

**LA PRUEBA ILICITA PENAL Y SU EFECTO REFLEJO.
ANALISIS JURISPRUDENCIAL.**

Antonio Pablo Rives Seva.

Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha.

SUMARIO :

I.- La prueba ilícita : el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

II.- Prueba irregular y prueba ilícita.

III.- Doctrina del efecto reflejo de la prueba ilícita.

1.- Posición del Tribunal Supremo.

2.- Doctrina del Tribunal Constitucional.

2.1.- En relación con el derecho al secreto de las comunicaciones.

2.2.- En relación con la inviolabilidad del domicilio.

IV.- Legitimación para invocar la vulneración de un derecho fundamental.

V.- Momento procesal oportuno para discutir la validez de las pruebas.

1.- En el Sumario Ordinario.

2.- En el Procedimiento Abreviado.

VI.- Impugnación de la declaración de nulidad de la prueba.

1.- Cauce procesal.

2.- Legitimación.

3.- Efectos.

VII.- Bibliografía.

Abreviaturas :

ATS	= Auto del Tribunal Supremo.
C.E.	= Constitución Española.
C.G.P.J.	= Consejo General del Poder Judicial.
L.E.Crim.	= Ley de Enjuiciamiento Criminal.
L.O.P.J.	= Ley Orgánica del Poder Judicial.
SSTC	= Sentencias del Tribunal Constitucional.
SSTS	= Sentencias del Tribunal Supremo.
STC	= Sentencia del Tribunal Constitucional.
STEDH	= Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
STS	= Sentencia del Tribunal Supremo.
Rec.	= Número de recurso de casación.
RJA	= Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi.
T.E.D.H.	= Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

I.- LA PRUEBA ILÍCITA : EL ARTICULO 11.1 DE LA LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL.

El tema de la prueba ilícita es en la actualidad, tanto desde el punto de vista teórico como práctico, uno de los más importantes y debatidos del proceso penal. Determinar en qué consiste la ilicitud probatoria, sus causas y efectos, tanto propios como derivados de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales, son cuestiones básicas y esenciales, muchas veces resueltas por los Tribunales de forma insatisfactoria y lo que es peor, contradictoria.

La doctrina de la prueba ilícita se desarrolló principalmente en los Estados Unidos, por la jurisprudencia de su Tribunal Supremo, en la que pueden distinguirse distintos períodos, desde el inicial de expansión de la *exclusionary rule*, que prohibía la utilización de la prueba obtenida de forma ilícita, que llega en 1961 a constituir una prohibición absoluta ; pasando después por la introducción de ciertos elementos correctores que reducen su alcance : primero la *balancing-test*, que pone en el arbitrio judicial la capacidad de sopesar en cada caso los supuestos en los que se debe aplicar la *exclusionary rule* ; y desde 1984 con la *good-faith exception*, que admite la validez procesal de ciertas pruebas obtenidas por los agentes de policía, siempre que su actuación haya sido razonable y en la creencia de obrar de forma legal. Especial interés tiene la doctrina sentada por aquel Tribunal en relación con la extensión de los efectos reflejos de la prueba ilícita, conocida como *fruit of the poisonous tree doctrine* (doctrina de los frutos del árbol envenenado), que ha sido asumida tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo de nuestra Nación.

En nuestra jurisprudencia la doctrina de la prueba ilícita aparece tratada por primera vez en la *STC 114/1984, de 29 de noviembre*, que sin apoyatura en precepto legal concreto, sino en referencia a los derechos fundamentales constitucionalmente proclamados, consideró que "la admisión en el proceso de una prueba ilícitamente obtenida implicará infracción del artículo 24.2 de la Constitución, porque una prueba así obtenida no es una *prueba*

pertinente" ; aunque ya en la *STC 55/1982, de 26 de julio*, el Tribunal Constitucional había anticipado "que el derecho a la presunción de inocencia consagrado por el artículo 24.2 sólo puede ser enervado por prueba que haya llegado con las debidas garantías al proceso".

En la primera de las resoluciones citadas el Alto Tribunal distingue entre infracción de normas infraconstitucionales y vulneración de derechos fundamentales, anudando la sanción de nulidad sólo a este último caso ; solución que se deriva "de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico y de su condición de inviolables (artículo 10.1 de la Constitución)".

Esta posición de radical rechazo a los medios de prueba obtenidos con violación de los derechos o libertades fundamentales, se mantuvo también en la *STC 107/1985, de 7 de octubre* y obtuvo su consagración legal en la *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, cuyo artículo 11.1 determina que "no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violando los derechos o libertades fundamentales".

La prescripción de prohibición de admisión de la prueba obtenida con infracción de un derecho fundamental "es una regla jurídica objetiva, que si bien no está recogida en precepto constitucional alguno (aunque sí legal, el artículo 11.1 de la LOPJ mencionado), ni en rigor deriva del derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE), se desprende ineluctablemente de la dimensión objetiva de todos y cada uno de los derechos fundamentales, que, en cuanto reglas objetivas básicas de todos los procedimientos seguidos por el Poder Público en el Estado democrático de Derecho y en particular de los judiciales, les impone su debida observancia, de forma que esos procedimientos, bien de creación de normas jurídicas o de su aplicación, quedan privados de toda legitimidad constitucional si transcurren al margen o sin respetar los derechos fundamentales, o si amparan sus menoscabos. Y esta exigencia derivada de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales posee una particular incidencia en los procesos penales donde su observancia debe ser aún más rigurosa y severa, si cabe, que en los restantes, ya que dicho proceso es el cauce normal a través del cual se apela y, según el caso, se somete al individuo al uso más intenso y extremo del *ius puniendi* del Estado" (*SSTC 81/1998, de 2 de abril y 239/1999, de 20 de diciembre*).

"Ese fundamento de la prohibición de valorar en juicio pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, dada su posición preferente en el Estado democrático y social de Derecho y su cualidad de derechos inviolables inherentes a la persona (artículo 10.1 CE), que impone la inexcusable necesidad de tutelarlos en todo caso, provoca la radical nulidad de todo acto jurídico contrario a los mismos. Por ello, y en la medida en que los órganos judiciales son los llamados por la Constitución para la regular y ordinaria protección de los derechos fundamentales (artículo 53.2 CE), deberán rechazar el empleo de pruebas en los procesos de los que conozcan, obtenidas con infracción de derechos fundamentales, y muy en particular si dichas pruebas lo son de cargo en los procesos penales ; lo que también podrá hacer valer el interesado aunque el derecho fundamental menoscabado sea el de un tercero, siempre que esa lesión suponga también una singular restricción o una vulneración sin más de los suyos" (*SSTC de 114/1984, 81/1998, 49/1999, 239/1999 ; y STEDH, caso Schenk, de 12 de julio de 1998*).

II.- PRUEBA IRREGULAR Y PRUEBA ILICITA.

Cosa distinta ocurre cuando la infracción procesal no afecta a aquellos derechos, pues, como también ha recordado el Tribunal Constitucional, los requisitos formales no son valores autónomos que tengan sustantividad propia, sino simples instrumentos de una finalidad legítima ; por ello, propugna una interpretación finalista o teleológica de las formas previstas en las leyes procesales, corolario de la ponderación proporcional entre la sanción jurídica y la entidad real del defecto (*SSTC 180/1987, de 12 de noviembre y 263/1988, de 22 de diciembre*), conforme a la cual, no toda irregularidad en la forma de practicar una diligencia de investigación o de prueba conduce necesariamente a negarle valor probatorio.

Siguiendo esa doctrina, el Tribunal Supremo en *STS de 29 de marzo de 1990 -RJA 1990, 2647-* declaró que "cuando el origen de la ilicitud de la prueba se encuentra en la violación de un derecho fundamental, no hay ninguna duda de que tal prueba carece de validez en el proceso y los Tribunales habrán de reputarla inexistente a la hora de construir la base fáctica en que haya de apoyarse una sentencia condenatoria. Otra cosa, quizá, haya que decir cuando la

ilicitud sea de rango inferior, en cuyo supuesto es posible que tenga que prevalecer el principio de verdad material, debiendo hacerse en cada caso una adecuada valoración de la norma violada en consideración a su auténtico y real fundamento y a su verdadera esencia y naturaleza".

También la *STS de 31 de octubre de 1998 -Rec. 2343/97-* apunta la necesidad de precisar los casos en que el efecto expansivo del artículo 11.1º de la LOPJ, resulta aplicable, que deben concretarse en los supuestos de violación de los derechos y libertades fundamentales, sin extenderse a las infracciones procesales de la legalidad ordinaria, ni aun por la vía de calificarlas de infracciones indirectas del derecho a un proceso con las debidas garantías del artículo 24.2 de la CE, pues este precepto no alcanza a constitucionalizar toda la normativa procesal".

Pero en el primer caso, como ha señalado la *STC 49/1999, de 5 de abril*, "la interdicción procesal de las pruebas ilícitamente adquiridas sí se integra en el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías -artículo 24.2 CE-, en la medida en que la recepción procesal de dichas pruebas implica una ignorancia de las garantías propias del proceso, comportando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio -artículo 14 CE-, desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio de los derechos fundamentales de otro (*STC 114/1984*, fundamento jurídico 5º). Por ello ha de declararse también vulnerado el artículo 24.2 CE, pues el debate en que consiste el juicio oral quedó viciado desde que se admitió en él la utilización de elementos de prueba constitucionalmente ilícitos".

La distinción aparece con claridad meridiana en la *STS de 24 de marzo de 1994 -RJA 1994, 2584-* : "En los casos del artículo 11.1 de la LOPJ ... ni la prueba nula ni las otras pruebas posteriores que en la misma se apoyaran podrán ser tenidas en cuenta a la hora de estimar acreditados *los hechos constitutivos del delito o de una circunstancia de agravación de la responsabilidad*, a diferencia de lo que ocurre cuando la violación en el procedimiento de prueba sólo afecta a la legalidad ordinaria, y no a tales derechos fundamentales o libertades públicas, en que *el hecho acreditado por la diligencia nula* puede ser probado por otras pruebas distintas ...".

Así pues, en el caso enjuiciado hubo nulidad absoluta, por aplicación del citado artículo 11.1 de la LOPJ, de la diligencia de entrada y registro y de todas cuantas pruebas posteriores se pudieran referir a los resultados de dicha diligencia nula, concretamente las declaraciones de los acusados y de los testigos, así como los análisis efectuados en cuanto a las sustancias allí encontradas, ahora bien "tal nulidad no puede afectar a las declaraciones testimoniales referidas a hechos diferentes ocurridos con anterioridad al citado registro ...", por lo que desestima el recurso dado que existió prueba totalmente independiente del mencionado registro inconstitucional, y por tanto incontaminada, acreditativa de la dedicación del acusado al tráfico de heroína.

Por tanto, la nulidad de la prueba por vulneración de la legalidad ordinaria, no implica que *el hecho que se trata de acreditar con la diligencia* no pueda quedar acreditado por otros medios, si éstos son legítimos y advienen al proceso por cauces también legítimos.

Así, en relación con la diligencia de entrada y registro domiciliario sin la asistencia del Secretario Judicial, se ha formado un cuerpo de doctrina expresivo de que la nulidad de tal diligencia no es óbice para que *el hecho que se trataba de acreditar con la misma* pueda ser probado por otras vías, de las que en cierto modo han de excluirse las declaraciones de los agentes de la autoridad protagonistas del registro ineficaz, aunque no los testigos neutrales asistentes al mismo, los miembros de las Fuerzas de Seguridad no comprendidos en el supuesto anterior, o la propia confesión de los inculcados (SSTS de 21 de enero de 1993 -RJA 1993, 280-, 24 de junio de 1993 -RJA 1993, 5362-, 15 de septiembre de 1993 -RJA 1993, 7144-, 23 de noviembre de 1993 -RJA 1993, 8715-, 1 de marzo de 1994 -RJA 1994, 1765-, 29 de abril de 1995 -RJA 1995, 3027-, 20 de diciembre de 1995 -RJA 1995, 9458- y 16 de diciembre de 1996 -RJA 1996, 9176-, entre otras muchas).

En cambio, la prueba nula por vulneración de derechos fundamentales no produce efecto alguno. Su ineficacia se extiende a todas sus consecuencias. Resulta de interés reseñar aquí el *Auto del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992 -RJA 1992, 6102-* que, circunscrito al tema de las intervenciones telefónicas, nada impide que la doctrina que sienta se haga extensiva a toda la actividad de obtención de pruebas que afecte a los derechos fundamentales. El Tribunal Supremo, que conocía en única instancia en el

llamado "Caso Naseiro", en el trámite de debate previo, decretó la nulidad de las intervenciones telefónicas, "con todas las consecuencias inherentes a tal declaración, así el que no haya lugar a la práctica de la prueba solicitada consistente en la audición de las cintas magnetofónicas soporte de las conversaciones intervenidas, ni a la práctica de la prueba pericial propuesta, que carece ya de objeto. Tampoco podrán practicarse los otros medios de prueba que sean consecuencia de las referidas conversaciones, pues sólo así se produce el efecto querido por la Ley cuando de nulidades radicales se trata, cabiendo sólo, por tanto, respecto de las acusaciones, utilizar pruebas, si estiman que disponen de ellas, distintas de aquéllas que se declaran nulas, sin que, obviamente y por tanto, puedan tampoco servir como apoyo de sus pretensiones, directa o indirectamente, las pruebas cuya nulidad radical se declara (artículos 11.1 ; 238 y 240 de la LOPJ).

