

**AUDIENCIA NACIONAL
SALA DE LO PENAL
Sección Segunda**

ROLLO DE SALA: 72/2012

**O. Judicial Origen: JDO. CENTRAL INSTRUCCION Nº. 6 de
MADRID**

Procedimiento: EXTRADICION 26/2012

A U T O N º 19/2013

MAGISTRADOS:

DON ANGEL LUIS HURTADO ADRIAN

DON JULIO DE DIEGO LOPEZ

DON JOSE RICARDO DE PRADA SOLAESA (Ponente)

En Madrid, a ocho de Mayo de dos mil trece.

I. ANTECEDENTES

Visto, ante la Sección Segunda de esta Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Rollo de Sala 72/2012, dimanante del procedimiento de extradición 26/2012 del Juzgado Central de Instrucción nº 6, seguido contra el ciudadano nacional francés e italiano, **Herve Daniel Marcel FALCIANI**, nacido en Mónaco el 09-01-1972, con Pasaporte nº 09PL98788, hijo de Lucien Falciani y Genevieve Foye, en situación actual de libertad provisional por el presente procedimiento, si bien estuvo privado de ella desde el 01/07/2012 hasta el 17/12/2012, en que fue puesto en libertad con medidas alternativas a la prisión.

Ha estado procesalmente representado por el Procurador D. Aníbal Bordallo Huidobro y defendido por el Letrado D. Juan E. Garcés y

Ramón. En el procedimiento ha intervenido el Ministerio Fiscal representado por D^a Dolores Delgado García.

I.- ANTECEDENTES

Primero.- Con fecha 01/07/2012 fue detenido a su llegada a Barcelona Hervé Daniel MARCEL FALCIANI, respecto del que existe una Orden Internacional de Detención con fines de extradición librada por las autoridades judiciales de Suiza. Comunicada la detención, el Juzgado Central de Instrucción núm. 6 incoó en la misma fecha procedimiento de extradición, remitiendo exhorto al Juzgado de Instrucción en funciones de guardia de Barcelona, que decretó la prisión provisional del referido. Recobrando la libertad por decisión de esta Sala el día 17/12/2012.

Con fecha 12/07/2012 tuvo entrada en el Ministerio de Justicia la documentación extradicional con referencia B210'792/AUF de 04/07/2012, remitida por el Ministerio de Justicia de Suiza.

Por oficio de 06/08/2012, la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia comunicó la aprobación por parte del Consejo de Ministros, por acuerdo tomado en su reunión de 03/08/2012, de continuación en vía judicial del procedimiento de extradición de Hervé Daniel Marcel Falciani, a instancias de las Autoridades de Suiza.

Segundo.- A esta comunicación de la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia se acompañaba, en idioma original francés, debidamente traducido al español, los siguientes documentos:

- Orden de Detención librada por la Fiscal Federal sustituta con fecha 23.12.2009 contra Hervé Daniel Marcel FALCIANI (alias Ruben AL-CHIDIACK).

- Solicitud de inscripción personal en el SIS (Sistema de Información de Schengen) e Interpol (aviso rojo) de Herve FALCIANI para su detención preventiva para su extradición, instada por el Ministerio Público de la Confederación Suiza (MPC) (la fiscal sustituta Sra. Laurence Boillat), conteniendo relato de hechos imputados y sucintamente de la investigación llevada a cabo.
- Textos legales de las normas penales suizas aplicables.
- Documentación complementaria con vistas a la extradición procedente del mismo Ministerio Público.

Tercero.- Los antecedentes fácticos y jurídicos que se contienen en la anterior documentación en que se sustenta la petición de extradición, son los siguientes:

I.- Antecedente de hecho:

a) El 29 de mayo de 2008, el Ministerio Público de la Confederación (MPC) abrió una investigación a través de la policía judicial en contra de Georgina MIKHAEL y del llamado Ruben AL-CHIDIACK por presunto delito de espionaje económico (servicio de inteligencia económica) (art. 273 CP), por ser de competencia federal a tenor de lo previsto en el artículo 336 apartado 1.g del Código Penal. Esta investigación se amplió a la presunta sustracción de información (art. 143 CP), delito inicialmente tramitado per las autoridades judiciales del cantón de Ginebra, luego de la interposición de una querrela en marzo de 2009 en Ginebra -siendo el particular querrellante el banco HSBC Private Bank (Suisse) SA-. La investigación se refería también a la presunta violación del secreto comercial (art. 162 CP) y violación del secreto bancario (art. 47 LB).

b) La investigación suiza se inicia luego de una alerta del 20 de marzo de 2008 de la Asociación Suiza de Banqueros que informaba de que los llamados Georgina MIKHAEL y Ruben AL-CHIDIACK, de la sociedad PALORVA, se presentaron, el 4 de febrero de 2008, en el Banco AUDI (Suisse) SA, en Beirut con el fin de negociar la venta de una base de datos de clientes de diferentes bancos suizos: según la información, la base de datos habría sido creada pirateando (interceptación

electrónica) faxes que se referían, sobre todo, órdenes relativas a instrucciones de suscripción de fondos, en las cuales aparecer los principales datos de los suscriptores.

c) El 22 de diciembre de 2008, Georgina MIKHAEL y el llamado Ruben AL-CHIDIACK - cuyo verdadero nombre es Herve FALCIANI-, ambos empleados en el departamento IT del HSBC Private Bank (Suisse) SA en Ginebra, fueron detenidos e interrogados.

Tras regresar a Francia el día siguiente, Herve FALCIANI fue nuevamente oído por las autoridades francesas los días 20/21 de enero de 2009, sobre la base a una orden de detención difundida a nivel europeo y a una solicitud de asistencia judicial de MPC, y su material informático incautado en Castellar (Francia) (este último solo será transmitido un año más tarde al MPC).

d) El 23 de diciembre de 2009, frente a los elementos progresivamente actualizados en la investigación, así como a las declaraciones públicas efectuadas por el acusado y de las autoridades francesas, que dan cuenta de una continuación de su actividad criminal, Herve FALCIANI fue objeto, solo en el ámbito suizo de una descripción personal en el SIS, con vistas a su extradición, sobre la base de una nueva orden de detención expedida por el MPC.

e) En virtud del artículo 105 PPF (Ley Federal sobre el Procedimiento Penal de Suiza), el Departamento Federal de Justicia y Policía (DFJP) autorizó el 28 de junio de 2010, el procedimiento penal en contra de Herve FALCIANI y de Georgina MIKHAEL por presunto servicio de inteligencia económica, habida cuenta de este delito permite seguir el procedimiento penal a nivel federal, más allá de la investigación de la policía judicial, y respecto del MPC remitir su expediente de investigación a un juez de instrucción con el fin de llevar la causa ante el Tribunal Penal Federal.

