado en los años anteriores sucesivos, ni de los fondos de los que disponía en las cuentas corrientes de bancos españoles que investigó y conoció la Inspección de Hacienda puede predicarse con la mínima coherencia una correspondencia sostenible de manera razonable con el saldo al que ascendía el patrimonio descubierto. Añadido todo esto a la pura ocultación del "rastros" de procedencia de tan elevadas cuantías, resulta de absoluta aplicación el concepto de ganancia no justificada que se contempla en el ya citado artículo 37 de la Ley del Impuesto sobre la Renta .

Dicho informe fue sometido a pericial contradictoria en el acto de la vista oral, compareciendo con la Inspectora tributaria el perito de parte (asimismo Inspector en su día) D. Joaquín , quien había aportado previamente como prueba anticipada el Informe que consta incorporado a los folios 115 a 163 del Rollo de Sala.

La concreción del objeto del informe de parte expresa ya (folio 120 del Rollo) que se encamina a una cuestión no estrictamente tributaria, sino de índole jurídico- penal, pues se centra en " 1.- Determinar si la información contenida en la denominada FICHA BUP goza de un valor probatorio tal que permita acreditar que el señor Salvador era titular del saldo de las cuentas del banco HSBC Private Bank Suisse (HSBC en adelante) que se le imputan".



www.civil-mercantil.com

En realidad ésta es una de las cuestiones planteadas por la defensa, que se enmarcan dentro de la legítima puesta en cuestión de los elementos incriminatorios que presentan las acusaciones en el seno del proceso, y que desde la óptica del valor de los materiales que resultan relevantes para una investigación tributaria centró la intervención del expresado perito.

Las consideraciones expuestas por él expuestas a propósito de la titularidad de los fondos del acusado pueden llegar a considerarse en algún momento como drásticas. El Sr. Joaquín (hasta hace escaso tiempo Inspector de Hacienda) llegó a afirmar que la base de datos de Hacienda no hace prueba de nada; literalmente afirmó que "no es más que un mero pantallazo". Desconocemos con ello si quiso expresar la intrascendencia absoluta de los datos de los que dispone la AEAT sobre sus contribuyentes, lo que supondría una verdadera dificultad extensiva a la hora de indagar ya no sólo las infracciones fiscales en el campo de las sanciones administrativas, sino también cada vez que nos enfrentamos al enjuiciamiento de los delitos contra la Hacienda Pública.

Sostuvo el mismo perito que la Inspección de Hacienda española no llevó a cabo una investigación suficiente sobre la titularidad de los fondos que se atribuyen al acusado, cuando es obligación de la Agencia llevar a cabo el contraste de los datos procedentes de terceros.

Se encuentra adecuada respuesta a esta llamada a una especie de probatio diabólica en la intervención (simultánea) de la perito Dña. Valentina , quien por una parte destaca que la colaboración que se obtiene de las autoridades suizas es el más absoluto silencio; que la misma respuesta es la obtenida del propio acusado a lo largo de las reiteradas e infructuosas invitaciones que se le cursaron para aclarar el objeto de la investigación fiscal. Pero además resalta que los familiares del acusado, que se encontraban asociados a él en los perfiles de la misma ficha, sí reconocieron la titularidad de los fondos que allí constaban, y además aportaron documentación que podía arrojar alguna luz sobre su procedencia. También consta -en contra de la incredulidad que se atribuyó a los datos disponibles en Hacienda- el conjunto de activos en España de los que dispone el acusado, tanto inmobiliarios como muebles (extremos estos sobre los que el propio Sr. Salvador no formuló la mínima objeción aunque sí discrepase sobre la valoración que pretende asignarle a sus vehículos y fincas el Abogado del Estado).

Uno de los planteamientos insistentes en los que indicó el perito pasa por la proclamación del aserto de que es a la Agencia Tributaria a quien en el seno de una investigación fiscal le corresponde probar. Naturalmente aplicada esta premisa al escenario del proceso penal, debemos relacionarla con el derecho fundamental a la presunción de inocencia, que -no es necesario detallarlo- parte de la atribución a la persona contra quien se dirige el proceso de la ausencia de culpabilidad, de modo que tan sólo podrá ser destruida esta inicial presunción a través de la práctica de una prueba de carácter incriminatorio, válidamente obtenida, realizada en juicio con todas las garantías y que resulte bastante para considerar acreditada sin duda la autoría y participación en unos hechos que revistan naturaleza delictiva.