Otro de los efectos de esta declaración será la destrucción inmediata de todas las cintas y de sus transcripciones mecanográficas, en presencia, si lo desean, de las partes y con intervención, por supuesto, del Secretario Judicial que dará fe de su destrucción, quedando mientras tanto bajo su custodia ... En todo caso, no procede decretar el sobreseimiento libre ni el archivo como se ha pedido, porque la exclusión de la prueba de interceptación telefónica que se declara nula no significa, sin más, carencia de prueba o vacío total probatorio. Si existe o no otra prueba será algo a decidir, desde las respectivas posiciones de las acusaciones y en el trámite procesal adecuado, por esta Sala".

Yendo mucho más lejos, la *STS de 20 de diciembre de 1995 -RJA 1995, 9458-*, que consideró nula, por vulneración de derechos fundamentales, la diligencia de registro del domicilio en el que se encontró la droga, rechaza el relato de hechos de la sentencia de la Audiencia que había sido condenatoria, y lo sustituye con la afirmación de que "no se encontraron drogas estupefacientes ni sustancias psicotrópicas" ; solución censurada por la doctrina, pues mal cabe dar como probado que no se encontraron unas drogas que el juzgador tiene sobre su mesa, por lo que hubiera sido más certero anular la prueba como inconstitucional y absolver, sin pronunciarse sobre el resultado objetivo de la diligencia, ya que la diligencia nula que no sirve para probar algo, tampoco puede servir para acreditar lo contrario. Tampoco la solución de esta sentencia del Tribunal Supremo ha sido compartida por el Tribunal Constitucional, como después se dirá.

III.- DOCTRINA DEL EFECTO REFLEJO DE LA PRUEBA ILÍCITA.

Con lo antes dicho, es preciso hacer una precisión terminológica, distinguiendo entre *prueba irregular*, *prueba ilícita* y *prueba prohibida*. La *prueba irregular* sería aquella generada con vulneración de las normas de rango ordinario que regulan su obtención y práctica. Por *prueba ilícita* se entiende aquella en la que en su origen o desarrollo se ha vulnerado un derecho o libertad fundamental ; *prueba prohibida* sería finalmente la consecuencia de la prueba ilícita, esto es, aquella prueba que no puede ser traída al proceso puesto que en su génesis se han vulnerado derechos o libertades fundamentales.

1.- Posición del Tribunal Supremo.

La prueba obtenida con violación de un derecho fundamental es radicalmente nula y no puede surtir efecto alguno en el proceso, "contaminando las restantes diligencias que de ella deriven, trayendo causa directa o indirecta de la misma, ya que existe la imposibilidad constitucional y legal de valorar las pruebas obtenidas con infracción de derechos fundamentales por la colisión que ello entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes" (STS de 5 de febrero de 1994 -RJA 1994, 701-) ; produciéndose así lo que la STS de 15 de diciembre de 1994 -RJA 1994, 10153- ha llamado "efecto dominó".

Como explica la STS de 17 de febrero de 1999 -RJ 1999, 865- "la prohibición de la prueba constitucionalmente ilícita y de su efecto reflejo pretende otorgar el máximo de protección a los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados y, al mismo tiempo, ejercer un efecto disuasor de conductas anticonstitucionales en los agentes encargados de la investigación criminal (*Deterrence effect*).

La prohibición alcanza tanto a la prueba en cuya obtención se haya vulnerado un derecho fundamental como a aquellas otras que, habiéndose obtenido lícitamente, se basan, apoyan o deriven de la anterior (directa o indirectamente), pues sólo de este modo se asegura que la prueba ilícita inicial no surta efecto alguno en el proceso. Prohibir el uso directo de estos medios

probatorios y tolerar su aprovechamiento indirecto constituiría una proclamación vacía de contenido efectivo, e incluso una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales que, indirectamente, surtirían efecto".

Además, la prueba obtenida con violación de un derecho fundamental es radicalmente nula no sólo en sí misma, sino también en sus efectos sobre otras pruebas distintas en cuanto pudiera servir para que éstas puedan ser valoradas en un determinado sentido.

Así, la *STS de 29 de marzo de 1990 -RJA 1990, 2647-* determinó que el ilegítimo hallazgo posterior de una cantidad importante de heroína que se encontró en el domicilio donde se practicó el registro declarado nulo, no puede servir para acreditar que la papelina que se ocupó con anterioridad al acusado en la escalera del inmueble y de una forma lícita, se poseía para traficar con ella ; así lo exige la llamada doctrina de los frutos del árbol envenenado y así debe entenderse la expresión "directa o indirectamente" que utiliza el antes citado artículo 11.1 de la LOPJ.

Un caso parecido resolvió la *STS de 11 de mayo de 1996 -RJA 1996, 4079-* que estimó el recurso de uno de los condenados al considerar inválida la intervención de la droga que éste llevaba oculta en el recto, al haber sido obligado por la policía a desnudarse y practicar flexiones para provocar su expulsión ; procedimiento que fue considerado humillante y degradante, vulnerando los artículos 18.1 y 15 de la CE, y en consecuencia "activa los efectos extensivos del recurso aplicándolos al otro condenado", al que también acaba absolviendo, porque al dejar sin efecto la ocupación de la droga efectuada en el cuerpo de aquel recurrente, la escasa cantidad de droga ocupada a este otro condenado no permitía afirmar más que una finalidad de autoconsumo impune.

Así también, en el ya estudiado *ATS de 18 de junio de 1992 -RJA 1992, 6102-* se afirma que "sólo unas vías son hacederas para el descubrimiento de la verdad real, pues no cabe hablar de pruebas lícitas que procedan de una prueba ilícita (teoría de los frutos del árbol envenenado, acuñada por la doctrina norteamericana). Se puede tratar, por consiguiente, en estos casos, de una prueba obtenida en forma lícita pero que se ha llegado a ella gracias a conocimientos conseguidos de forma ilícita. Otra solución haría absolutamente estéril el pronunciamiento de nulidad de una prueba porque de ella serían ya

obtenibles otros resultados contrarios al inculpado. Por eso es tan importante, cuando se da una prueba ilícita, establecer las fronteras de la prohibición inexorable de obtener de ella consecuencias por la vía indirecta, tratando de evitar, al mismo tiempo, por una parte, la impunidad sólo porque se produjo una nulidad cuando ésta puede ser perfectamente aislada y, de otra, la total ineficacia de la declaración si de ella pueden obtenerse fehaciencias que, de otra manera, no se hubiesen conseguido, lo cual supone la validez únicamente de aquellas que se obtienen con completa independencia de la prueba ilícita. En definitiva, como señala la doctrina científica, lo procedente es aplicar la regla general que proclama la inadmisibilidad e inaprovechabilidad de la prueba ilegalmente obtenida, como en este caso se hace".

Ello no obstante, el Tribunal Supremo defiende la aplicación restrictiva del artículo 11.1 de la LOPJ, limitando la fuerza expansiva del efecto de la prueba ilícita al invocar el principio de conservación de los actos procesales, con fundamento legal en el artículo 242 de dicha Ley, que sobre la nulidad de los actos judiciales mantiene la sanidad de los sucesivos al acto nulo cuando fueren independientes de aquél, así como también cuando su contenido hubiere permanecido invariable aun sin haberse producido la infracción que dio lugar a la nulidad.

Así, la *STS de 4 de abril de 1994 -RJA 1994, 2867-* declara que la nulidad de la prueba "afecta sólo a la misma y a sus consecuencias" ; debiendo, en conclusión, para emitir un juicio sobre el alcance de la declaración de nulidad atenderse a las circunstancias concretas de cada caso, para estimar la existencia de pruebas autónomas e independientes no contaminadas por la diligencia viciada.

En el mismo sentido y con carácter de generalidad, las *SSTS de 9 octubre de 1992 -RJA 1992, 7955-*, *20 de mayo de 1994 -RJA 1994, 3942-* y *11 de febrero de 2000 -Rec. 3276/98-*, han establecido que "la prueba ilegítimamente obtenida puede no viciar a las restantes obrantes en la causa si es posible la desconexión causal de unas y otras pruebas".

Con la pretensión de dar una solución definitiva al problema de la fijación del efecto indirecto de la ilicitud probatoria, en base al efecto reflejo establecido en el artículo 11.1 de la LOPJ, por aplicación de la llamada en el

ámbito anglosajón doctrina del fruto podrido o manchado (*The tainted fruit*) o, genéricamente, doctrina de los frutos del árbol envenenado (*The fruit of the poisonous tree doctrine*), las SSTS de 5 de junio de 1995 -RJA 1995, 4538- y 24 de enero de 1998 -RJA 1998, 88-, con cita de precedentes resoluciones que forman un cuerpo de doctrina consolidada, lo han configurado a través de las notas siguientes : 1º. No contaminación de las pruebas restantes si es posible establecer una desconexión causal entre las que fundan la condena y las ilícitamente obtenidas. 2º. Que esa desconexión siempre existe en los casos conocidos en la jurisprudencia norteamericana como hallazgo inevitable.

En definitiva, pues, la declaración de nulidad carece de autarquía. Si contamina las restantes pruebas conduce a la absolución por aplicación del derecho fundamental a la presunción de inocencia establecido en el artículo 24.2 de la CE, al no existir prueba de cargo que pueda fundar el pronunciamiento condenatorio. Si no se produce tal efecto, la consecuencia no es otra que la de determinar si la prueba no afectada y tomada en cuenta por el Juzgador de instancia puede estimarse apta y suficiente para reputar enervada la verdad interina de inculpabilidad en que la presunción de inocencia consiste".

La doctrina expuesta no deja de presentar dificultades cuando se descende al caso concreto. La STS de 8 de octubre de 1996 -RJA 1996, 7136- advierte de los abusos a que puede conducir esta doctrina del árbol podrido que todo lo contamina, "pues de aceptarse al pie de la letra ese principio nos encontraríamos constantemente con situaciones de verdadera impunidad, que chocarían con la lógica de la realidad y con el respeto que ha de tenerse a conseguir una verdadera justicia material. Por ello, y dentro del más exquisito respeto a las garantías constitucionales, siempre se debe distinguir entre pruebas que conculcan esas garantías y pruebas que se obtienen dentro de ellas, sin que lo espurio o ilegal de aquéllas tenga que contaminar necesariamente a éstas". En consecuencia y pese a considerar nulo, por ilegal, el registro domiciliario, entiende que esa nulidad no se extiende a la declaración de la coimputada, que reconoció que la droga aprehendida, su clase y cantidad era la que poseía en el momento de llevarse a cabo la diligencia ; prueba que entiende "desgajada e independiente de la ilegalmente obtenida, con una relación lógica en sus efectos inculpatorios, pero con la diferencia esencial de su procedencia y de las garantías que la acogen, pues las declaraciones de la coimputada fueron obtenidas dentro del marco de la estricta legalidad y se produjeron tanto en fase de instrucción como

en trámite de juicio oral".

En el mismo sentido se pronuncia la *STS de 19 de marzo de 2001 - Rec. 1908/99-* que, pese a la posible ilicitud de las intervenciones telefónicas que pudieron contaminar el posterior registro domiciliario, considera válida la declaración del propio acusado admitiendo la posesión de la droga ; "posesión que se presenta como una realidad fáctica acreditada por sus propias declaraciones, en una actuación que hemos de considerar eficaz como prueba de cargo por hallarse jurídicamente desconectada de aquellas posibles vulneraciones constitucionales producidas en las mencionadas intervenciones telefónicas".

Por el contrario, la *STS de 4 de octubre de 1996 -RJA 1996, 7564-* referida a los efectos de una intervención telefónica declarada nula por ilícita, estimó el recurso del condenado porque la identidad del único testigo que depuso contra él fue conocida por medio de tal intervención telefónica ; "prueba que estaba vinculada con la obtenida irregularmente y por tal razón invalidada por la prohibición de valoración que surge del artículo 11 de la LOPJ". El mismo efecto determinó la *STS de 8 de febrero de 1999 -Rec. 1224/98-*, que también acaba absolviendo a los acusados porque la aprehensión del alijo de hachís se hizo posible gracias a la interceptación mediante un *scanner*, sin autorización judicial, de las conversaciones emitidas a través de teléfonos portátiles, careciendo de efecto probatorio todo lo acontecido con posterioridad, incluida la prueba que se deriva de la ocupación de la sustancia estupefaciente. Y también la *STS de 27 de octubre de 1998 -Rec. 1215/97-*, que confirmó la absolución decretada por la Audiencia al considerar que la intervención telefónica que fue declarada nula guardaba una directa relación, como inicial causalización, con la autoinculpación de uno de los acusados o con la imputación que se hizo al otro, pues "tales declaraciones tuvieron lugar ya bajo la presión o conmoción psíquica que supone conocer los resultados de tales grabaciones.