II.- Fundamentos de derecho:

a) Los interrogatorios de los acusados y el examen de varios testigos, así como el análisis del material informático incautado a Herve

FALCIANI, tanto en Suiza como en Francia, le permitieron al MPC reconstruir como sigue la actividad criminal de que se le acusa.

b) En el marco de su actividad como informático en el HSBC Private Bank (Suisse) SA, en Ginebra, ya sea en su trabajo a cargo de la puesta en servicio de una nueva aplicación para la gestión de las relaciones con los clientes, ya sea efectuando pruebas en programas recientemente desarrollados, ya fuera asistiendo a los gestores en la resolución de problemas en la utilización de sus bases de datos. Herve FALCIANI tuvo acceso, como otros informáticos, de datos personales o financieros parciales pertenecientes a clientes del banco HSBC,

c) Contrariamente a lo que hicieron sus colegas y en violación de las directivas internas, aprovechó entonces para copiar estos datos, que se refieren en todos los casos al periodo comprendido entre febrero de 1997 y diciembre de 2007, y para sacarlos del banco, transfiriéndolos a su material informático privado (todos los archivos pertinentes para la investigación fueron descubiertos en los ordenadores que se encontraron en su domicilio ginebrino y en el domicilio francés del reclamado. Posteriormente, gracias a la técnica del *data mining* (extracción de datos), relacionó diferentes datos aislados con el fin de obtener una imagen completa (datos personales, información sobre cuentas y activos) de los clientes del banco HSBC, siendo el objetivo convertir en dinero estas informaciones ofreciéndoselas a bancos o servicios estatales interesados.

d) La actividad, que consistía en extraer regularmente del sistema informático del banco HSBC la máxima cantidad de datos con el fin de apropiárselos y luego combinarlos para reconstruir los perfiles completos de los clientes, comenzó, en todos los casos, en octubre de 2006 y prosiguió hasta la incautación del material informático en Castellar en enero de 2009 y solo cesó el día de la fecha.

e) Las informaciones sustraídas por Herve FALCIANI en el marco de su trabajo como empleado de la sociedad HSBC en Ginebra, y encontradas en sus domicilios ginebrino y Francés, están relacionadas todas con la actividad de su empleador y con los negocios comerciales que este realiza, ya que se trata en particular de listas de las cuentas bancarias,

de bases de datos de clientes (nombre, apellido, edad, profesión, nacionalidad, dirección, teléfonos, relaciones familiares, etc.), de rentabilidad de cuentas, de estados bancarios, así como de notas de los gestores e informes de visitas que describen una parte importante -si no la casi totalidad- de las actividades económicas que el banco HSBC realiza con sus clientes durante, al menos, los últimos diez años.

f) Todas estas informaciones que manejaba Herve FALCIANI están sujetas al secreto. El banco HSBC confirmó que los datos considerados en modo aislado son datos reales -y no ficticios- que existen efectivamente como tales en el banco y que fueron extraídos de las diferentes bases de datos internas. Por otro lado, Herve FALCIANI creó, él mismo, una parte de los archivos encontrados en su posesión ya que estos archivos resultan de una combinación entre dos sistemas distintos (por ejemplo, datos de clientes y datos contables) que no estaban nunca conectados en el banco.

g) Herve FALCIANI es sospechoso de haber hecho accesibles estas informaciones sujetas al secreto bancario y al secreto comercial, presentando extractos de estas últimas con ocasión de sus visitas a cinco o seis bancos en el Líbano, en febrero de 2008. Luego, en julio de 2008, Herve FALCIANI transmitió a un agente del Fisco francés una lista de siete clientes franceses del HSBC, cuyos datos personales y activos había reconstruido en un periodo determinado; esta actuación dio inicio a un proceso de transmisión de estos datos a las autoridades francesas, que continúa al día de la fecha y que se extiende actualmente a otros países.

h) Utilizando una parte de los datos del banco HBC de Ginebra para presentar su producto en bancos libaneses, Herve FALCIANI divulgó información sujeta al secreto comercial a empresas privadas extranjeras. En una segunda etapa Herve FALCIANI entró en relación con distintos servicios gubernamentales extranjeros, en Francia, Alemania y Gran Bretaña, ya fuera en el ámbito de los servicios de inteligencia, como en el fiscal, para ofrecer datos bancarios suizos. En esta etapa, la investigación estableció que los datos del banco HSBC ya que habían sido remitidos, en todos los casos, a las autoridades francesas (Dirección Nacional de Investigaciones Fiscales, DNEF) en

Julio de 2008, en forma de una lista encriptada de clientes, y que aquél seguía estando en contacto con un agente de la DNEF a inicios de 2009 (es decir, después de su precipitada salida de Ginebra), cuando disponía en Castellar de un material informático que comprendía las bases de datos robadas al banco HSBC en Ginebra.

i) Herve FALCIANI es objeto de una acusación penal por varios delitos conexos, saber, por un lado, por los delitos contra el patrimonio como es la sustracción de información (art 143 CP, un delito castigado con pena de prisión no mayor de cinco años o con multa), violación del secreto comercial (art 162 CP delito castigado con pena de prisión no mayor de tres años con multa) y violación de secreto bancario (art 47 LB, delito castigado con pena de prisión no mayor de tres años o con multa) y, por el otro, por delito de espionaje económico - considerado como delito político en Suiza- (art. 273 CP, castigado con pena de prisión no mayor de tres años o con multa o, en los casos graves como el presente, con pena de prisión de por lo menos un año).

III.- Como información complementaria también se hace constar en la documentación de la fiscalía suiza:

a) El reclamado ha demostrado claramente desde su fuga, que jamás tuvo intención de regresar ante la autoridad judicial suiza. En efecto, aun cuando comunicó telefónicamente, el 24 de diciembre de 2009 desde Francia, para explicar las razones de su partida y para aceptar presentarse nuevamente en Berna el 29 de diciembre para un nuevo interrogatorio, el acusado no se presentó el día en cuestión y nunca más volvió por sí mismo a poner los pies en Suiza hasta la fecha. Sólo en una ocasión, y mediante la protección de un salvoconducto, aceptó presentarse en el aeropuerto de Ginebra a comienzos de 2012 y fue para discutir con sus abogados y el Ministerio Público de la confederación sobre las posibles soluciones de su procedimiento, según el derecho suizo.

b) Actualmente, el procedimiento penal se encuentra en su fase final ya que la causa esta por ser remitida al Tribunal Penal Federal para ser juzgada por los cuatro delitos el objeto de la instrucción.

Cuarto.- Con fecha 09/08/2012, el reclamado fue oído por el juzgado, con motivo de la comparecencia prevista en el art. 12 de la Ley de Extradición Pasiva, manifestando oponerse a la extradición y efectuando las alegaciones que estimo oportunas en su defensa.