En este ámbito relacional se suscitó a lo largo de la intervención pericial un preciso debate acerca de la posibilidad de explicación informativa que se brinda a la persona que es objeto de una investigación fiscal y su lectura.

El perito planteó lo que la Sala considera una serie de hipótesis (acerca de que los fondos de "Polaris Star Limited" fueran procedentes de los ingresos del acusado, o en torno al origen -parcial- de la herencia de su madre), si bien reconoció que Don Salvador no le había proporcionado datos que avalasen o acreditaran estas posibilidades. De nuevo fueron contra-argumentadas por la intervención de la perito de Hacienda desarrollando básicamente tres ejes argumentales: la inexistencia de la sociedad mencionada (en su creíble opinión una auténtica entidad pantalla), en el resultado negativo de la pretensión de información económica a Suiza (rotunda posición de opacidad), y la actitud -demostrada- del propio acusado al negarse a aportar a la Inspección tributaria ningún elemento, explicación o información que pudiera servir,



www.civil-mercantil.com

cuando menos parcialmente, para esclarecer el origen, existencia, titularidad o conexiones del patrimonio cuya falta de tributación se le imputa.

Los dos primeros extremos no admiten duda. El último tampoco, pero además nos introduce en la teoría de la ausencia de explicación alternativa razonable, que tan sólo puede jugar a favor del acusado cuando existe.

Cabe recordar a este respecto la doctrina sentada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, entre otras en STS 2486/2001, de 21 de diciembre dictada precisamente en recurso de casación contra condena por delito contra la Hacienda Pública (ROJ: STS 10160/2001) según la cual, cuando exista una explicación alternativa, razonable y plausible, acerca de la procedencia de los bienes o ingresos detectados, aun cuando no esté plenamente justificada, la prueba de cargo resultará insuficiente para fundamentar la condena penal. En consecuencia, en el ámbito penal, a diferencia del fiscal o tributario, el contribuyente no necesita acreditar para obtener su absolución, "que dichos bienes o derechos proceden de otros rendimientos del sujeto pasivo o de la reinversión de otros activos patrimoniales del mismo", sino simplemente aportar una explicación alternativa mínimamente razonable o plausible, no desvirtuada por la acusación, pues en tal caso la duda razonable ha de resolverse a favor del acusado.

La misma sentencia señala que: " La sentencia núm. 1335/1999, de 17 de noviembre , que anteriormente reseñábamos, señala asimismo que uno de los "indicios coadyuvantes hubiera podido consistir en la ausencia total de explicación por el contribuyente a los bienes o ingresos detectados o bien la destrucción, por la prueba realizada a instancia de la acusación, de las explicaciones o alegaciones ofrecidas por el acusado para justificar el origen de tales bienes o ingresos". La valoración como indicio de la ausencia de una explicación alternativa por parte del acusado, de la acreditación de la falsedad de sus manifestaciones o de su manifiesta inverosimilitud , no implica invertir la carga de la prueba ni vulnera el principio "nemo tenetur", siempre que exista otra prueba indiciaria constitucionalmente válida, suficiente y convincente, acerca de la participación en el hecho del acusado, (sentencias de 9 de junio de 1999, núm. 918/1999 y 17 de noviembre de 2000, núm. 1755/2000), pues como señaló el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia Murray contra el Reino Unido, de 8 de febrero de 1996 , cuando existen pruebas de cargo suficientemente serias de la realización de un acto delictivo, la ausencia de una explicación alternativa por parte del acusado, explicación "reclamada" por la prueba de cargo y que solamente éste se encuentra en condiciones de proporcionar, puede permitir obtener la conclusión, por un simple razonamiento de sentido común, de que no existe explicación alternativa alguna ".

La Sala llega a la convicción de que esto es precisamente, lo que ocurre en el supuesto enjuiciado: la existencia de los fondos ocultos a nombre del acusado en las cuentas del HSBC Suisse Bank que hemos identificado, carecen más allá del concepto de ganancias no justificadas de patrimonio, de explicación alternativa razonable.

3.- Fue objeto de discusión asimismo la determinación de la cuota.