En el mismo sentido se pronunció la *STS de 16 mayo 1994 -RJA 1994, 3707-* para la que "los efectos de la teoría de *los frutos del árbol envenenado* se extienden, sin duda, a las declaraciones inculpatorias que sólo existen por mor de la intervención telefónica ilícitamente obtenida, eliminando, por contaminación, esas pruebas de cargo, que el Tribunal de instancia ya no puede tener en cuenta.

En cuanto a la correspondencia postal la *STS de 8 de marzo de 1999* -Rec. 983/97-, una vez que anula la diligencia policial de apertura del paquete por la vulneración de los derechos fundamentales que la misma ocasionó, determina también "la invalidez de las pruebas posteriores que traen causa de aquélla, conforme a doctrina jurisprudencial consolidada ... La nulidad refleja afectará a las declaraciones de los implicados en el envío y en la recogida del paquete, y el propio acusado y los guardias civiles. Al no poderse contar ni con la diligencia de apertura del paquete, ni con las declaraciones de los propios implicados en tal envío, quedan huérfanas de sustento probatorio las imputaciones contra el acusado, por lo que deberá prevalecer su derecho a la presunción de inocencia". De igual modo se pronuncia la *STS de 14 octubre de 1999* -RJ 1999, 7573- : "las declaraciones de los acusados no pueden ser tenidas en cuenta como prueba de cargo por ser declaraciones derivadas del hecho del hallazgo de la droga en el interior de los bultos, y por tanto consecuencia directa de una diligencia declarada nula, nulidad que se extiende a todas aquellas otras pruebas relacionadas con aquella apertura".

Respecto de la diligencia de entrada y registro en el domicilio, para la *STS de 17 junio 1994* -RJA 1994, 5176-, confirmado que la correspondiente diligencia se llevó a cabo con vulneración del artículo 18.1 de la Constitución, es preciso reconocer que, por el efecto *dominó* -conforme a lo especialmente prevenido en el artículo 11.1 de la LOPJ- carecen de validez y eficacia probatorias cuantas pruebas traigan causa de dicha diligencia. Y, en este sentido, debe reconocerse la misma ineficacia a las posibles confesiones o reconocimiento de los acusados como al testimonio de los posibles testigos, sin distinguir el momento procesal en que se practiquen, por tratarse de defectos insubsanables, de tal modo que la ineficacia probatoria debe alcanzar a las pruebas practicadas en el juicio oral".

En esta misma dirección la *STS de 13 de marzo de 1999* -RJ 1999, 2105- considera que "la confesión de los acusados en el acto del juicio oral, aun realizada con todas las garantías propias de la asistencia letrada y derivadas de la instrucción de sus derechos, no pudo tener la virtud de subsanar la nulidad de la entrada y registro en el lugar donde se encontró la droga, porque aquellas confesiones eran pruebas dependientes de la afectada por la nulidad, con la que tenían una evidente conexión causal. Siendo indiscutible que lo único que hizo posible el descubrimiento del cargamento de hachís fue la inconstitucional

actuación de la Guardia Civil y estando evidentemente vinculada al resultado de dicha actuación la confesión de culpabilidad de los acusados, no puede llegarse a otra conclusión sino a que, dándole valor de prueba de cargo al contenido de dichas confesiones, ha surtido efecto, indirectamente, una prueba obtenida violentando un derecho fundamental. No hubiera sido así si, en la audiencia previa al acto del juicio oral, el Tribunal de instancia, accediendo a lo solicitado por las Defensas, hubiese declarado la nulidad de la diligencia policial de entrada y registro y a continuación, una vez expulsada formalmente dicha prueba del proceso, se hubiesen autoinculpado los acusados de un hecho del que ya no hubiese existido otra prueba que su propia manifestación. Pero, no habiéndose producido la previa y oportuna declaración de nulidad y permaneciendo en el proceso la prueba ilícita durante el acto del juicio oral, cuanto dijeron los acusados en relación con el transporte y la posesión de la droga estuvo inexorablemente determinado por la prueba ilícita, por lo que sus manifestaciones no pudieron sanar la inconstitucionalidad de dicha prueba" ; por lo que al no existir una lícita prueba de cargo estima el recurso y absuelve a los acusados.

Por el contrario la *STS de 28 de enero de 2002 -Rec. 1231/00-* considera que la declaración del acusado admitiendo los hechos de la pretensión acusatoria es una prueba jurídicamente independiente del acto lesivo de la inviolabilidad domiciliaria : "El contenido de esa declaración del acusado y muy singularmente el de la prestada en el juicio oral puede ser valorado como prueba válida y, en el caso de ser de cargo, puede fundamentar la condena.

Las garantías frente a la autoincriminación (no declarar contra sí mismo y no declararse culpable) permiten comprobar si han sido respetadas la espontaneidad y voluntariedad de la declaración en cada caso y si se rompe, jurídicamente, la conexión causal con el acto ilícito". Por ello, pese a declarar nulo el registro domiciliar por falta de motivación, considera probada la posesión por el acusado de la cantidad de 32,90 gramos de cocaína hallada en el registro, atendiendo a la declaración prestada ante la Guardia Civil inmediatamente después del registro ; no obstante estima el recurso y le absuelve porque considera que por la exigua cantidad de droga encontrada, se trataba de un caso de posesión para el autoconsumo.

También la *STS de 10 de abril de 2002 -Rec. 885/00-* : "Aún en el caso en que se aceptara la nulidad del registro, subsistiría la prueba consistente en el reconocimiento de los hechos por parte del acusado, pues esa declaración,

que nada tiene que ver con el contenido esencial del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, fue prestada en un momento tan posterior al hecho inicial de la aprehensión de la droga que puede considerarse jurídicamente desvinculada del mismo. La declaración efectuada por el acusado en el acto del juicio oral, suficientemente informado de sus derechos, es un acto libre que, aunque tenga relación con las diligencias de investigación anteriormente practicadas durante la instrucción de la causa, ha de considerarse jurídicamente independiente de ellas, y así lo ha entendido el Tribunal Constitucional, que para extender la prohibición de valoración a las pruebas derivadas ha afirmado que "habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, habrá que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuridicidad)" (*STC 28/2002, de 11 de febrero*).

2.- Doctrina del Tribunal Constitucional.

La cuestión también ha sido abordada reiteradamente por el Tribunal Constitucional, que ha sentado una doctrina, que puede sintetizarse en las *SSTC 85/1994, 86/1995, 181/1995, 54/1996, 81/1998, 49/1999, 166/1999, 171/1999, 238/1999, 299/2000 y 138/2001* relativas a las intervenciones telefónicas, y en las *SSTC 94/1999, 139/1999, 161/1999, 239/1999, 8/2000, 136/2000, 87/2001 y 149/2001*, referentes a la entrada y registro en lugar cerrado.

El problema surge -se lee en las *SSTC 81/1998 y 238/1999*- "cuando, tomando en consideración el suceso tal y como ha transcurrido de manera efectiva, la prueba enjuiciada se halla unida a la vulneración del derecho, porque se ha obtenido a partir del conocimiento derivado de ella". En estos supuestos, aunque la regla general sea que todo elemento probatorio que pretenda deducirse de un hecho vulnerador del derecho fundamental se halle incurso en la prohibición de valoración, el carácter no ilimitado ni absoluto de los derechos fundamentales ha hecho posible que el Tribunal admita la validez y aptitud de tales pruebas para enervar la presunción de inocencia, cuando las pruebas de cargo sean jurídicamente independientes del hecho constitutivo de la vulneración.

2.1.- En relación con el derecho al secreto de las comunicaciones.

El Tribunal Constitucional en la *STC 85/1994, de 14 de marzo*, se limita a impedir la consideración de prueba legalmente obtenida cuando la practicada tiene una derivación inmediata de la prueba inconstitucionalmente obtenida ; así, "una vez establecido que la intervención del teléfono vulneró el derecho al secreto de las comunicaciones, reconocido en el artículo 18.3 de la Constitución, se ha de concluir que todo elemento probatorio que pretendiera deducirse del contenido de las conversaciones intervenidas no debió ser objeto de valoración probatoria". También la *STC 86/1995, de 6 de junio*, en un supuesto similar declaró que existió una relación de causalidad entre la ocupación de la droga y el resultado de la intervención telefónica ilícita, porque "ésta fue el medio que permitió a la Guardia Civil conocer que uno de los sospechosos se desplazaría para hacerse cargo del alijo de droga que fue hallado en su poder al ser interceptado por los agentes encargados de vigilarle" ... por lo que "la prohibición probatoria se extiende no sólo al resultado de la observación telefónica, sino también a la ocupación de la droga y, consiguientemente, ninguno de estos indicios debió ser considerado para establecer la culpabilidad de los recurrentes" ; pese a lo cual no estima el recurso, porque aún prescindiendo de esos elementos de prueba se produjeron en el proceso otras pruebas válidas.

Inciden en los mismos efectos las *SSTC 181/1995, de 11 de diciembre* y *54/1996, de 26 de marzo*, referidas ambas a intervenciones telefónicas declaradas nulas por falta de motivación ; la última de las cuales hace un esfuerzo por determinar el alcance de la prueba ilícita, extendiendo la nulidad a varias declaraciones testificales, concretamente a las declaraciones de los policías que presenciaron la entrevista mantenida por el intermediario de la familia del secuestrado, al que previamente habían seguido y el interlocutor de la banda terrorista, dado que las escuchas telefónicas fueron el medio por el que la policía se enteró de que se iba a celebrar tal entrevista. Sin embargo, como se constata la existencia de otras pruebas independientes no contaminadas, mantiene el pronunciamiento de condena, aunque declara expresamente que fue violado el derecho del recurrente al secreto de las comunicaciones.

La *STC 81/1998, de 2 de abril* determina que "para que la

prohibición de valoración de las pruebas ilícitas se extienda también a las pruebas derivadas o reflejas, habrá de precisarse que éstas se hallen vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, habrá que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuridicidad). En la presencia o ausencia de esa conexión reside, pues, la *ratio* de la interdicción de valoración de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento derivado de otras que vulneran el derecho al secreto de las comunicaciones".

"Para tratar de determinar si esa conexión de antijuridicidad existe o no -sigue diciendo la sentencia comentada- se ha de analizar, en primer término la índole y características de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones materializadas en la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de determinar si, desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquélla ; pero, también se ha de considerar, desde una perspectiva que pudiéramos denominar externa, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones exige. Estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo".

Como en el caso enjuiciado por esta *STC 81/1998*, en virtud de la intervención telefónica ilícita sólo se obtuvo un dato neutro como es el de que el ahora condenado iba a efectuar una visita ... "a partir de ese hecho, dadas las circunstancias del caso y, especialmente, la observación y seguimiento de que el acusado era objeto, las sospechas que recaían sobre él y la irrelevancia de los datos obtenidos a través de la intervención telefónica, el conocimiento derivado de la injerencia en el derecho fundamental contraria a la Constitución no fue indispensable ni determinante por sí solo de la ocupación de la droga o, lo que es lo mismo, que esa ocupación se hubiera obtenido, también, razonablemente, sin la vulneración del derecho", por lo que desestima el recurso.

La misma solución acogió la *STC 238/1999, de 20 de diciembre*, que

también deniega el amparo, pues la ilegal intervención telefónica no fue la causa única de la detención del acusado en el taxi que ocupaba, y donde fue aprehendida la cocaína ; pudo haber sido aquella prueba una línea de investigación ilegítima y así fue decretada por la Audiencia, pero ni influyó en el hecho del transporte, ni en el trayecto del vehículo, ni en la detención del acusado.

Por su parte, la *STC 49/1999, de 5 de abril*, con cita de la *STC 81/1998*, ha venido a señalar "que la importancia del papel que ha de atribuirse al conocimiento derivado de las pruebas obtenidas con vulneración inmediata del derecho al secreto de las comunicaciones en la obtención de otras pruebas depende de un juicio de experiencia que corresponde, en principio, a los Jueces y Tribunales ordinarios. Por consiguiente, una vez establecido el canon en virtud del cual los Tribunales competentes han de determinar si las pruebas derivadas son o no constitucionalmente legítimas termina nuestra jurisdicción -del Tribunal Constitucional-, sin que podamos determinar ahora si se ha vulnerado o no la presunción de inocencia, cosa que todavía corresponde declarar a los Tribunales ordinarios" ; por lo que se limita a anular los autos dictados en la instrucción acordando las intervenciones telefónicas, así como las sentencias condenatorias de la Audiencia y del Tribunal Supremo, "retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a la formación de la pretensión acusatoria y de la proposición de prueba, para que, excluidas las cintas y sus transcripciones, si con las restantes pruebas se mantuviera la acusación, pueda el órgano judicial competente proceder a determinar su ilicitud o licitud y, en su caso, a valorarlas en el sentido que estime oportuno".

La *STC 28/2002, de 11 de febrero*, insiste en que el juicio de experiencia para establecer la conexión o desconexión entre unas y otras pruebas compete al Tribunal sentenciador, "pero su razonabilidad está subordinada a la explicitación de las razones que le llevan a una u otra conclusión y a que tales razones sean suficientes para fundamentarlo", por lo que, estimando el amparo, anula por falta de motivación de ese juicio de experiencia, la sentencia del Tribunal Supremo que había considerado la validez de un registro domiciliario por estar desconectado de una intervención telefónica ilícita, y retrotrae las actuaciones al momento anterior al fallo del Tribunal Supremo para que fundamente suficientemente el juicio de conexión o desconexión realizado.