Quinto.- Por auto de la misma fecha, el Juzgado Instructor acordó elevar el expediente a la Sección 4ª de esta Sala de lo Penal.

Sexto.- Una vez en la Sección 4ª, por diligencia y providencia de fecha 17/09/2012 y conforme con lo establecido en el art. 13 de la Ley de Extradición Pasiva, se dio traslado al Ministerio Fiscal y a la defensa del reclamado.

Por la defensa del reclamado se presentó escrito fechado el 18/09/2012 interponiendo recurso de reposición y de súplica frente a la diligencia de constancia y la providencia de 17/09/2012 interesando se dejara sin efecto dichas resoluciones y se devolvieran las actuaciones al Juzgado instructor para remisión a este Tribunal por ser el competente para el conocimiento del asunto, conforme a las normas de reparto de asuntos vigente.

En fecha 21/11/2012 por resolución de la Sección 4ª de la Sala de lo Penal de esta Audiencia se acordó la inhibición y remisión del presente procedimiento a esta Sección para continuar con su tramitación.

Séptimo.- El día 23/11/2012 se remite a esta Sección el procedimiento y, tras formar Rollo de Sala 26/2012, e instruirse el Ministerio Fiscal y la defensa, se acuerda la celebración de la vista admitiendo la prueba testifical y documental en los términos de la resolución de fecha 29/01/2013, en que se acuerda.

Octavo.- Con fecha 15/04/2013 tuvo lugar la vista extradicional, en la que se interrogó al reclamado, quien se opuso a la extradición.

Igualmente se llevó a cabo la prueba testifical. En la misma depuso ante la Sala el miembro del Ministerio Público francés Sr. Eric Montgolfier, y los testigos Srs. D. Carlos Ocaña y D. Luis Pedroche.

Igualmente se practicó la documental interesada.

Finalmente, el Ministerio Fiscal informó en contra de la extradición por estimar no concurría la doble incriminación normativa exigible. De la misma manera que lo hizo la defensa del reclamado y el propio reclamado, haciendo alegación también de la no concurrencia del mínimo penológico, carácter político de uno de los delitos y de la necesaria reciprocidad extradicional.

II. RAZONAMIENTOS JURÍDICOS.

Primero.- La presente extradición entre el Reino de España y la Confederación Helvética está regulada por la siguiente normativa:

a) Convenio Europea de Extradición, hecho en París el 13.12.57, y que ha sido ratificado por ambos países.

b) Segundo Protocolo Adicional, hecho en Estrasburgo el 17 de marzo de 1978, también ratificado por ambos Estados.

c) Subsidiariamente, por la Constitución española y la Ley de Extradición Pasiva de 21 de marzo de 1985.

Segundo.- VERIFICACION DE LOS REQUISITOS EXTRADICIONALES.

I. REQUISITOS DOCUMENTALES Y DE IDENTIFICACION. En relación con los requisitos extradicionales establecidos en la indicada normativa convencional, ha quedado acreditado el pleno cumplimiento de los requisitos formales-documentales y de identificación de la persona reclamada en extradición. Así se ha producido:

A) COMPLETA IDENTIFICACION DE LA PERSONA RECLAMADA. La persona reclamada se identifica como el ciudadano de nacionalidad francesa/italiana Hervé Daniel Marcel FALCIANI, nacido en Mónaco el 09-01-1972, con Pasaporte nº 09PL98788, en libertad provisional por el presente expediente de extradición desde el día

17/12/2012, identidad y datos de filiación, respecto de los que no se ha planteado ninguna duda por parte de la persona contra quien se dirige el presente procedimiento.

B) REQUISITOS DOCUMENTALES.- Constan en los antecedentes los documentos relativos a la petición de la extradición procedente del Ministerio de Justicia de Suiza, dirigido al español y el resto de documentación de apoyo a la misma, debidamente traducida, que la Sala considera suficiente.

II. REQUISITOS MATERIALES.- Desde el punto de vista de los requisitos materiales, procede, a tenor del relato fáctico remitido, transcrito en los antecedentes, que el tribunal efectúe la correspondiente verificación de la doble incriminación, mínimo penológico, etc..

Anticipamos, que la Sala ha llegado a la conclusión de la inexistencia de doble incriminación, por lo que el análisis de los requisitos materiales se referirá únicamente a ésta, al ser un elemento estructural de la extradición y su ausencia es una causa impeditiva absoluta de la misma.

A) REQUISITO DE DOBLE INCRIMINACIÓN NORMATIVA.

a) La autoridad judicial suiza –el Ministerio Público de la Confederación Suiza (MPC)- presenta un relato de hechos, que ya hemos recogido con anterioridad, que califica, de acuerdo con el derecho penal suizo, como delitos de "espionaje financiero"; "sustracción de información", "violación del secreto comercial" y "violación del secreto bancario", conforme a los artículos 273, 143 y 162 del Código penal suizo de 1937 y art 47 de la Ley Federal de Bancos y Cajas de Ahorros de 1934 .

El tribunal de extradición debe determinar si, a la vista del indicado relato fáctico, los hechos a los que se refiere son igualmente incriminables según el derecho penal español, sin que, en principio, deban o tengan que coincidir necesariamente las denominaciones (*nomem iuris*) de los tipos penales aplicables, ya que corresponde a cada sistema jurídico determinar según criterios propios la forma concreta de punición de las conductas delictivas, sin que sea exigible

una coincidencia de técnicas de punición, las cuales podrán variar de un sistema penal a otro, siendo lo relevante que exista una coincidencia, en lo sustancial, de bienes jurídicos penalmente protegidos, aunque esta protección penal finalmente se concrete en tipos penales propios, que pueden diferir de las de otros Estados.

A la hora de efectuar este análisis, una de las premisas de partida es que el tribunal de extradición ha de respetar en lo posible el relato fáctico presentado por la autoridad judicial que solicita la extradición, sin realizar en el mismo modificaciones sustanciales, en aspectos esenciales, ni introducir otros elementos propios, más allá de los que resulten imprescindibles para dar al relato la coherencia necesaria, facilitar su comprensión o permitir su mejor apreciación o subsunción en tipos penales, en función de las características y particularidades del derecho penal del Estado requerido.

Sentado lo anterior, no obstante, en atención al caso concreto que nos ocupa, el tribunal estima que, con carácter previo, deben hacerse determinadas consideraciones, imprescindibles para su correcta calificación jurídica penal, desde la perspectiva de la doble incriminación extradicional, en cuyo análisis y verificación nos encontramos.