La STS 445/2010, de 13 de mayo , ratifica la doctrina precedente, citando expresamente la 539/2003, recogida también por la 751/2003, y en su fundamento jurídico décimo insiste "El artículo 349 del Código Penal derogado (hoy 305) es una norma penal en blanco que debe ser complementada con las correspondientes normas fiscales conducentes a la determinación de cada cuota tributaria. El tipo, así como los que le han seguido en el Código vigente, sanciona conductas de defraudación cometidas en cada ejercicio fiscal en relación con las normas tributarias vigentes en ese momento. Tales normas se ajustan a las necesidades y a la política económica de cada momento, imponiendo obligaciones fiscales que deben ser cumplidas por el ciudadano precisamente en ese momento temporal. En este sentido, el



www.civil-mercantil.com

artículo 349 disponía que, a efectos de determinar la cuantía de la cuota defraudada, si se tratare de tributos periódicos o de declaración periódica, se estará a lo defraudado en cada periodo impositivo, lo que implica que para esa operación deben tenerse en cuenta las normas que en ese periodo impositivo o ejercicio fiscal regulaban el tributo de que se trate".

La redacción del artículo 305 no se aparta de este criterio de determinación: para cada ejercicio impositivo, la determinación de la cuota tributaria habrá de hacerse teniendo en consideración lo defraudado en cada uno de ellos.

No puede acogerse la opinión del perito en contra de esta tesis, en cuanto defendía que los saldos correspondientes al año 2006 no pueden ser considerados como ganancia no justificada de patrimonio, de tal modo que "En el peor de los casos" sólo podría tenerse en cuenta la cantidad inicial de 2005. Rechazamos esta tesis dado que la ausencia de tributación en cada uno de ambos ejercicios es -por sí misma- constitutiva de delito de acuerdo con la regla claramente establecida en el Código Penal y comentada por la jurisprudencia. Lo contrario (tomar en cuenta nada más el ejercicio inicial detectado como oculto) conduciría a una conclusión carente de lógica: todos los ejercicios sucesivos al primero "descubierto" como oculto a la Hacienda Pública, quedarían exentos, pese a la permanencia (o incluso incrementos) de saldo.

En el supuesto que nos ocupa, a la vista del contenido de los informes presentados y defendidos en juicio por los peritos de la Inspección fiscal, la cuota defraudada por el acusado, con arreglo a las normas que regulan el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, correspondiente a los años 2005 y 2006 es la que se ha hecho constar en el relato fáctico de la presente sentencia.

Undécimo.

En la comisión de este delito no se aprecia que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Ni fueron alegadas por las partes ni se aprecian tampoco por la Sala.

Duodécimo.

En orden a la individualización de la pena, hemos de tener en cuenta en primer lugar los criterios específicos establecidos en el precepto que desarrolla el tipo penal.

El artículo 305.1 del Código Penal vigente en el momento de comisión de los hechos contempla una modalidad agravada, que comporta la imposición de la pena básica en su mitad superior, cuando concorra "alguna" de las circunstancias previstas en sus letras a) o b) : la utilización de persona interpuesta o la especial gravedad.

Queda acreditado que el acusado utilizó -gracias a la colaboración de la entidad bancaria donde tenía depositados sus fondos- sociedades pantalla ("Polaris Star Limited", "Alkalima", "First Corporate Director") para ocultar de manera reforzada la titularidad de los activos, pues pese a que en la ficha BUP correspondiente ya hemos dicho que constaban de manera expresa los datos personales de Salvador , a su perfil figuraban asociadas estas entidades ficticias, creadas con carácter meramente instrumental al servicio de la ocultación nominal. Concorre por lo tanto el supuesto de la letra a) del artículo citado, y por ello procedería el señalamiento de la pena en su mitad superior. Pero es más: el importe de lo defraudado se integra sin género de duda en el concepto jurisprudencial de gravedad por la cuantía dentro del



www.civil-mercantil.com

delito previsto en el artículo 305 del Código Penal aplicable a los hechos enjuiciados. Además de su notoria importancia en abstracto, las cantidades que en cada ejercicio económico dejó el acusado de ingresar a la Hacienda española, encajan en los criterios establecidos sobre este particular extremo por la Jurisprudencia. Así, podemos citar de nuevo la STS de 27 de julio de 2015 (ROJ: STS 3699/2015) (Caso Marbella) que entiende que resulta aplicable la modalidad agravada por la cuantía a quien había defraudado a la Hacienda Pública una cuota que ascendía a la suma de 465.505 euros. En el presente supuesto, al ser las dos cuotas correspondientes a los ejercicios 2005 y 2006 de 2.265.493,02 y de 576.811,06 euros, respectivamente, debe concretarse en la banda superior la pena a imponer, siguiendo la pauta interpretativa realizada por el Tribunal Supremo.