Finalmente las SSTC 166/1999, de 27 de septiembre y 171/1999, de 27 de septiembre, sintetizando esta doctrina, han precisado que "la lesión del derecho al secreto de las comunicaciones no supone, de forma paralela y automática la lesión de la prohibición de valoración de todas las pruebas derivadas de las intervenciones. Pues si bien es cierto que desde la STC 114/1984 se ha venido afirmando por el Tribunal la prohibición de valorar las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales (además SSTC 107/1985, 64/1986, 80/1991), no sólo en lo que atañe a los resultados directos de la intervención, sino a cualquier otra prueba derivada de la observación telefónica, siempre que exista una conexión causal entre ambos resultados probatorios (STC 49/1996, fundamento jurídico 3º), aunque derive indirectamente de aquélla (SSTC 85/1994, fundamento jurídico 5º, 86/1995, fundamento jurídico 3º, 181/1995, fundamento jurídico 4º, 54/1996, fundamento jurídico 8º), no es menos cierto que este Tribunal ha profundizado recientemente en las excepciones, ya admitidas por la anterior doctrina. Así, de conformidad con la más reciente doctrina constitucional, es lícita la valoración de pruebas que, aunque se encuentren conectadas desde una perspectiva natural con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo, puedan considerarse jurídicamente independientes (SSTC 86/1995, fundamento jurídico 4º, 54/1996, fundamento jurídico 6º, 81/1998, fundamento jurídico 4º).

En el desarrollo de estas excepciones, este Tribunal ha precisado las razones que avalan la independencia jurídica de unas pruebas respecto de otras. La razón fundamental reside en que las pruebas derivadas son, desde su consideración intrínseca, constitucionalmente legítimas, pues ellas no se han obtenido mediante la vulneración de ningún derecho fundamental ; por lo tanto, no puede entenderse que su incorporación al proceso implique lesión del derecho a un proceso con todas las garantías (STC 81/1998, fundamento jurídico 4º). En efecto, en la medida en que la información obtenida a través de las intervenciones telefónicas puede ser incorporada al proceso como medio autónomo de prueba, bien por sí mismo -audición de las cintas-, bien a través de su transcripción mecanográfica -como documentación de un acto sumarial previo-, bien a través de las declaraciones testificales de los funcionarios policiales que escucharon las conversaciones intervenidas (SSTC 121/1998, fundamento jurídico 5º, 151/1998, fundamento jurídico 4º), para que las pruebas derivadas puedan quedar afectadas por la prohibición constitucional de valoración de pruebas ilícitas es preciso que la

ilegitimidad de las pruebas originales se transmita a las derivadas (SSTC 81/1998, fundamento jurídico 4º, 121/1998, fundamento jurídico 6º).

Esta transmisión se produce en virtud de la existencia de una conexión de antijuridicidad cuya presencia resulta del examen conjunto del acto lesivo del derecho y su resultado, tanto desde una perspectiva interna, es decir, en atención a la índole y características de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, como desde una perspectiva externa, a saber, de las necesidades esenciales de tutela exigidas por la realidad y efectividad de este derecho (SSTC 81/1998, fundamento jurídico 4º, 121/1998, fundamento jurídico 5º, 49/1999, fundamento jurídico 14). De manera que es posible que la prohibición de valoración de las pruebas originales no afecte a las derivadas, si entre ambas, en primer lugar, no existe relación natural, o si, en segundo lugar, no se da la conexión de antijuridicidad (SSTC 81/1998, 121/1998, 151/1998, 49/1999).

Tampoco una conclusión afirmativa de la prohibición de valorar las pruebas derivadas utilizadas en el juicio tiene como consecuencia la afirmación de vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Como este Tribunal ha declarado, desde la STC 31/1981 hasta la más reciente 157/1998, la presunción de inocencia opera en el proceso penal como derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que su culpabilidad haya quedado establecida, más allá de toda duda razonable, en virtud de pruebas que puedan considerarse de cargo y obtenidas con todas las garantías. Como hemos señalado también, para que existan auténticos actos de prueba ... es necesario que la evidencia que origine su resultado lo sea tanto con respecto a la existencia del hecho punible, como en lo atinente a la participación en él del acusado. En este sentido, la inocencia de la que habla el artículo 24 CE ha de entenderse en el sentido de no autoría, no producción del daño o no participación en él (SSTC 68/1998, fundamento jurídico 2º y 157/1998, fundamento jurídico 2º). De otro lado, es doctrina reiterada que sólo pueden considerarse auténticas pruebas las practicadas en el juicio oral con la observancia de los principios de igualdad, contradicción, intermediación y publicidad (entre muchas SSTC 51/1995, fundamento jurídico 2º, 173/1997, fundamento jurídico 2º, 228/1997, fundamento jurídico 8º, 68/1998, fundamento jurídico 2º, 157/1998, fundamento jurídico 2º).

En consecuencia, aunque se llegue a la conclusión de que la prohibición de valoración de las pruebas originales ilícitas se extiende a las

pruebas derivadas, el examen de este motivo de amparo requiere el análisis de la existencia y suficiencia de otras pruebas de cargo válidas que hayan fundamentado la convicción del Tribunal respecto de la participación de los recurrentes en los delitos imputados".

2.2.- En relación con la inviolabilidad del domicilio.

La precedente doctrina, elaborada en el marco del derecho al secreto de comunicaciones y aplicada, en principio, respecto de pruebas obtenidas mediante intervenciones telefónicas, ha sido precisada y modalizada en su aplicación a las pruebas obtenidas en registros domiciliarios y, por tanto, en supuestos en los que el derecho sustantivo afectado es la inviolabilidad del domicilio. En este ámbito ha de partirse de que, al igual que el derecho al secreto de las comunicaciones, el derecho a la inviolabilidad del domicilio es de los que definen el estatuto procesal básico de la persona "su más propio entorno jurídico", al proteger de forma instrumental su vida privada, sin cuya vigencia efectiva podría, también, vaciarse de contenido el sistema entero de los derechos fundamentales (*STC 8/2000, de 17 de enero*).

En este ámbito la *STC 94/1999, de 31 de mayo*, ha precisado que la lesión del artículo 18.2 de la CE apreciada en el caso (por falta de cobertura judicial) "tiene como efecto añadido la prohibición, derivada de la Constitución, de admitir como prueba en el juicio oral y de dar valor al hallazgo de la droga. Tal hallazgo no puede acceder al juicio oral y utilizarse como argumento para justificar la pretensión de condena, ni a través del acta en que se documentó la diligencia sumarial de investigación ni tampoco por medio de la declaración testifical de quienes protagonizaron o participaron en la ejecución del acto lesivo de la inviolabilidad domiciliaria, ya sean los agentes policiales que la llevaron a término o las personas que, ex artículo 569 LECrim, asistieron como testigos a la práctica del registro.

Dijimos ya en la *STC 114/1984*, que la ratio de esta exigencia constitucional de exclusión probatoria se encuentra en la posición preferente de los derechos fundamentales, en su condición de inviolables y en la necesidad de no confirmar sus contravenciones, reconociéndoles eficacia alguna. Recogiendo esta doctrina, la *STC 81/1998* resaltó que la valoración procesal de las pruebas

obtenidas con vulneración de derechos fundamentales implica una ignorancia de las garantías propias del proceso (artículo 24.2 de la Constitución) y en virtud de su contradicción con ese derecho fundamental y, en definitiva, con la idea de proceso justo (T.E.D.H., caso Schenk contra Suiza, sentencia de 12 de julio de 1988, fundamento de derecho I,A), debe considerarse prohibida por la Constitución. En este mismo sentido, la *STC 49/1999* concluye el razonamiento señalando que es la necesidad de tutelar los derechos fundamentales la que, en ocasiones, obliga a negar eficacia probatoria a determinados resultados, cuando los medios empleados para obtenerlos resultan constitucionalmente ilegítimos, añadiendo que parece claro que esa necesidad de tutela es mayor cuando el medio probatorio utilizado vulnera directamente el derecho fundamental que cuando se trata de pruebas lícitas en sí mismas, aunque derivadas del conocimiento adquirido de otra ilícita. Y además, que utilizar dichas pruebas en un proceso penal contra quienes fueron víctimas de la vulneración del derecho fundamental ha de estimarse, en principio, contrario a su derecho a un proceso justo.

De modo que, cuando el medio probatorio utilizado constituye una materialización directa de la vulneración del derecho y pretende aducirse en un proceso penal frente a quien fue víctima de tal vulneración pueden ya, por regla general, afirmarse en abstracto -esto es, con independencia de las circunstancias del caso- tanto la necesidad de tutela por medio de la prohibición de valoración (sin la cual la preeminencia del derecho fundamental no quedaría debidamente restablecida) como que la efectividad de dicha prohibición resulta indispensable para que el proceso no quede desequilibrado en contra del reo a causa de la limitación de sus derechos fundamentales.

Sin embargo, en el caso de las pruebas derivadas de otras ilícitas, esto es, cuando se trata de determinar la validez constitucional de pruebas que, siendo lícitas por sí mismas, pueden resultar contrarias a la Constitución, por haber sido adquiridas a partir del conocimiento derivado de otras que vulneraron directamente un derecho fundamental, hemos de establecer si entre unas y otras existe lo que en la *STC 81/1998* denominamos conexión de antijuridicidad.

Pues bien, hicimos depender la existencia o inexistencia de dicha conexión, desde una primera perspectiva interna, de la índole y características de la vulneración, así como de su resultado, condicionándola, por regla general, a lo

que determinase un juicio de experiencia, a llevar a cabo, en principio, por los Jueces y Tribunales ordinarios, acerca de si el conocimiento derivado hubiera podido adquirirse normalmente por medios independientes de la vulneración. Pero, también conectamos, en la citada *STC 81/1998*, la afirmación o negación de la conexión de antijuridicidad a una perspectiva complementaria, que pudiéramos llamar externa, la de las necesidades de tutela del derecho fundamental, que cabía inferir de la índole del derecho vulnerado, de la entidad de la vulneración y de la existencia o inexistencia de dolo o culpa grave, entre otros factores".

Tras analizar las circunstancias del caso enjuiciado, el Tribunal concluye que "la ilicitud constitucional de la entrada y registro practicada impide valorar como prueba de cargo el acta donde se recogió el resultado de la misma, conforme al artículo 569 LECrim y las declaraciones de los agentes de la autoridad que lo llevaron a cabo. Tales pruebas no son sino la materialización directa e inmediata de la vulneración del derecho fundamental y, por lo tanto, su valoración en juicio como prueba de cargo frente al recurrente ha vulnerado su derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE).

Y lo mismo cabe decir de las declaraciones de los demás testigos que asistieron al registro. Aunque no pudiera afirmarse que la actuación de éstos haya vulnerado, por sí, el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, tampoco constituye una prueba derivada que, siquiera, desde una perspectiva intrínseca, pueda estimarse constitucionalmente lícita.

En efecto, lo que tales declaraciones aportaron al juicio no fue un nuevo medio probatorio, obtenido a partir del conocimiento adquirido al llevar a cabo la inconstitucional entrada y registro y que, por lo tanto, pudiera diferenciarse de uno y otra ; sino que, con ellas, lo que accedió al juicio fue, pura y simplemente, el conocimiento adquirido al practicar la prueba constitucionalmente ilícita que, al estar indisolublemente unido a ésta, ha de seguir su misma suerte. De modo que, so pena de vaciar su contenido tanto la tutela de la inviolabilidad del domicilio cuanto las exigencias de igualdad de armas, ha de llegarse a la conclusión de que la valoración de tales declaraciones testificales ha infringido también el artículo 24.2 CE (derecho a un proceso con todas las garantías) del recurrente, cuya lesión, por consiguiente, declaramos".

En conclusión, dado que la condena no viene fundada en ninguna

prueba constitucionalmente lícita, el Tribunal considera violado también el derecho a la presunción de inocencia, lo que determina la estimación del amparo y la anulación de la sentencia de condena.

Los fundamentos de esta sentencia se reiteran en la *STC 139/1999, de 22 de julio*, en la que también se trataba de un registro domiciliario ilícito por falta de motivación de la resolución judicial habilitante. En ella el Tribunal Constitucional distingue entre las pruebas que de hecho están indisolublemente unidas con la prueba primariamente viciada (en cuyo caso se hallan los efectos ocupados en la diligencia de entrada y registro -la pistola y la droga-, la declaración testifical de los agentes de la policía que efectuaron el registro, y las de los testigos presenciales) y las pruebas en las que esa indisoluble conexión fáctica no se da (la declaración del recurrente en el juicio y las de los coimputados), independientemente de que pueda establecerse también respecto a éstas la conexión de antijuridicidad.

El diferente pronunciamiento posible respecto de unas y otras pruebas está claro en las *SSTC 81/1998, 49/1999 y 94/1999* ... "La traslación de la doctrina de tales sentencias al caso actual -se lee en la sentencia que se comenta- nos permite pronunciarnos sobre la invalidez como prueba de cargo de las que relacionábamos en la diferenciación anterior en primer lugar ..." ; pero el Tribunal evita pronunciarse respecto de la validez como prueba de cargo de la declaración autoinculpatória del demandante.