Nos estamos refiriendo, a que el control de la doble incriminación se circunscribe lo mismo a la determinación de la doble tipificación penal de los hechos, como también a que estos sean igualmente antijurídicos en los dos sistemas jurídicos que se comparan, tanto en sentido formal como en el material. Un punto más controvertido, aunque la Sala de lo penal de esta Audiencia Nacional en ocasiones se ha referido a ello, es el de la viabilidad del control de la doble incriminación, en sentido material, en contraposición a la apreciación estrictamente formal de la misma, lo que implicaría un análisis que abarcaría aspectos referidos tanto a la mencionada antijuricidad material, la posible concurrencia de causas de justificación de la conducta, como también a aquellas otras situaciones que puedan implicar la exclusión de la culpabilidad del sujeto, o la punibilidad, etc...

Por otra parte, en relación con los hechos imputados al reclamado, que son la base de la petición de extradición y el sustrato de referencia para la

determinación de la concurrencia de la mayoría de los requisitos extradicionales, cabe decir que, junto con las situaciones normales que se dan en la mayoría de los casos, en que los hechos aparecen claros y están perfectamente fijados y por ello no es particularmente dificultosa la labor de determinar la existencia de doble incriminación normativa sin, para ello, ser necesario más que un mero análisis externo de las conductas contenidas en el relato fáctico aportado, por el contrario, en otras ocasiones la labor de verificación de la doble incriminación es mucho más compleja, por, entre otras razones, la propia naturaleza de los hechos y de los posibles tipos penales que serían objeto de aplicación, de tal manera que, para su correcta apreciación y subsunción penal, requieren de un análisis mucho más preciso de las conductas imputadas, de la participación delictiva, contexto en el que se producen, circunstancias acompañantes, etc.; es decir, de una visión completa y no selectiva de los mismos.

b) En esta labor, la primera apreciación que en un análisis "en grueso" cabe hacer respecto de la tipificación penal que realiza la autoridad judicial suiza como sustento de la extradición, es que esta claramente excede de la que podría realizarse según el derecho español, en el sentido de que en nuestro derecho no existe una protección penal específica del secreto bancario como tal, y menos tratando su quebrantamiento como un mero delito formal. En todo caso, lo que se protege en el derecho penal español, a través de la doble vertiente de los artículos 197 y ss., y 278 y ss. del código penal español, es el secreto de las personas, instrumental a la intimidad o privacidad de aquello que se quiere mantener ajeno o reservado al general conocimiento, por medio de los primeros, o el secreto industrial o comercial, por los segundos.

Por otra parte, la autoridad judicial suiza se ha referido también a un delito de espionaje financiero ("*servicio de inteligencia económica*") del Art. 273 del código penal suizo, relativo al delito de espionaje económico en el que se castiga con pena de prisión no mayor de tres años o con multa o, en los casos más graves, con pena de prisión de por lo menos un año y posible multa a:

"Aquel que hubiera tratado de descubrir un secreto industrial o de negocios para hacerlo accesible a un organismo oficial o privado extranjero, o una empresa privada extranjera, o a sus agentes,

Aquel que hubiera hecho accesible un secreto industrial o de negocios a un organismo oficial o privado extranjero, o a una empresa privada extranjera, o sus agentes,"

Sin embargo, claramente la configuración típico-penal de este delito, que contiene, más allá de los elementos comunes de protección del secreto industrial o comercial contenida en otros preceptos, una protección instrumental extra del propio Estado suizo, incluso frente a los hipotéticos, legítimos, intereses que pudiera tener cualquier otro Estado extranjero sobre la información y por el solo hecho de ser extranjero, lo que connota este tipo penal de la manera que afirma y reconoce la propia fiscalía suiza, y que compartimos, haciendo reconocible en él que se trata ante todo de la protección de los exclusivos "intereses del Estado suizo" frente a los de otros Estados, es decir, se protege un interés jurídico propio, no compartido, dotando al precepto de un innegable carácter político o de "delito político", haciéndolo, por tanto, inidóneo para servir de base a una petición de extradición, ello en atención a la exclusión expresamente prevista en el art. 3.1 del CEEEx.

En suma, los delitos a los que, en principio, sería reconducible la calificación suiza y harían posible la extradición, por darse hipotéticamente la doble incriminación, serían los de revelación de secretos del artículo 199 del CP, que es una modalidad relativa a la protección de la intimidad y el delito contenido en el art. 279 del CP, relativo a la protección del mercado y los consumidores, y a ellos exclusivamente deberá referirse el análisis de la doble incriminación que debemos efectuar.

c) Tanto en uno como en otro caso, como hemos ya indicado, para realizar una correcta valoración de los hechos imputados estimamos que es necesario llevar a cabo un análisis no meramente fragmentario de los mismos. Por el contrario, lo adecuado es su completa contextualización, imbricándolos en la totalidad del contexto fáctico en que se producen,

complementándolos de la manera que resulte necesario con aquellos otros elementos fácticos que, aunque no hayan sido aportados por las autoridades reclamantes en su relato, si han tenido entrada válida, a través de distintas vías, al procedimiento, de tal manera que, a nuestro juicio, estos elementos no son meramente circunstanciales, sino imprescindibles para la correcta aplicación de los tipos penales que, al menos en nuestro derecho, dan protección, por distintas vías, al secreto de los datos y de la actividad bancaria, pero de manera diferente a como parece hacerse en el derecho penal suizo, en aquel como infracciones meramente formales de las normas relativas al secreto bancario, para lo que tal vez sería suficientemente el relato fáctico que presenta el MPC, pero que no lo es desde la perspectiva de nuestro derecho.

d) A este respecto, estimamos imprescindible tener en consideración toda la información válidamente introducida en el procedimiento, la aportada por las partes y la existente en nuestra propia jurisprudencia, que se refiere a hechos y situaciones que se han dado por jurídicamente probadas en relación con las actividades de la entidad matriz HSBC Holdings plc, y singularmente sus filiales, en Estados Unidos HSBC Holdings plc, en España HSBC Holdings plc, que se extenderían al HSBC Private Bank (Suisse), que dejan constancia de prácticas no solo reprobables, sino directamente sancionables en el ámbito administrativo e incluso en el 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, e incluso de financiación de terrorismo, lo que, sin haber llevado hasta el momento, que sepa este tribunal, a la condena penal de ninguno sus directivos, si existe constancia de haber determinado la apertura de investigaciones o incluso la instauración de procedimientos penales con cargos penales, si bien que finalizados por acuerdos penales, asumiendo responsabilidades colectivas e importantes sanciones económicas 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, todo ello acontecido, como decimos, en diferentes países, aunque no parece que alguna investigación de este tipo se haya llevado a cabo por la

confederación Suiza, o al menos así no ha sido comunicado ni nada se dice en la documentación aportada por el MPC, en relación con posibles investigaciones llevadas a cabo por las autoridades judiciales suizas sobre las actividades de la entidad HSBC Private Bank (Suisse), que se ve favorecida por la legislación suiza en materia de secreto bancario, dándose la circunstancia que es la entidad que actúa como querellante o parte civil en el proceso penal suizo, en relación con los únicos delitos respecto de los que cabría plantearse la doble incriminación en España. Sin embargo, esta falta de mención de esta información en la documentación de apoyo a la petición de extradición aportada, no impide, a juicio de la Sala, que pueda tenerse en cuenta las situaciones sometidas a su conocimiento y objetivadas por órganos o procedimientos judiciales en diferentes países, respecto a formas de actuación de la referida entidad financiera, que opera, ella y otras empresas hermanas, además de la matriz del grupo, en la economía global.