En segundo lugar, dada la ausencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, la concreción de la pena no sufre matices adicionales, en función de los parámetros que expresamente determina el artículo 66.6 del Código Penal , que faculta al tribunal cuando no concurren -como es éste caso- circunstancias atenuantes ni agravantes, para la imposición de la pena en la extensión que estime adecuada, teniendo en cuenta las circunstancias personales del autor y la mayor o menor gravedad del delito cometido.

En tercer lugar ha de tomarse en consideración para la determinación concreta de la pena la cuantía de las cuotas defraudadas. Aun reiterando que reúnen la calificación de gravedad, su importe no se considera que resulte de tal magnitud .-en atención a la naturaleza del delito- que conduzca a la imposición del máximo legal en la extensión punitiva. Entendemos que esta previsión límite queda reservada a supuestos de mayor entidad económica.

Por ello la Sala impone al acusado, por cada uno de los delitos cometidos, la pena de tres años de prisión, acorde con la concurrencia de las dos circunstancias que cualifican el delito de acuerdo con su tipificación.

Además de lo anterior se impone al acusado la pena de multa del cuádruplo de la cantidad defraudada en cada período.

Asimismo, la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de cinco años.

Por aplicación de lo dispuesto en el artículo 56.2 del Código penal , procede imponer al acusado la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Décimo tercero.

La responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito se estructura en el artículo 110 del Código Penal sobre tres conceptos: comprenderá la restitución, la reparación del daño, y la indemnización de perjuicios materiales y morales.

En el presente supuesto la reparación que corresponde declarar obligada a la Hacienda Pública española por el delito fiscal cometido se concreta en la reparación de la cuota defraudada por el acusado en cada uno de los dos ejercicios tributarios enjuiciados: de 2.265.493,02 euros correspondientes al año 2005, y de 576.811,06 euros correspondientes al año 2006. En total: 2.842.304,08 euros.

Dicha cantidad devengará el interés previsto en el artículo 26, apartado sexto, de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria -por ser especial para el delito- consistente en el interés legal del dinero vigente en el momento en el que resultaba exigible, incrementado en un 25%, a computar desde la fecha en la que debió realizarse el ingreso.



www.civil-mercantil.com

Décimo cuarto.

De conformidad con lo previsto en el artículo 123 del Código penal , las costas procesales se entienden impuestas por la Ley a los criminalmente responsables de todo delito o falta.

Procede, en consecuencia, la imposición al acusado de las causadas en el presente proceso.

En virtud de todo lo expuesto, vistos los artículos citados y demás de pertinente aplicación,

FALLAMOS

Primero.

Que debemos condenar y condenamos al acusado Salvador , como autor de dos delitos contra la Hacienda pública, ya definidos, previstos en el artículo 305 del Código Penal vigente en la fecha de los hechos, a la pena de tres años de prisión por cada uno de ellos.

Segundo.

Además de lo anterior se impone al acusado la pena de multa del cuádruplo de la cantidad defraudada, esto es, de 11.369.216,32 euros.

Tercero.

- Asimismo, la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de cinco años.

Cuarto.

Por aplicación de lo dispuesto en el artículo 56.2 del Código penal , procede imponer al acusado la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Quinto.

En concepto de responsabilidad civil, el acusado deberá indemnizar a la Hacienda Pública española, en la suma de 2.842.304,08 euros, a la que asciende la suma de las cuotas defraudadas, cantidad que devengará el interés establecido en el artículo 58 de la Ley General Tributaria desde la fecha en la que debió efectuarse el ingreso y hasta su completo pago.

Todo ello con la expresa imposición al condenado de las costas causadas en el presente proceso.

Notifíquese la sentencia las partes, haciéndoles saber que cabe interponer contra la misma Recurso de Casación, ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en el plazo de cinco



www.civil-mercantil.com

días en los términos previstos en el artículo 856 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá Certificación al Rollo de Sala, y se anotará en los registros correspondientes, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia, por el Magistrado Ponente, celebrando audiencia pública en el día , asistido de mí, Letrada de la Administración de Justicia, de todo lo cual, Doy fe.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.