Esto obedece a que "en el caso actual no ha habido pronunciamiento previo de los órganos de la jurisdicción ordinaria sobre la posible conexión existente entre pruebas viciadas por la vulneración del derecho fundamental, y pruebas en las que, en sí mismas, y de modo directo, no se produce esa vulneración. Y ello por la evidente razón de que el Juzgado de lo Penal y la Audiencia Provincial rechazaron la vulneración del derecho fundamental, por lo que no se plantearon el problema que ahora nos ocupa, ni nos consta, por tanto, cuál hubiera sido su decisión, si hubiesen partido de la vulneración del derecho fundamental.

El no pronunciamiento sobre la validez constitucional de esta última prueba impide afirmar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, que sólo se produciría si no hubiera existido ninguna prueba de cargo sobre la

que fundar la condena, lo que no es el caso.

El corolario de los razonamientos precedentes es el de la estimación parcial del amparo por la vulneración por las sentencias recurridas del derecho a la inviolabilidad del domicilio (artículo 18.2 CE), no así por la del derecho a la presunción de inocencia, lo que conduce a la anulación de las sentencias recurridas, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a la formación de la pretensión acusatoria y de la proposición de prueba para que, excluidas las declaradas nulas, si con las restantes pruebas se mantuviera la acusación, pueda el órgano judicial competente determinar su ilicitud o licitud y, en su caso, valorarlas en el sentido que estime oportuno".

La doctrina de las anteriores sentencias se reitera en las SSTC 161/1999, de 27 de septiembre, 8/2000, de 17 de enero, 136/2000, de 29 de mayo y 149/2001, de 27 de junio, que decididamente se pronuncian sobre el valor de esta prueba, estimando que la declaración del acusado, ante el Juez de Instrucción y ratificada en el acto del juicio oral, admitiendo el hallazgo de la droga encontrada en el registro que fue reputado ilegal (en todas ellas por falta de motivación de la resolución judicial habilitante), era una prueba jurídicamente independiente del acto lesivo de la inviolabilidad domiciliaria.

"El reconocimiento de la lesión del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria -se lee en la STC 161/1999- no tiene en sí mismo consecuencias fácticas, es decir, no permite afirmar que "no fue hallada la droga" o que la misma "no existe, porque no está en los autos". Los hechos conocidos no dejan de existir como consecuencia de que sea ilícita la forma de llegar a conocerlos. Cuestión distinta es que esos hechos no puedan darse judicialmente por acreditados para fundar una condena penal sino mediante pruebas de cargo obtenidas con todas las garantías.

Dicho de otro modo, que el hallazgo de la droga fuera consecuencia de un acto ilícito no supone que la droga no fue hallada, ni que sobre el hallazgo no se pueda proponer prueba porque haya de operarse como si el mismo no hubiera sucedido. La droga existe, fue hallada, decomisada y analizada. Por ello, la pretensión acusatoria puede fundarse en un relato fáctico que parta de su existencia. Precisamente, el juicio acerca de si la presunción de inocencia ha quedado o no desvirtuada consiste en determinar si dicho relato fáctico está o no

acreditado con elementos de prueba constitucionalmente admisibles ...".

Frente a la alegación de que la confesión del acusado se habría hecho en una situación de error, al creer que se utilizarían contra él las pruebas derivadas del registro que evidenciaban la tenencia de la droga, el Tribunal constata que "el acusado hizo sus manifestaciones después de haber impugnado el registro de su vivienda, y consciente de que aún podía impugnarlo a través de otros remedios jurídicos ... , por lo que su decisión de admitir la tenencia de la droga fue voluntaria y no el fruto de compulsión alguna. Puede ser tenida por errónea desde el punto de vista de su estrategia defensiva, pero no es un error sobre los hechos que se le imputaban, ni un error inducido por el órgano judicial. El recurrente pudo haber guardado silencio, incluso pudo haber mentido. Fue advertido expresamente en este sentido y, desde luego, había sido previamente asesorado cuando declaró en el acto del juicio oral en presencia de su Letrado. Sus manifestaciones, tendentes a acreditar la tenencia para el propio consumo, fueron fruto de una estrategia de defensa voluntariamente adoptada a la vista de las circunstancias jurídicas y fácticas concurrentes en ese momento, por ello no puede apreciarse la lesión que se invoca ...

La declaración del acusado por la que reconocía ser propietario de la droga y demás efectos encontrados en el registro, no resulta, en sí misma, contraria al derecho a la inviolabilidad domiciliaria, ni, por ello, al derecho a un proceso con todas las garantías. Por tanto, la respuesta a la queja del recurrente exige determinar si efectivamente la prueba utilizada para fundar su condena es el resultado directo de la lesión de un derecho fundamental, o si ha sido obtenida a partir del conocimiento adquirido con el acto lesivo, y guarda con éste la conexión de antijuridicidad que, conforme a nuestra doctrina, justifica constitucionalmente su exclusión.

La primera de las interrogantes ha de ser resuelta en sentido negativo. La declaración de quien inicialmente era sospechoso y luego fue acusado de traficar con drogas no es el resultado de la entrada y registro, pues éste lo constituye el hallazgo de la droga y demás efectos ... Su declaración admitiendo parcialmente los hechos de la pretensión acusatoria es una prueba jurídicamente independiente del acto lesivo de la inviolabilidad domiciliaria. Esta conclusión se apoya en varias consideraciones :

a) Al acusado, y previamente al imputado, se les reconoce constitucionalmente el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. Su declaración, si es en situación de privación de libertad, se lleva a cabo con asistencia letrada, ex artículo 17.3 CE. La misma garantía concurre si se presta en el juicio oral como medio de prueba frente a una pretensión de condena, ex artículo 24.2 CE. Ambas garantías constituyen un eficaz medio de protección frente a cualquier tipo de coerción o compulsión ilegítima y, por ello, el contenido de las declaraciones del acusado, y muy singularmente el de las prestadas en el juicio oral, puede ser valorado siempre como prueba válida, y en el caso de ser de cargo, puede fundamentar la condena.

b) Las garantías frente a la autoincriminación reseñadas permiten afirmar, cuando han sido respetadas, la espontaneidad y voluntariedad de la declaración. Por ello, la libre decisión del acusado de declarar sobre los hechos que se le imputan permite, desde una perspectiva interna, dar por rota, jurídicamente, cualquier conexión causal con el inicial acto ilícito. A su vez, desde una perspectiva externa, esta separación entre el acto ilícito y la voluntaria declaración por efecto de la libre decisión del acusado, atenúa, hasta su desaparición, las necesidades de tutela del derecho fundamental material que justificarían su exclusión probatoria, ya que la admisión voluntaria de los hechos no puede ser considerada un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental. Las necesidades de tutela quedan, pues, suficientemente satisfechas con la exclusión probatoria ya declarada.

c) La validez de la confesión, como dijimos en la *STC 86/1995*, al analizar un supuesto en parte similar al presente, no puede hacerse depender de los motivos internos del confesante, sino de las condiciones externas y objetivas de su obtención. De lo que se trata es de garantizar que una prueba como es la confesión, que por su propia naturaleza es independiente de cualquier otra circunstancia del proceso ya que su contenido es disponible por el acusado y depende únicamente de su voluntad, no responda a un acto de compulsión, inducción fraudulenta o intimidación. Estos riesgos concurren en mayor medida cuando el derecho fundamental cuya lesión se aduce es alguno de los que, al regular las condiciones en que la declaración debe ser prestada, constituyen garantías frente a la autoincriminación (declarar sin Letrado, en situación de privación de libertad, o sin previa advertencia de la posibilidad de callar), pero no es éste el supuesto que aquí abordamos".

Concluye el Tribunal afirmando que la declaración del acusado es prueba independiente del acto lesivo de la inviolabilidad domiciliaria, y por ello constituye prueba válida, por haber sido obtenida con todas las garantías, para fundamentar la condena, por lo que rechaza la alegación de lesión del derecho a la presunción de inocencia.

En el mismo sentido y con análogos argumentos, la mencionada *STC 8/2000, de 17 de enero*, "aun sosteniendo la existencia de una relación natural entre las declaraciones del acusado -efectuadas ante el Juez de Instrucción durante el careo con la coimputada- y el ilícito registro, ello no impide reconocer la inexistencia de la conexión de antijuridicidad entre ambos, dado que se efectuaron con todas las garantías y que la libertad de decisión del acusado al prestarlas permite la ruptura jurídica, tanto desde una perspectiva interna como externa, del enlace causal existente entre la confesión y el acto vulnerador del derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Ello ha de hacerse extensible por idénticas razones a las declaraciones prestadas por la coimputada no sólo durante el juicio oral, sino ante el Juez de Instrucción en un primer momento y en el mencionado careo".

Por último, la *STC 239/1999, de 20 de diciembre*, analiza un caso similar : Las únicas pruebas de cargo que motivaron la condena del recurrente en amparo como autor de un delito de tenencia ilícita de armas, fueron el hallazgo material de la escopeta con sus cañones recortados en el domicilio registrado, que no era el suyo, y las declaraciones de los dos encausados por tal hecho, tanto las del coimputado en cuyo domicilio se halló el arma, como las del recurrente en amparo, pues las declaraciones de los Guardias Civiles versaron sobre las circunstancias del registro y el hallazgo del arma.

"La nulidad del registro -por ausencia de motivación de la resolución judicial autorizante, explica la sentencia- se extiende al hallazgo del arma manipulada y al acta de entrada y registro donde se recogió su resultado. Sin embargo, establecer si el testimonio del coimputado y las contradictorias declaraciones del recurrente se ven o no contaminadas por la ilicitud de aquellas pruebas directas, obtenidas con infracción del artículo 18.2 CE, requiere un examen más detenido.

Es cierto que las primeras declaraciones del coimputado ante la Guardia Civil y ante el Juez de Instrucción son la consecuencia directa de haberse hallado un arma, de la que no se poseía la preceptiva licencia, en su domicilio ... y no hay indicio alguno que permita sostener que la detención del coimputado y sus declaraciones se hubieran obtenido con motivo de otras diligencias de investigación, dado que la única practicada ... fue precisamente, a consecuencia de la entrada y registro en el domicilio del coimputado en busca de objetos de ilícita procedencia.

Sin embargo, no es menos cierto que el coimputado realizó su declaración en la vista oral con todas las garantías, y sin que resulte ahora relevante la posible motivación interna que le haya podido mover a realizarlas inculcando al recurrente en amparo ... Como también es cierto que no puede negarse el hecho mismo de que el arma existe y fue hallada, a pesar de la ilicitud constitucional del registro, cuya única consecuencia a estos efectos es que no puede traerse a la vista oral como prueba de cargo dicha existencia y hallazgo al ser una prueba obtenida con infracción del artículo 18.2 CE, pero no que deba eludirse el hecho mismo de que ese arma efectivamente se halló y existe (*STC 161/1999*).

En consecuencia ... no es posible sostener que entre esta prueba testimonial y la ilicitud de la entrada y registro del domicilio del testigo, y las pruebas directas que de semejante acto se han derivado (hallazgo y existencia del arma y acta del registro en cuestión), exista un nexo de antijuridicidad que la invalide.

A igual resultado se llega respecto de las confesiones autoinculporatorias efectuadas por el recurrente ante la Guardia Civil y el Juez de Instrucción ... su confesión se produjo voluntariamente y con todas las garantías ... Además la práctica de la confesión tuvo lugar en el transcurso de la instrucción abierta tras el hallazgo del arma manipulada, hecho cuya existencia es incontrovertible, y tras las declaraciones del coimputado ... Dichas declaraciones ... son independientes del registro inválido y de las pruebas contaminadas por su ilicitud constitucional. Este cúmulo de circunstancias conduce derechamente a afirmar que se trata de diligencias, convertidas luego en pruebas de cargo independientes y válidas, ya que la voluntariedad de las declaraciones

autoinculpatorias del demandante de amparo, efectuadas con todas las garantías, y su fundamento en hechos no contaminados por la ilicitud constitucional del registro domiciliario que está en el origen del proceso penal en cuestión, han roto la conexión antijurídica que pudiera vincularlas, más allá de lo puramente causal, al mencionado registro y a las pruebas que de él se derivaron", por lo que no ha existido vulneración de la presunción de inocencia.

IV.- LEGITIMACION PARA INVOCAR LA VULNERACION DE UN DERECHO FUNDAMENTAL.

Contradictoria es la posición de la jurisprudencia en este punto. Del examen de algunas resoluciones puede extraerse la afirmación de que no existe legitimación para denunciar la vulneración de derechos fundamentales ajenos ; y así, la *STS de 4 de diciembre de 1995 -RJA 9033-* desestimó el recurso del condenado puesto que ni era el titular del domicilio en el que se efectuó el registro, ni el propio morador, también condenado, recurrió la sentencia. También la *STS de 11 de marzo de 1996 -RJA 1911-* consideró dudosa la legitimación para invocar la vulneración del derecho a la inviolabilidad domiciliaria, cuando los condenados no eran titulares de la terraza del apartamento contiguo al suyo en estado de abandono, en la que guardaban el recipiente con la sustancia prohibida, lugar que utilizaban como almacén o trastero para esconder la droga.