Es, en definitiva, este planteamiento puramente formal, fragmentario y descontextualizado, en suma, desconectado de la verdadera complejidad real de los hechos, que constatamos presenta la fiscalía suiza, el que no puede compartir este tribunal a la hora de analizar la doble incriminación de la conducta atribuida al Sr. Falciani, ya que por su parte si debe tener en cuenta los hechos en su integridad.

e) A este respecto, la Sala, por ejemplo, ha recibido expreso testimonio del Fiscal francés Sr. Eric de Montgolfier, en relación con las investigaciones criminales llevadas a cabo en Francia a partir de la información aportada por el reclamado Sr. Falciani, sobre los datos obtenidos del HSBC Private Bank (Suisse) y la aportación por parte del reclamado de ayuda y asistencia para la obtención de información útil de los archivos correspondientes, respecto de clientes franceses del banco que podrían haber cometido delitos, sirviéndose o amparándose en la opacidad que ofrece el sistema de secreto bancario vigente en Suiza y de otros países a los que remitieron información.

En relación con España, los testigos intervinientes también pusieron de manifiesto la utilidad de la información recibida indirectamente del Sr. Falciani, aportada a las autoridades francesas, confirmando la recepción

de ésta y los efectos en el orden interno, produciéndose, según afirmaron, la mayor regularización fiscal de la historia de España.

Sin embargo, respecto de las características de la actuación en España de la banca HSBC Private Bank (Suisse), en plena sintonía estructural con la sucursal española de la HSBC BANK PLC, a la que aportaba opacidad a través de todo el sistema legal de secreto bancario suizo daba Sucursal en España, dan muestras el procedimiento administrativo en el ámbito de la prevención del delito de blanqueo de dinero, que se siguió en nuestro país, recientemente saldado en el ámbito jurisdiccional contencioso administrativo y que consideramos necesario relatar, por su importancia, con un cierto detalle:

El Ministro de Economía dictó en fecha 19 de noviembre de 2002, Resolución 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. En concreto, consideró a HSBC Bank Plc, Sucursal en España, responsable de:

- una infracción grave por incumplimiento de la obligación de identificación de clientes (artículo 3.1 en relación con artículo 5.2 de la ley 19/1993), una multa de 925.000 euros y amonestación pública.
- tres infracciones graves por incumplimiento de las obligaciones de examinar con especial atención cualquier operación, con independencia de su cuantía, que, por su naturaleza, pueda estar particularmente vinculada al blanqueo de capitales (artículo 3.2 en relación con artículo 5.2 de la ley 19/1993), comunicar al Servicio Ejecutivo, por iniciativa propia, cualquier hecho u operación respecto al que exista indicio o certeza de que está relacionado con el blanqueo de capitales (artículo 3.4.a) en relación con artículo 5.2 de la ley 19/1993) y abstenerse de ejecutar cualquier operación respecto a la que exista indicio o certeza de que está relacionada con el blanqueo de capitales (artículo 3.5 en relación con artículo 5.2 de la ley 19/1993), una multa de 300.000 euros y amonestación pública.
- una infracción grave por incumplimiento de la obligaciones de establecer procedimientos y órganos adecuados de control interno y de

comunicación a fin de prevenir e impedir la realización de operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales (artículo 3.7 en relación con artículo 5.2 de la ley 19/1993), una multa de 875.000 euros y amonestación pública. *(El subrayado es nuestro)*.

Esta resolución administrativa fue confirmada por sentencia nº 6258/2009 de la Sala de lo Contencioso (sección sexta) de la Audiencia Nacional de fecha 23/09/2009 y, finalmente, por reciente Sentencia 1338/2013 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 23/03/2013.

Dicha sentencia considera como antecedentes fácticos acreditados, que exponemos por su interés en el presente análisis, que:

La entidad HSBC Bank Plc, Sucursal en España, está inscrita en el Registro de Entidades de Crédito español, en tanto, que HSBC República Bank (Suisse) es una entidad Suiza que no desarrolla en España actividades a través de sucursales, ni mediante prestación de servicios sin sucursal permanente, y que tanto la una como la otra son filiales al 100% de HSBC Holdings Plc. Entre los años 1994 y 2000, HSBC Bank Plc, Sucursal en España firmó con HSBC Republic Bank un total de 138 contratos de gestión de carteras, en virtud de los cuales HSBC Bank Plc, Sucursal en España, prestaba servicio de gestión de carteras a HSBC Republic Bank. Cada uno de estos contratos implicaba la apertura de las correspondientes cuentas de valores y de una o varias cuentas en efectivo. En relación con todos estos contratos de gestión de carteras, HSBC Bank Plc, Sucursal España, identificó como su cliente a HSBC Republic (Suisse).

El 5 de noviembre de 2001 el Banco de España comunicó al Servicio Ejecutivo de la Comisión Nacional de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (SEPBLAC), del Ministerio de Economía, la existencia de las 138 cuentas, así como que HSBC Bank Plc, Sucursal en España, y que no había atendido su solicitud de que le facilitasen la identidad de los clientes, amparándose en el secreto bancario suizo. Esta comunicación del Banco de España motivó la apertura de actuaciones previas por el SEPBLAC, en las que, con fechas 8 de noviembre de 2001 y 5 de abril de 2002, se requiere a HSBC Bank Plc, Sucursal en España, la identificación de las personas o titulares

reales de los 138 cuentas aperturadas por HSBC Republic (Suisse), sin que la entidad recurrente identificase a los clientes o titulares reales o finales de las cuentas (no nos consta que lo haya realizado hasta el día de la fecha).

No fue sino hasta el Acuerdo de 14 de julio de 2008 (publicado por Resolución de 10 de septiembre de 2008 de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera en el BOE nº 238, de 2 de octubre), cuando la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias determinó que Suiza estaba entre las jurisdicciones que establecen requisitos equivalentes a los de la jurisdicción española. El Acuerdo de la Comisión se dictó a la vista de la legislación suiza había experimentado en los últimos años determinados cambios que entendió la aproximaban a la legislación comunitaria, tales como la prohibición de apertura de libretas al portador a partir del 1 de julio de 2003, o los cambios verificados por las ordenanzas bancarias (OPA-CFB), de prevención del blanqueo de capitales (OBA AdC) o de seguros OBA OFAP).

El Tribunal de instancia, lo que fue confirmado por la Sala tercera del TS, consideró en el caso que, incluso tras la reforma efectuada por la D.A. 1.3 de la Ley 19/2003, subsistían las obligaciones de identificación de clientes –obligación que no fue cumplida y no consta que haya sido cumplida hasta la fecha por HSBC Bank Plc, Sucursal en España HSBC Republic Bank (Suisse) ni por la entidad matriz HSBC Holdings Plc– cuando existieran indicios o certeza de que los clientes o personas cuya identificación fuera precisa no actuaban por cuenta propia y que en todo caso, la excepción que se establecía en la norma respecto de las instituciones financieras domiciliadas en el ámbito de la Unión Europea o en aquellos terceros Estados que, por establecer requisitos equivalentes a los de la legislación española, determine la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, no era aplicable en la fecha de los hechos a las instituciones financieras suizas, ya que no fue sino hasta el referido Acuerdo de 14 de julio de 2008 de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, cuando se reconoce que la jurisdicción suiza establece requisitos equivalentes a los de la jurisdicción española y resto de la europea, en materia de prácticas bancarias y control de entidades para la prevención del blanqueo del dinero.

No obstante, la sanción administrativa impuesta no se circunscribió a la no identificación de clientes de 138 operaciones objetivamente sospechas. También, o en sintonía con ello, se deja constancia y se sanciona separadamente, que por parte de la filial española de HSBC se incumplió durante dicho periodo: las obligaciones de examinar con especial atención las operaciones que pudieran estar particularmente vinculada al blanqueo de capitales; la de comunicar al Servicio Ejecutivo del Banco de España cualquier hecho u operación respecto al que exista indicio o certeza de que está relacionado con el blanqueo de capitales; además de no abstenerse de ejecutar cualquier operación respecto a la que exista indicio o certeza de que está relacionada con el blanqueo de capitales.

Igualmente, respecto de la tercera de las infracciones por las que fue sancionada la entidad HSBC Bank Plc, Sucursal en España, la Comisión Nacional de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, como organismo público encargado de supervisar la idoneidad de los procedimientos y órganos encargados de la vigilancia y prevención del blanqueo de dinero, en fecha 17 de enero de 2002, emitió un contundente informe en el que se relatan las numerosas y sustanciales irregularidades organizativas existentes en su seno de cara al control y prevención del blanqueo, lo que determina la imposición a la filial española de HSBC de una sanción pecuniaria por falta, de facto, de procedimientos, órganos internos y mecanismos para la prevención eficaz del blanqueo de dinero.

Además de lo anterior, referido al delito de blanqueo de dinero, en relación con hechos posiblemente consistentes en defraudaciones tributarias con relevancia penal, debe dejarse constancia de las imputaciones sobre la entidad HSBC PRIVATE BANK SUISSE, que estaría incumpliendo las obligaciones de información establecidas en la normativa internacional, incluso hasta el punto de dar soporte y auxiliar el fraude fiscal, tal como aparecen en el Informe de la fiscalía anticorrupción española aportado como documental al procedimiento, en el que se hace constar que la administración tributaria española considera que existen fundados indicios de que los importes depositados o invertidos en cuentas bancarias opacas en el HSBC PRIVATE BANK

SUISSE podrían tener origen en rentas no declaradas en su momento a la Hacienda Pública estatal, autonómica o foral, siendo la mayoría de los casos patrimonios ocultos u opacos al erario español, situaciones que podrían haber sido amparadas por la propia entidad bancaria suiza por medio de sus sucursales, cuyos empleados captarían a los clientes ofreciendo la creación de estructuras fiduciarias y sociedades pantallas constituidas en paraísos fiscales, a través de los cuales se canalizaría, de manera opaca y segura, la inversión realizada por las personas físicas residentes en territorio español , ello con elusión de la Directiva Europea sobre la Fiscalidad del Ahorro (2003/48/CE del Consejo de 3 de junio de 2003), Directiva adoptada en Suiza mediante el Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza relativo al establecimiento de medidas equivalentes a las previstas en la Directiva 2003/48/CE en materia de fiscalidad de los rendimientos de ahorro en forma de pago de intereses aplicable a partir del 1 de julio de 2005, de tal manera que la entidad bancaria HSBC al facilitar a sus clientes residentes españoles la interposición de sociedades opacas ubicadas fuera del ámbito de la Unión Europea estaría eludiendo las obligaciones de retención o comunicación de información derivada de los rendimientos de tales fondos, exigidas por la indicada Directiva. Las obligaciones derivadas de esta normativa comunitaria quedaron incorporadas a la Ley 19/2003 el 4 de julio sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior. El informe de la fiscalía concluye que tal conducta podría quedar sumida en el apartado primero del artículo 305 del Código Penal, en la modalidad elusión del pago de cantidades retenidas o que subieran debido retener, defraudando a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local y, aunque la actividad llevada a cabo por el HSBC, al realizarse fuera de España quedaría fuera del ámbito jurisdiccional de los tribunales españoles, sin embargo no pasaría lo mismo relación con los obligados tributarios españoles, estimando que la competencia sería de la propia Audiencia Nacional, por aplicación del artículo 65. 1ºC de la LOPJ.

Por último, en este relato que permite perfilar algunas de las actividades de HSBC Holding Plc y sus filiales en el ámbito internacional, brevemente (la información completa respecto del acuerdo llegado fue aportada en el escrito de alegaciones por la defensa) debemos referirnos al Acuerdo alcanzado en diciembre de 2012 de esta entidad

con el Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América, en el procedimiento llevado en la Corte del Distrito este de Nueva York en el asunto de los Estados Unidos de América contra HSBC USA, NA y HSBC Holding Plc , en el que las estas entidades asumieron el pago de una sanción de USA\$ 1.256.000.000, por la violación por parte del HSBC, del Bank Secrecy Act (BSA), la International Emergency Economic Power Act (IEEPA) y la Trading with the Enemy Act (TWEA), además de otros USA\$ 665.000.000, en multas civiles destinadas a otras entidades públicas norteamericanas (OCC y Fin CEN). Todo ello, como consecuencia, entre otros hechos de que HSBC USA, NA había incumplido su obligación de mantener un programa efectivo de control sobre lavado de dinero (AML) y de mantener la debida diligencia en relación con los extranjeros tenedores de cuentas, haciendo expresa mención de que con ello el banco había permitido a los traficantes de droga lavar cientos de millones de dólares, además de que se llevaran a cabo transacciones económicas ilegales con Estados internacionalmente sometidos a sanciones económicas y embargos.

f) La conclusión que necesariamente debemos obtener de todo lo anterior es que, si bien no puede afirmarse que la totalidad de las operaciones y prácticas bancarias del HSBC Bank Plc fueran ni mucho menos irregulares en el periodo a que se refieren los hechos, sin embargo, si existe suficiente constancia de la existencia de un número significativo de ellas que, tal como hemos afirmado con anterioridad, contravienen normas internacionales e internas de los Estados en relación con la prevención, como de aportación de información en relación no solo con situaciones de defraudación tributaria, fueran delito o no, sino que también de blanqueo de dinero, e incluso la financiación del terrorismo, circunstancias todas ellas que estimamos sumamente relevante a la hora de analizar tanto la tipicidad, como la antijuricidad de la conducta atribuida al señor Falciani, al menos desde la perspectiva del derecho interno español, y en el otorgamiento de la condición de "secreto irrevelable" o secreto penalmente protegido a ultranza, a cierta información relativa a operaciones económicas sospechosas de estar relacionadas con actividades ilícitas o delictivas o incluso ser ellas mismas abiertamente delictivas.