De igual modo, la *STS de 21 de septiembre de 1995 -RJA 6392-* resolvió la queja del condenado, que impugnó la validez del cacheo que se hizo a otra persona, proclamando el Tribunal "la carencia absoluta de legitimación del recurrente, que pretende hacer valer en un recurso de casación unos derechos que no le corresponden en modo alguno y que por su carácter personalísimo se atribuyen a un tercero que no ha formulado queja alguna a la actuación policial".

Respecto de la intervención telefónica la *STS de 31 de octubre de 1998 -Rec. 2343/97-* negó legitimación al condenado para alegar vulneración de un derecho fundamental que a él no le afecta, "pues de tales teléfonos ni es titular, ni corresponden a su domicilio, ni existe llamada alguna efectuada desde ellos al ahora recurrente ni por éste a aquéllos". También la *STS de 12 de diciembre de 2000 -Rec. 1353/99-* pues no se trataba de conversaciones en las cuales hubiera intervenido la condenada y tampoco eran sus teléfonos los

afectados por la medida ; y la *STS de 2 de noviembre de 1999* -RJ 1999, 8090- en un caso idéntico al anterior.

En el mismo sentido la *STS 9 de julio de 1998* -RJ 1998, 5834- en un caso de apertura de un paquete postal, rechazó la denuncia de vulneración del secreto de la correspondencia porque "ninguno de los recurrentes era remitente o destinatario *nominatim* del paquete ..., por lo que, aunque hubiera habido vulneración de ese derecho fundamental, que no la hubo, nunca podría ser alegada por ellos, al carecer de la imprescindible legitimidad al respecto por tal motivo" ; y lo mismo afirma la *STS de 14 de febrero de 2000* -Rec. 561/99- pues el acusado no era el destinatario del paquete y por ello, carecía de legitimación para denunciar la posible vulneración de un derecho del que no era titular, pues ni siquiera estaba debidamente identificado el remitente de aquél".

Cambiando bruscamente de orientación, y en contra del dictamen del Fiscal que consideró que el condenado carecía de legitimación para alegar la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad de la correspondencia al no ser ni remitente ni destinatario del paquete, la *STS de 8 de marzo de 1999* -Rec. 983/97- admite "su legitimación para alegar la nulidad de una diligencia o prueba por haberse obtenido con vulneración de derechos fundamentales de un tercero, puesto que incluso el Tribunal enjuiciador de oficio debe dejar de ponderar pruebas en cuyo desarrollo haya mediado transgresión de tales derechos, lo que así resulta de lo dispuesto en el artículo 53.1 CE, conforme al cual, los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo 2º del Título Preliminar vinculan a todos los poderes públicos, y de la norma contenida en el artículo 11.1 de la LOPJ, que establece que no surtirán efecto las pruebas obtenidas directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales". También la *STS de 20 de julio de 2001* -Rec. 2311/99- reconoce legitimación al condenado para denunciar la nulidad de la declaración que hizo otra persona, entonces detenida, sin la presencia de Abogado, porque "aún no siendo propio el derecho infringido, su interés resulta evidente por ser esta declaración la única prueba que utilizó el Tribunal de instancia para fundamentar la condena del acusado".

De forma explícita la *STS de 1 de junio de 2001* - RJ 2001, 4587- declara que "es irrelevante que la lesión de derechos cometida para obtener la prueba afecte al sospechoso, al acusado o a un tercero, por ejemplo un testigo. En todo caso si se ha vulnerado, para obtener la prueba, un derecho fundamental,

ello determinará la aplicación de lo preceptuado por el artículo 11 LOPJ, dado que éste no exige que el titular del derecho lesionado sea el acusado o alguna parte del proceso. El fundamento de la prohibición de valoración de la prueba es siempre el incumplimiento de la obligación de la autoridad de persecución del delito de las obligaciones que le impone la Constitución de someterse, en su actividad, a las normas del orden jurídico". En consecuencia estima el recurso del condenado por un delito contra la salud pública porque la sustancia estupefaciente fue obtenida por la Policía haciendo vomitar en sus dependencias al comprador la papelina que previamente había adquirido al acusado, y luego había tragado, sin que constara el consentimiento del mismo.

En esta misma dirección la *STC 239/1999, de 20 de diciembre*, en un caso de registro domiciliario ilícito por falta de motivación de la resolución judicial habilitante, ha declarado que "poco importa que el domicilio registrado haya sido el de un tercero, puesto que el recurrente, parte en el proceso penal en el que resultó condenado a consecuencia de lo hallado en el domicilio de un tercero indebidamente registrado, posee un indudable interés legítimo en hacer valer en la instancia judicial oportuna, y eventualmente en el proceso de amparo constitucional, la nulidad de aquel registro y de las pruebas que traen su origen del mismo. Y no para preservar su derecho a la inviolabilidad del domicilio o el de un tercero, sino para esgrimir fundadamente su derecho a la presunción de inocencia".

V.- MOMENTO PROCESAL OPORTUNO PARA DISCUTIR LA VALIDEZ DE LAS PRUEBAS.

La doctrina más autorizada ha estimado que cuando se alegue la vulneración de un derecho fundamental, no será necesario esperar al inicio de las sesiones del juicio (artículo 793.2 de la LECrim) para hacer valer la nulidad, sino que es factible hacerlo en cualquier momento anterior, tanto en la instrucción, en la fase intermedia, como una vez abierto el juicio oral.

Pero concluida la fase de instrucción hay que distinguir entre el sumario ordinario y el procedimiento abreviado.

1.- En el Sumario Ordinario.

Para la STS de 24 de septiembre de 1996 -RJ 1996, 6752- "el tema de la legalidad o ilegalidad de las pruebas es difícil que pueda someterse a discusión previa a la decisión última del Tribunal, pues se trata de cuestiones que quedan incorporadas a la valoración de dichas pruebas, bien en su conjunto, bien de manera individualizada, cuestión valorativa que corresponde a dicho Tribunal en el trámite procesal de sentencia, y ello lo demuestra el artículo 666 de la Ley Rituaria que en ninguno de sus cinco apartados incluye como objeto de artículo de previo pronunciamiento a esa materia probatoria".

El caso enjuiciado seguía los trámites del Sumario Ordinario, al que, según la sentencia que se comenta, no pueden aplicarse por analogía las normas del Procedimiento Abreviado. Por ello, la petición de que se declarara nula determinada prueba fue extemporánea "al hacerse al inicio del juicio oral, ya que con arreglo al artículo 667, tal pretensión debió formularse en el término de tres días a contar desde el siguiente de la entrega de los autos para la calificación de los hechos".

Insistiendo en esta idea, la STS de 7 de junio de 1997 -RJ 1997, 5599- reitera que "en el Procedimiento Ordinario no está prevista una audiencia preliminar que pueda sanar y expulsar del procedimiento aquellas pruebas que hayan sido obtenidas con vulneración de los derechos fundamentales y, como consecuencia de ello, todas las que de aquéllas traigan causa u origen.

Es necesario -dice la sentencia- que se regule de manera expresa este trámite procesal porque resulta absurdo que una prueba obtenida de manera ilícita o con vulneración de derechos fundamentales permanezca inmune a toda posibilidad anulatoria produciendo efectos indeseables y perjudiciales como el de obligar al acusado a concurrir a la apertura del juicio. Algún sector doctrinal sostiene que se pudiera suscitar la anulación, cuando nos encontremos en el Procedimiento Ordinario, en el momento de plantear los artículos de previo pronunciamiento (artículo 666 de la LECrim), si bien no se debe olvidar que la relación de supuestos que lo autorizan son *numerus clausus*, por lo que no pueden ser ampliados. El artículo 240.1 de la LOPJ no facilita las cosas al decir que la nulidad de pleno derecho y los defectos de forma de los actos procesales que impliquen ausencia de requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión se harán valer por medio de los recursos

establecidos en la ley o por los demás medios que establezcan las leyes procesales. Descartado, en el caso presente, el trámite de recurso, solamente una ampliación del artículo 666 de la LECrim, puede dar paso a la alegación previa de la vulneración de derechos fundamentales. El artículo 240.2 de la LOPJ al reconocer una facultad o impulso de oficio al juez o tribunal para declarar la nulidad de todas o alguna de las actuaciones se refiere más bien a cuestiones de forma que a problemas de fondo como el que aquí se plantea".

En el caso de la sentencia que se comenta la Audiencia abrió un debate preliminar que culminó con la declaración de nulidad de determinada intervención telefónica por medio de Auto y no, como hubiera sido lo lógico, abordando la cuestión en la sentencia definitiva, que fue absolutoria. "Al no hacerlo así se lesionó el principio de unidad de acto que recoge el artículo 744 de la LECrim, aplicable al procedimiento ordinario, en el que se establece que abierto el juicio oral éste continuará por todas las sesiones consecutivas que sean necesarias hasta su conclusión, que debe culminarse por la sentencia que ponga fin a la causa".

Por lo tanto, en el Sumario Ordinario, en el que no existe un trámite específico para que el órgano judicial se pronuncie sobre la posible ilicitud de la prueba, tal declaración deberá hacerse en la sentencia, la cual no tendrá en cuenta la prueba ilícita para su valoración. Así, no fue correcta la actuación de la Audiencia, "pues la respuesta jurisdiccional debió plasmarse en la sentencia y no verse reducida a una contestación *in voce* ante la solicitud de nulidad del auto acordando la intervención telefónica, formulada por la defensa al comienzo de las sesiones del juicio" (*STS de 31 de octubre de 1998 -Rec. 2343/97-*).

2.- En el Procedimiento Abreviado.

En el Procedimiento Abreviado es la propia Ley la que sitúa la cuestión en una determinada fase al prescribir que debe ser en el turno de intervenciones preliminar previsto en el artículo 793.2º donde se plantee la pretensión de nulidad de la prueba. Así se lee en el *ATS de 18 de junio de 1992 - RJ 1992, 6102-* (Caso Naseiro), y en el mismo sentido se pronuncian el *ATS de 30 de diciembre de 1992 -RJ 1992, 10548-* (Caso Filesa) y las *SSTS de 29 de noviembre de 1997 -Causa Especial 840/96 : RJ 1997, 8535-* (Caso Mesa

Nacional de Herri Batasuna) y *6 de marzo de 1995* -RJ 1995, 1808- ; la última de las cuales concluye diciendo que tal pretensión debe ser planteada en el pódico del juicio oral, pues "el artículo 793.2º de la LECrim exige dar una respuesta *in actu* a la pretensión de nulidad y no prescribe que sea desarrollada tardíamente en una resolución motivada y extensa".

Sin embargo, la audiencia preliminar en el Procedimiento Abreviado no tiene carácter preclusivo (*STS de 26 de febrero de 1996* -RJ 1996, 924-), "por lo que la alegación de vulneración de un derecho fundamental puede hacerse valer no sólo en tal trámite, sino también en los recursos ordinarios o extraordinarios (casación) o en amparo constitucional". De igual modo se pronuncian las *SSTS de 31 de mayo de 1994* -RJ 1994, 4506- y *23 de diciembre de 1994* -RJ 1994, 10266- y el *ATS de 3 de febrero de 1993* -RJ 1993, 855-.

Ahora bien, aunque el trámite no sea preclusivo, "no menos cierto es que en tal caso el tema de la ilicitud de la prueba tenía que haberse suscitado en conclusiones para precisar respuesta motivadora, conforme a lo señalado en reiteradísima doctrina jurisprudencial de esta Sala (*STS de 28 marzo de 1994* -RJ 1994, 2663- y las en ella citadas)" (*STS de 20 de septiembre de 1994* -RJ 1994, 7072-) ; siendo extemporánea la denuncia de violación de derechos fundamentales efectuada en el trámite de informe (*STS de 9 de junio de 2000* - Rec. 2198/98-), y "tampoco es de recibo el planteamiento de la cuestión *ex novo* por vía casacional, tanto más cuanto que el recurso ofrece aquí rasgos similares a los del amparo constitucional, por lo que desde la óptica de la subsidiariedad se refuerza más su desestimación" (*STS de 27 de febrero de 1997* -RJ 1997, 1460-). "El adelantamiento del amparo por vía casacional no tiene por qué renunciar a los requisitos básicos del propio recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, entre los que destaca la subsidiariedad. No sería correcto que el Tribunal Supremo hubiera de ocuparse de un reproche que, anterior al juicio oral, fue silenciado en su momento, eludiendo así el oportuno debate" (*STS de 28 de enero de 1997* -RJ 1997, 342-).

La finalidad de la audiencia preliminar la explica la *STS de 29 de noviembre de 1997* -Causa Especial 840/96 : RJ 1997, 8535- (caso Mesa Nacional de Herri Batasuna) : "propiciar que las sesiones del plenario propiamente dicho discurren por cauces de desarrollo normalizado al margen de incidencias ajenas al debate probatorio".

En parecidos términos se pronunció la *STS de 24 de junio de 1993 - RJ 1993, 5364-*. "Con ella se pretende, con buen sentido, clarificar el proceso evitando que, después de desarrollado, haya que volver hacia atrás con pérdida de la correspondiente actividad procedimental desplegada".

Esta última sentencia aborda el tema, que reconoce que no es pacífico, de si el propio Juez de instrucción puede/debe declarar la nulidad cuando compruebe la vulneración de un derecho constitucional, y el tema de la preclusividad o no del defecto, si en dicha fase el problema no se plantea y el Juzgado no lo resuelve de oficio.

"Como es frecuente en el Derecho, en este caso no parece adecuado establecer las reglas fijas e inconvencionales. Todo puede depender de las circunstancias. Si se constata una vulneración grave en la fase de instrucción - una declaración prestada bajo tortura, por ejemplo - el Juez, sin duda, declara su nulidad para separar del preproceso esa actividad y, si en la audiencia preliminar nadie acusa la vulneración, el Tribunal la apreciará, si se ha producido, porque los Jueces y Tribunales han de actuar incondicionadamente como garantes de tales derechos fundamentales y libertades públicas.

Lo que sucede - y así está para mostrarlo el problema de la presunción de inocencia - es que la no invocación, cuando la parte que debe llevarla a cabo no lo hace, puede acontecer que el nivel de presencia de la irregularidad o vulneración invocada se sitúe en otras coordenadas porque, con toda evidencia, el proceso penal sirve para absolver al inocente, pero, también, para condenar al culpable y, cuando las alegaciones se formulan de manera extemporánea, si se trata de las Defensas, no puede ya oírse a las acusaciones y, entre ellas, al Ministerio Fiscal que es parte imparcial defensora de la legalidad y del orden público, con lo que, con toda evidencia, puede producirse una indefensión de otra u otras partes que también es predicable, dentro de las correspondientes coordenadas, de las acusaciones. Pero, no porque deje de existir la obligación incondicionada de los Jueces y Tribunales de velar por la presencia activa de tales derechos fundamentales, sino porque en tales fases, por razones imputables a la parte, ya no es posible a veces acreditar la vulneración".

Cuestión distinta es la de determinar si una vez suscitado por las

partes el tema de la ilicitud de la prueba en el trámite preliminar del juicio, el Tribunal debe resolver sobre ello necesariamente en dicho momento. Al respecto, la *STS de 7 de abril de 1995 -RJ 1995, 2885-* declara que "aunque la decisión sobre la posible vulneración de derechos fundamentales pueda adoptarse, cuando de procedimiento abreviado se trata, en la iniciación de la vista oral conforme al tan repetido artículo 793.2, también es correcto, desde el punto de vista de la legalidad ordinaria y constitucional, aplazar la decisión hasta el momento de dictarse la sentencia siempre que existan razones objetivas suficientes para ello.

Este criterio viene impuesto por el análisis racional del precepto procesal en interpretación gramatical y auténtica, de acuerdo además con los artículos 11.1, 238.3 y 242 de la LOPJ ... La vulneración del derecho fundamental es, entre otras materias, una de las finalidades de ese incidente previo, sin que el precepto legal obligue a pronunciarse sobre el fondo de la cuestión en ese momento concreto, pues lo que se exige por el mismo es la necesidad de resolver en el acto lo procedente, y lo procedente es también acordar ese aplazamiento para la sentencia final, en base a las razones justificativas que se dan para ello, sobre todo si durante la vista oral se aportan o se reproducen pruebas esclarecedoras al respecto".

Matizando más, las *SSTS de 3 de febrero de 1998 -RJ 1998, 723- y 8 de julio de 1998 -Rec. 3356/97-* señalan que los temas que las partes pueden suscitar en la denominada audiencia preliminar pueden ser de distinta naturaleza y consiguientemente demandan una diversa respuesta. Así, cabe citar entre ellos los relativos a la competencia del órgano judicial, a la suspensión del juicio oral y a las pruebas que se hayan propuesto o se propongan en tal momento, que constituyen cuestiones jurídicas sobre las que el órgano judicial ha de pronunciarse en el acto, en cuanto irrepetibles y afectantes al desarrollo posterior del plenario. Mas, las restantes cuestiones, entre ellas las relativas a las pretendidas vulneraciones de derechos fundamentales, al ser susceptibles de reiteración en el plenario (v. artículo 678 LECrim), pueden ser resueltas también en la sentencia, sin que respecto de las mismas pueda hablarse de preclusión.

Y en esta misma línea, la *STS de 27 de junio de 1994 -RJ 1994, 5034-* advierte que "en algunos casos es necesaria una decisión previa sobre la validez de las pruebas con objeto de delimitar el ámbito del debate contradictorio

y delimitar el contenido del material probatorio evitando la interferencia de pruebas ilícitas o nulas en el curso de la práctica de aquellas que no están afectadas por ningún estigma legal. Es más, no se debe descartar la posibilidad de una declaración posterior de nulidad de la prueba cuando durante el curso de las sesiones del juicio oral surgen nuevos datos o elementos que ponen de relieve su ilicitud.

La propia lógica del actuar procesal impone deferir la decisión al momento de dictar sentencia cuando el órgano jurisdiccional que va a resolver la cuestión considera que no existen causas que produzcan la nulidad de las pruebas practicadas durante la tramitación de las actuaciones. No nos encontramos ante un trámite preclusivo que exija en todo caso una decisión previa sobre las cuestiones planteadas sino ante una posibilidad procesal que la Sala o el Juez sentenciador deberán resolver con criterios racionales estableciendo un orden lógico para decidir. Si la Sala acuerda abordar el tema de la validez de las pruebas en el momento de dictar sentencia no se vulnera el principio de unidad de acto y se cumplen estrictamente las previsiones del legislador contenidas en la proposición final del artículo 793.2 de la LECrim".

Pero la cuestión ha de resolverse inmediatamente, sin posibilidad de demorarla al momento de dictar sentencia "cuando la cuestión sea la posible nulidad de una prueba por vulneración de derechos fundamentales y la introducción de esa prueba en el debate que a continuación se va a celebrar, si efectivamente aquélla adolece de nulidad, puede generar indefensión para la parte que promovió la cuestión" (*STS de 19 de noviembre de 1999 -RJ 1999, 8880-*).

La *STS de 6 de octubre de 1995 -RJ 1995, 7595-* viene a resumir las diversas posturas existentes : "El trámite previsto en el artículo 793.3 de la LECrim se refiere exclusivamente al procedimiento abreviado. En el entorno del mismo, y cuando se alega la vulneración de derechos fundamentales al iniciarse la vista oral, ha sido ya dicho (*STS de 7 abril 1995 -RJ 1995, 2885-*) la diferencia de criterio jurisprudencial al respecto. Porque si inicialmente el *ATS de 18 junio 1992 -RJ 1992, 6102-* (caso Naseiro) venía a decir que la audiencia preliminar, tratando de evitar incidencias o problemas posteriores, debería propiciar la resolución inmediata, y previa, sobre esas pretendidas infracciones, posteriormente, a través del Auto del mismo Tribunal de *3 febrero 1993 -RJ 1993,*

855-, también la *STC 366/1993, de 13 diciembre*, y la sentencia del Tribunal Supremo acabada de señalar, se impuso la doctrina consistente en afirmar que el trámite del artículo reseñado no es preclusivo, es decir, que la vulneración de los derechos fundamentales podía ser resuelta al iniciarse el juicio o, aplazada tal decisión, en el momento de dictarse sentencia, si existen para ello razones objetivas suficientes. También pervive una tercera orientación que admite ese estudio previo incluso antes del plenario, durante la instrucción, que evitaría o que podría evitar la denominada «pena de banquillo» (Voto Particular al *ATS de 3 febrero 1993 -RJ 1993, 855-*) ... De todas maneras la resolución de oficio por el Tribunal de la supuesta nulidad, antes de la sentencia no deja de ser sino una facultad discrecional del mismo".

Con más rigor procesal, la *STS de 25 de enero de 1997 -RJ 1997, 109-* se inclina por la necesidad de que la cuestión se resuelva necesariamente en la sentencia y no en la fase preliminar : "La referencia que algún sector de la doctrina hace a los artículos de previo pronunciamiento nos llevaría, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 675 y 577 de la LECrim, a la solución de elaborar un Auto previo que pudiera llevar al sobreseimiento libre de la causa. La adopción de la fórmula del sobreseimiento tiene su justificación, en el procedimiento ordinario, en que todavía no se ha acordado la apertura del juicio oral por lo que no es posible dictar una sentencia absolutoria. Por el contrario, en el procedimiento abreviado, ya se ha acordado la apertura del juicio oral y señalado un día y hora para la iniciación de sus sesiones y de hecho se comienza su celebración con la lectura por el Secretario de los escritos de acusación y defensa, por lo que nos encontramos en una fase en la que rige el principio de unidad de acto por lo que parece más lógico que todo el debate, tanto las cuestiones preliminares como el resultado de la prueba, en el caso de que llegue a practicarse alguna, debe ser resuelto mediante sentencia que ponga fin al acto de apertura del juicio oral".

Por último el Tribunal Supremo en la *causa especial 840/96 -RJ 1997, 8535-* (Caso Mesa Nacional de Herri Batasuna) resolvió las cuestiones previas en la fase preliminar, aunque en la sentencia recogió la fundamentación del auto resolutorio, que "estructuralmente está ensamblado en la que ha de ser la sentencia definitiva", pues, como dice la *STS de 24 de marzo de 2000 -Rec. 4639/98-* "no nos encontramos ante compartimentos estancos que eviten la debida comunicación entre ambas decisiones. Esta última sentencia explica : "la

decisión que se adopte en la audiencia previa no tiene por qué constar necesariamente en forma de auto, pudiendo revestir la forma de un simple acuerdo debidamente documentado en las actuaciones ... , es decir consignando la resolución, con una sucinta motivación, en el acta del juicio ..., incluyendo luego en la sentencia una motivación más completa si la índole de la cuestión lo requiere. Cuando la complejidad de las cuestiones suscitadas hagan necesaria la suspensión de las sesiones del juicio, cabe dictar un auto resolviendo de modo más detallado y razonado las cuestiones planteadas". En cualquier caso, "al no indicar la norma nada al respecto, contra la decisión del Tribunal no cabe otro recurso que el que se dé en su momento contra la sentencia ..., no siendo aquella decisión susceptible de recurso de casación autónomo, pues ni la Ley lo autoriza ni lo permiten la naturaleza concentrada del procedimiento y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, que resultaría indudablemente quebrantado si en cada procedimiento abreviado se pudiese recurrir en casación autónoma la resolución de las cuestiones previas, paralizando el enjuiciamiento".

VI.- IMPUGNACION DE LA DECLARACION DE NULIDAD DE LA PRUEBA.

1.- Cauce procesal.

El cauce procesal adecuado para combatir la sentencia que prescinde de valorar determinada prueba, al considerarla nula, es el del artículo 5.4 de la LOPJ, en relación con el 24.1 de la CE, que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, por cuanto la declaración de nulidad impide a la Acusación valerse de la misma (*SSTS de 14 de abril de 1994 -RJ 1994, 3291-, 28 de diciembre de 1994 -RJ 1994, 10378-, 6 de noviembre de 1995 -RJ 1995, 8015-, 20 de noviembre de 1995 -RJ 1995, 8314-, 23 de enero de 1996 -Rec. 2142/95-, 2 de febrero de 1996 -RJ 1996, 789-, 6 de febrero de 1996 -RJ 1996, 912-, 21 de marzo de 1997 -RJ 1997, 1961-, 11 de marzo de 1998 -RJ 1998, 2349- y 21 de diciembre de 1998 -Rec. 886/98-).*

Sin embargo, la *STS de 26 de septiembre de 1995 -RJ 1995, 6746-* estima que "como lo que se cuestiona es la validez o nulidad de un determinado medio probatorio, ello debe de tener su cauce adecuado en las normas orgánicas y procesales que regulan la materia ... puesto que la vulneración del derecho

fundamental a la tutela judicial efectiva sólo posee trascendencia constitucional en los aspectos atinentes a la arbitrariedad y falta de motivación de la resolución judicial, pero no en cuanto a la selección e interpretación de las normas aplicadas por el órgano jurisdiccional... y ... si el Ministerio Fiscal ha obtenido del órgano jurisdiccional una respuesta suficientemente motivada, se ha satisfecho plenamente el derecho a la tutela judicial efectiva".

Siguiendo en esa línea, la *STS de 30 de diciembre de 1995 -RJ 1995, 9639-* trata de precisar más, afirmando que "como en realidad la cuestión se reduce a una discusión sobre el reconocimiento o desconocimiento del derecho a la prueba que tienen las partes intervinientes en el proceso penal, considerando al Ministerio Fiscal como parte formal que ejercita la acusación pública en defensa de la legalidad, lo procedente es encauzar el recurso a través de una interpretación actualizada del artículo 850.1º de la LECrim".