Como hemos indicado con anterioridad los tipos penales de referencia a efectos de doble incriminación serían, o bien el art. 199 o el art. 279 del CP, o ambos, cada uno atinente a una faceta del secreto que se dice violado.

g) En relación con el primer grupo, la primera cuestión relevante a dilucidar es la del bien jurídicamente protegido a que se refiere el tipo penal, que se encuentra sistemáticamente ubicado entre los delitos contra la intimidad, por lo que ha de entenderse que lo que se estaría protegiendo no tanto el acceso ilícito o no permitido a datos que conforman la misma, de los que el sujeto tendría conocimiento como consecuencia de su actividad, sino la quiebra del derecho a la intimidad, a través del tratamiento o difusión de datos secretos entre terceras personas, permitiéndoles el acceso a la información o a través de otros medios semejantes. Para el estudio de estos delitos en cualquier caso es necesario tener en cuenta toda la normativa extrapenal que protege la intimidad y los datos de carácter personal, específicamente la LO 1/1982 de Protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y la LO 15/1999 de protección de datos de carácter personal, Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, con referencia a la normativa internacional en la materia entre la que destaca el Convenio del Consejo de Europa de protección de las personas frente al tratamiento automatizado de los datos personales de 28 de enero de 1981 y la Directiva 95/46/CE del parlamento europeo y del consejo de 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

Respecto de las diferentes manifestaciones del derecho a la intimidad, la que aquí únicamente nos interesa es la informática o de derecho a la protección de determinados datos personales, fundamentalmente de carácter económico en poder de terceras personas, y específicamente el de control sobre su difusión, uso, destino, etc, por parte del sujeto titular. En cualquier caso intimidad referida a personas físicas y no a las jurídicas (SSTC 137/1985, 257/1985, 231/1988, ATC 208/2007) ya que, como se ha puesto de manifiesto por la doctrina, la extensión contenida

en el art 200 CP habrá de entenderse como puramente instrumental para la protección de los datos que posea ésta, pero pertenecientes a las personas físicas (SAP de Sevilla, Sección 7ª 54/2009), cuya intimidad es la que verdaderamente se protege, aunque indirectamente, por la norma penal, pero habrá de otorgarse en todo caso legitimidad a la persona jurídica para instar la persecución penal respecto de los datos de personas físicas que manejan, esto a efectos del requisito o condición de perseguibilidad que en nuestro derecho se establece en el art 201 del CP.

En el análisis de doble incriminación que se viene realizando, indicamos que, a través del art. 199 del CP, se protegería la intimidad de los clientes, personas físicas, del banco, sin que sea preciso que la información que adquiere la condición de secreto pertenezca al núcleo duro de la privacidad, pues de ser así se aplicaría la agravación del apartado sexto del artículo 197 CP, pero en todo caso si es necesario que afecten a la intimidad personal (STS 2ª-30/04/2007-1805/2006) y en principio si estarían incluidos los datos personales y profesionales básicos de los titulares de las cuentas, así como el importe de sus depósitos y datos relativos a operaciones financieras de los importes, etc.. ; frente a la divulgación de los indicados datos por persona que dispone o tiene natural acceso a ellos por su relación laboral con el banco como trabajador cualificado en el área informática de la entidad financiera.

Sin embargo, es necesario hacer importantes aclaraciones sobre la naturaleza y características de la información de la que se dice se apropia y divulga el Sr. Falciani, en el sentido de que aunque en principio según se indica es una información general, no seleccionada, que se referiría a una generalidad de personas (el MPC se refiere a que se trataría de una actividad de "phishing" o "fishing"), lo cierto es que la información que consta ha sido y está siendo revelada si habría sido seleccionada y se refiere a actividades sospechosas de ilegalidad, incluso constitutivas de infracciones penales (defraudación tributaria, blanqueo de dinero, posible financiación del terrorismo..), lo que necesariamente nos lleva a considerar que sería una información de ninguna manera susceptible de legítima protección, como secreto, a través de la

protección que establece el indicado precepto penal. Ello afecta directamente a la tipicidad de la conducta.

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. Falciani. En este sentido, el artículo 11 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, referido a la comunicación de datos de datos a terceros, que después de establecer con carácter general que *1. Los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado.*

Establece, *2. El consentimiento exigido en el apartado anterior no será preciso:*

...

d) Cuando la comunicación que deba efectuarse tenga por destinatario al Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal o los Jueces o Tribunales o el Tribunal de Cuentas, en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas. Tampoco será preciso el consentimiento cuando la comunicación tenga como destinatario a instituciones autonómicas con funciones análogas al Defensor del Pueblo o al Tribunal de Cuentas.

En el mismo sentido autoriza dicha cesión el art. 10 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, *(cuando lo autorice una norma con rango de ley o una norma de derecho comunitario y, en particular, cuandoel tratamiento o la cesión tengan por objeto la satisfacción de un interés legítimo del responsable del tratamiento o del cesionario amparado por dichas normas, siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales de los interesados previstos en el artículo 1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre;... el tratamiento o la cesión de los datos sean necesarios para que el responsable del tratamiento cumpla un deber que le imponga una de dichas normas),* en la forma que se debe interpretar de acuerdo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento europeo y del

Consejo de 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, que establece en el art. 7, junto con el principio general de necesidad de consentimiento del afectado para la cesión de sus datos a terceros, la posibilidad de que el tratamiento se efectúe cuando: *e) es necesario para el cumplimiento de una misión de interés público o inherente al ejercicio del poder público conferido al responsable del tratamiento o a un tercero a quien se comuniquen los datos, o ...f) es necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran protección con arreglo al apartado 1 del artículo 1 de la presente Directiva.*

Y cuyo efecto directo (del referido artículo 7. f)) ha sido expresamente reconocido por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea de 24 de noviembre de 2011, resolviendo cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo español y las sentencias de la Sala de lo Contencioso- Administrativo subsiguientes de 8 de febrero y 14 de febrero de 2012, que permiten la cesión de datos a terceros cuando concorra un interés legítimo por parte del cesionario, con la necesaria ponderación de derechos, entre los que están lógicamente el descubrimiento y persecución de delitos graves.

h) Resulta cierto que existe un fragmento de hechos en la imputación delictiva que efectúa el MPC, que se refiere al ofrecimiento por parte del Sr. Falciani y de una cómplice, de la información de que disponía al Banco AUDI, en Beirut, a cambio de dinero, es decir que no sería a una institución u organismo público de otro Estado, que adquiriría la información con la finalidad indicada de investigar delitos o infracciones fiscales.

Sin embargo, este hecho, aparece un tanto confuso e inconsistente dentro del relato fáctico que se nos presenta, en el que si aparecen con objetividad episodios concretos de puesta a disposición de información y colaboración eficaz con autoridades de otros Estados, en los que se evidencia una determinada actitud e intención por parte del Sr. Falciani,

en la que no cabe apreciar móviles económicos o espurios. En el relato no se indica con claridad si hubo tal cesión de datos y obtención de dinero ni se describen con un mínimo de precisión los actos concretos realizados, afirmándose únicamente una intención espuria por parte del reclamado, que no se compadece bien con la que aparentemente resulta del conjunto de los hechos presentados; ni con lo manifestado por el Sr. Falciani en el acto de la vista, en la que indicó que su intención era, vista la situación de irregularidades y descontrol que había percibido durante su trabajo en el HSBC Private Bank Suisse, y la falta de reacción de las autoridades suizas a las que les comunicó la situación, provocar una situación que alertara a los sistemas de control que tiene establecidos la banca suiza, lo que así efectivamente aconteció; ni con la naturaleza aparente de la información manejada por el Sr. Falciani. Ante las mencionadas dificultades de valoración aislada de este hecho, la Sala opta por no darle un tratamiento diferenciado, imbricándolo, como un episodio mas, en el conjunto de los que constan en el relato fáctico.

i) El resultado del análisis jurídico del tipo penal realizado hasta ahora es perfectamente extensible al delito de revelación de secreto de empresa del art. 279 CP, por persona que por su relación laboral con la entidad financiera tendría una obligación específica de guardar reserva. En este caso, la información a proteger penalmente es la de la propia entidad HSBC República Bank (Suisse), siendo en este caso el bien jurídico el secreto comercial y de empresa de la entidad, que sería el sujeto pasivo, perjudicado o víctima del delito. Sin embargo, una parte sustancial de la información, por lo que se tiene dicho, no podría tener la consideración de secretos penalmente protegibles. Así, la jurisprudencia del TS, Penal sección 1 del 12 de Mayo del 2008, exige como uno de los requisitos la licitud, en el sentido de que se trate de una actividad lícita. Por otra parte, operarían las mismas causas de justificación que legitimarían el quebrantamiento de secreto y la cesión de la información a un tercero institucional encargado de la investigación de delitos e infracciones administrativas graves, tras la correspondiente ponderación de derechos.

j) Recapitulando, debemos indicar, que en nuestro derecho, el secreto no es un valor o un bien en sí mismo que merezca en sí y por sí mismo

ser protegido, sino como elemento puramente instrumental para proteger lo que son auténticos bienes jurídicos merecedores de protección, tales como son la intimidad, la libre competencia, el secreto de empresa, la seguridad del Estado, etc. , por ello 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.

k) La conclusión a la que, en definitiva, llega el Tribunal es la falta de doble incriminación normativa en el caso. Esta afirmación se refiere específicamente al tratamiento o cesión de los datos acopiados por el Sr. Falciani, datos obtenidos de la entidad HSBC República Bank (Suisse) correspondiente a espacio temporal preciso que no abarcaría más allá del tiempo en que el Sr. Falciani prestó servicio en dicho banco y al que se refieren las irregularidades en la actuación de la entidad financiera a que nos hemos referido con anterioridad, sin que este juicio sobre la doble incriminación pueda generalizarse a otras conductas o situaciones de cesión de datos bancarios, que requerirán de un específico y particularizado análisis según las circunstancias del caso de que se trate. Con esta resolución Sala no está poniendo en cuestión la labor de control de las autoridades competentes suizas sobre la actuación de las entidades financieras que operan en su ámbito territorial y que se amparan en el tradicional, al menos desde la ley de 1934, secreto bancario suizo, que se vería sino "legitimado" si "admitido" en el ámbito internacional, a cambio de un suficiente y efectivo sistema de control de actividades y prácticas de las entidades financieras que actúan en su ámbito de competencia, que previniera y evitara eficazmente la utilización de la opacidad, que otorga el secreto bancario, para ocultar o posibilitar la comisión de delitos. Sin embargo, ello no implica que las consecuencias negativas de una posible falta de control de facto, tal como se ha constatado en el caso, pueda ser tenida en cuenta por este tribunal o el de cualquier otro Estado requerido para extradición, a la

hora de valorar los hechos en su tarea de verificación de la doble incriminación normativa, frente a imputaciones de cargos consistentes precisamente en la violación del secreto bancario respecto de la información existente en unas concretas fechas en una determinada institución financiera, en relación con la que existen mas que fundadas sospechas, evidencias, de que en aquel momento existían políticas de empresa, procedimientos y se llevaban a cabo actuaciones gravemente irregulares; y ello referido a una persona respecto de la que consta que con su colaboración ha hecho llegar de forma eficaz dicha información a autoridades administrativas y judiciales de varios Estados, entre ellos España, lo que ha producido como efecto directo e inmediato que se hayan desvelado y se sigan desvelando muchas situaciones delictivas encubiertas, amparadas o permitidas por la propia entidad financiera y que han permanecido ocultas hasta el momento, dado que hasta ahora no había sido posible realizar una investigación eficaz.

Tercero.- Apreciándose la causa denegatoria de la extradición de ausencia de doble incriminación y a otras a ella asociada, el Tribunal no considera necesario referirse a otras posibles causas de denegación alegadas.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal

A C U E R D A:

III. PARTE DISPOSITIVA.

DECLARAR LA IMPROCEDENCIA de la extradición solicitada por la Autoridad competente de Suiza (Fiscalía Federal de Suiza), respecto del ciudadano de nacionalidad francesa e italiana **Hervé Daniel MARCEL FALCIANI**.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y partes, haciéndoles saber que no es firme, pues contra la misma cabe interponer recurso de súplica ante el Pleno de la Sala de lo Penal de esta Audiencia Nacional, en el plazo de tres días siguientes a la fecha de la notificación.

Firme que sea esta resolución, remítase testimonio al Ministerio de Justicia (Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional) y al Ministerio del Interior (Dirección General de la Policía – Servicio de INTERPOL).

Así, por este auto, lo acordamos, mandamos y firmamos.

Diligencia.- Seguidamente se cumple lo acordado. Doy fe.