2. Legitimación.

A la cuestión de la legitimación del Ministerio Fiscal para denunciar la vulneración de un derecho fundamental, en concreto, el de la tutela judicial efectiva, han dedicado su estudio las *SSTS de 14 de abril de 1994 -RJ 1994, 3291-*, *25 de noviembre de 1997 -RJ 1997, 8354-*, *27 de octubre de 1998 -Rec. 1215/97-*, *20 de noviembre de 2000 -Rec. 687/00-*, *27 de febrero de 2002 -Rec. 2322/00-* y *6 de febrero de 1996 -RJ 1996, 912-*, la última de las cuales concluye afirmando que "si sólo se admitiera la posibilidad de considerar que esos derechos son de titularidad de las personas físicas es evidente que el Ministerio Fiscal en cuanto tal no estaría facultado para alegar su vulneración. Pero ya la jurisprudencia de esta Sala ha señalado repetidamente que corresponde la titularidad al Ministerio Fiscal, y por una doble vía. En primer lugar, porque, según criterio sancionado en la doctrina constitucional corresponde tanto a las personas físicas como a las jurídicas a las que el ordenamiento jurídico reconoce capacidad procesal, el derecho a la tutela judicial efectiva establecido en el artículo 24 de la CE y, por lo tanto, el Ministerio Fiscal, como parte legítima en un proceso, debe tener dentro del mismo el derecho a esa tutela judicial efectiva y a todas las garantías de ella derivadas. Y por otro lado, sobre la base de la función que tiene atribuida de velar por la legalidad del proceso y de su desarrollo con todas las garantías, función que ha de desarrollarse dentro del proceso mismo para exigir a

los tribunales el cumplimiento de la obligación de que el proceso se desarrolle satisfaciendo las garantías constitucionales. Con todo ello hay fundamento para aceptar la legitimación del Ministerio Público para solicitar que se declare la existencia en un caso, en el que ha sido procesalmente parte, de infracción del derecho a la tutela judicial efectiva".

La *STS de 23 de enero de 1996 -Rec. 2142/95-* entiende que el Ministerio Fiscal está legitimado por sustitución, "lo que encuentra consagración en la propia CE, que le atribuye y encomienda la misión de promover la acción de la justicia en defensa de los derechos de los ciudadanos, e incluso se le permite en su artículo 162.1,b) del mismo texto, para la interposición del recurso de amparo ante el propio Tribunal Constitucional, que le atribuye, en base al interés público, un *ius agendi*. En cuanto al derecho a la tutela judicial efectiva establecido en el artículo 24.1 de la CE, tal derecho corresponde, tanto a las personas físicas como a las jurídicas (*SSTC 64/1988, de 12 de abril y 99/1989, de 5 de junio*). El Ministerio Fiscal, como parte en el proceso penal, tiene el mismo derecho a la tutela judicial efectiva y a las demás garantías y puede, además, reclamar las vulneraciones producidas en el cauce del proceso en contra de sus pretensiones".

De igual modo se pronunció la *STS de 14 de abril de 1994 -RJ 1994, 3291-*, que hizo la observación de que la legitimación del Fiscal por sustitución se oscurece cuando se trata de un delito sin víctima, en cuyo caso "lo que aparece defendiendo son los intereses difusos de la sociedad o el propio interés social cuya satisfacción también le viene encomendada por el artículo 124 de la CE".

Este mismo argumento utiliza la *STS de 11 de marzo de 1998 -RJ 1998, 2349-*, conforme a la cual "el Fiscal no ejercita derechos propios en rigor, sino derechos que son de toda la Sociedad frente al Estado : intereses difusos. El Fiscal representa a la Sociedad y no al Estado y en el ejercicio de esos intereses de la Sociedad se le debe reconocer los mismos derechos procesales que a las demás partes. Y ello sobre la base de la función que tiene atribuida de velar por la legalidad del proceso y de su desarrollo con todas las garantías, función que ha de proyectarse dentro del proceso mismo para exigir a los Tribunales el cumplimiento de la obligación de que el proceso satisfaga las garantías constitucionales".

En contra de esta postura, la *STS de 30 de diciembre de 1995 -RJ 1995, 9639-* entiende que "la ostentación de derechos y libertades fundamentales está exclusivamente reservada a los ciudadanos a título individual y, en algunos supuestos, se pueden extender de manera ficticia a colectividades de derecho privado, a las que se les reconoce personalidad jurídica ... El sistema de derechos y libertades es esencialmente antropomórfico y no admite con facilidad y sin distorsiones la cotitularidad de los derechos inalienables de la persona humana por parte de instituciones con personalidad ficticia y, mucho menos, por parte de instituciones estatales de rango constitucional que forman parte de los poderes públicos". Pero, no obstante negar legitimación al Ministerio Fiscal, examina el motivo de su recurso, estimando que podría haber sido articulado por la vía del artículo 850.1 de la LECrim.

Por su parte, la *STS de 12 de febrero de 1997 -RJ 1997, 1361-* considera que "lo determinante en cada caso será la posición procesal que ostente en relación con el derecho fundamental cuya infracción denuncie. Como parte acusadora no podrá aducir vulneración de la presunción de inocencia, pero sí, por el contrario, infracción del derecho a la tutela judicial efectiva que el artículo 24.1 de nuestra Ley Fundamental atribuye a todas las partes de la causa, incluso si aquéllas fueran personas jurídicas".

Igual que se afirma la idoneidad del Fiscal para ser portador del derecho a la tutela judicial efectiva, las *SSTS de 25 de noviembre de 1997 -RJ 1997, 8354-* y *27 de octubre de 1998 -Rec. 1215/97-* afirman también su capacidad para sufrir indefensión : "El principio estructural de igualdad de partes lleva por reflejo a reconocer a las acusaciones el mismo rango en sus derechos procesales atribuyéndoles la capacidad de invocarlos en casación. No tendría sentido que la defensa pueda invocar en casación el derecho a la prueba y no pueda hacerlo una acusación.

Y en el ejercicio de esta reconocida legitimación, cuando se ha producido indebidamente la anulación de una prueba y ello provoca una absolución injusta, le es lícito instar el derecho a la tutela judicial efectiva, al proceso debido o a la utilización de los medios de prueba idóneos, derechos proclamados en el artículo 24 de la Constitución, que se han visto conculcados, y todo ello en defensa de la legalidad del proceso y su desarrollo con todas las garantías que conforman un juicio justo (artículo 6 del CEDH), que el Fiscal

asume (artículo 3 del EOMF) y actúa cuando ejercita su derecho al recurso. No se trata, pues, como se ha dicho en más de una ocasión, acertadamente, de que un poder público persiga al ciudadano absuelto, sino del ejercicio de una pretensión de amparo en favor de los ciudadanos que vieron conculcados sus derechos constitucionales por la resolución incorrecta de un poder público, el Tribunal sentenciador".

Por su parte la *Junta General de los Magistrados de la Sala Segunda del Tribunal Supremo celebrada el día 27 de febrero de 1998*, adoptó el acuerdo de reconocer legitimación al Ministerio Fiscal para invocar en casación, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ, la vulneración de derechos constitucionales que le corresponden como parte.

Finalmente no es ocioso recoger la matización que hace la *STS de 21 de diciembre de 1998 -Rec. 886/98-* pues la legitimación del Fiscal para invocar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva se da "cuando la Sala de instancia indebidamente rechaza la licitud o validez de una prueba de cargo absteniéndose de toda valoración sobre ella. Es decir, no cuando el juicio valorativo de la prueba es negativo sino cuando se excluye *a priori* su posible valoración por entender con criterio erróneo que carece de las condiciones o presupuestos de licitud o validez para poder ser valorada, y por ello se la expulsa del acervo probatorio considerado por el Tribunal en su función de valoración en conciencia de la prueba válidamente practicada".

3.- Efectos.

La *STS de 28 de diciembre de 1994 -RJ 1994, 10378-* resolvió el recurso que el Fiscal interpuso, conforme a lo dicho, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ, denunciando vulneración de los artículos 24 y 120 de la CE, contra la sentencia de la Audiencia que había absuelto al acusado por estimar nula la prueba del registro del equipaje donde se encontró la droga. El Tribunal Supremo estima el recurso, declarando "que la tutela judicial efectiva y el derecho a usar todos los medios de prueba válidos, que corresponde al Ministerio Fiscal en el ejercicio de la acusación pública, ha sido lesionado al erradicar la sentencia del ámbito del enjuiciamiento las pruebas válidas por aquella invocadas y practicadas, a causa de un criterio jurídico erróneo del juzgador sobre su licitud, dejando así de

formar y emitir su juicio sobre la valoración probatoria de tales diligencias, que se declararon nulas y sin efecto sin serlo. El restablecimiento del derecho conculcado debe hacerse anulando la sentencia y reponiendo las actuaciones al momento de su deliberación y fallo, para que el Tribunal que recibió tal prueba de forma inmediata y conoció de la misma, entre en su valoración a efectos de formar convicción con todo lo actuado y que estime probado, incluyendo en esa valoración también el resultado del registro del equipaje hallado en el departamento litera y de la droga en el mismo intervenida, resolviendo finalmente sobre la pretensión de la acusación pública, en congruencia con la estimación probatoria de todas las pruebas, incluidas especialmente las practicadas en el acto del juicio oral".

El mismo efecto anulatorio de la sentencia recurrida determinó la *STS de 6 de febrero de 1996* -RJ 1996, 912-, que consideró válida la diligencia de registro de un terreno público que la Audiencia había considerado nula, reponiendo las actuaciones "al momento de evaluación por el Tribunal de las pruebas previo a la sentencia, debiendo el Tribunal de instancia en la adopción de nueva sentencia tener en cuenta el resultado de la parte del registro policial válidamente realizado". En el mismo sentido, las *SSTS de 14 de abril de 1994* -RJ 1994, 3291- y *6 de noviembre de 1995* -RJ 1995, 8015-, que estimaron válida la diligencia policial de registro en un Disco-bar y en un bar, respectivamente ; la *STS de 2 de febrero de 1996* -RJ 1996, 789-, que consideró válida la diligencia de cacheo declarada nula por la Audiencia ; la *STS de 9 de mayo de 1997* -RJ 1997, 4075-, que determinó la validez de la diligencia de ocupación por la policía de la droga en el departamento del tren, sin la presencia de los implicados ; la *STS de 21 de marzo de 1997* -RJ 1997, 1961- que consideró que el resultado del registro del domicilio declarado nulo, pudo ser acreditado por las declaraciones de los propios acusados y los miembros de la policía local que intervinieron en el mismo, "dado que al existir mandamiento expedido por Juez competente, su legitimidad y licitud es evidente, aun cuando después devenga nula el acta que se levante por causa de irregularidades procesales" ; la *STS de 4 de marzo de 1999* -Rec. 1309/98- que estimó que el auto judicial que ordenaba el registro anulado por la Audiencia estaba suficientemente motivado ; la *STS de 28 de julio de 2000* -Rec. 3425/99- que consideró válida la diligencia de intervención telefónica anulada por la Audiencia ; y la *STS de 18 de junio de 1999* -Rec. 1418/97- que consideró válido el registro por la policía de un sótano almacén situado en los bajos de un bar, sin mandamiento judicial ; esta última hace la precisión de que "si el Tribunal

no pudiera proceder a dictar sentencia con la mayor prontitud o no pudiera constituirse con la misma composición que dictó la sentencia anulada, deberá celebrarse un nuevo juicio con un Tribunal que tenga distinta composición".

Sin embargo, en la *STS de 6 de marzo de 1995 -RJ 1995, 1808-* el Tribunal Supremo, tras declarar la validez de la prueba de grabación en cinta magnetofónica, así como su transcripción de la comunicación mantenida por un Abogado con un interno en un Centro Penitenciario, así como otras pruebas testifical y pericial que traían causa directa de dicha intervención ; pruebas que la Audiencia de instancia había declarado nulas, casa la sentencia y retrotrae las actuaciones "al momento de citación a nuevo juicio oral, ante Sala distinta de la que denegó tales pruebas, a fin de que se proceda a celebrar de nuevo el juicio y continúe las actuaciones hasta su conclusión".

Sin duda esta solución fue debida a que la Audiencia había declarado la nulidad de las pruebas en el trámite de intervenciones previas previsto en el artículo 793.2º de la LECrim y por ello, la prueba en sí no se efectuó en el juicio oral, a diferencia de la solución dada por las sentencias primeramente aludidas, en que la prueba sí se practicó en el juicio y la declaración de nulidad se hizo en sentencia.

VII.- BIBLIOGRAFIA.

Con las precedentes notas he tratado de explicar la posición de nuestra jurisprudencia sobre la cuestión objeto de estudio, pretendiendo exhaustividad en la exposición de las sentencias de Amparo y selectividad en la de la jurisprudencia de Casación. Pero este análisis es, conscientemente, incompleto, puesto que también en la jurisprudencia llamada menor de los Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales pueden encontrarse brillantes construcciones, siendo además imprescindible el estudio de la doctrina científica para tener un completo conocimiento de la rica problemática que ofrece la materia. No es tan alto, sin embargo, el propósito de este trabajo, que queda limitado a aquel estudio jurisprudencial.

No obstante, creo de interés dar cuenta aquí de la amplia bibliografía existente, que sin duda será de utilidad para quien sienta alguna inquietud por el

conocimiento de la cuestión que se ha tratado en estas páginas.

Alcaide González, José Manuel.

- Algunas reflexiones sobre la regresión y la incertidumbre de la doctrina de la prueba ilícita.

Revista Noticias Jurídicas. Sección Derecho Procesal. Abril 2002.
(<http://www.noticias.juridicas.com>).

- En busca de la antigua doctrina penal americana (EE UU) de los frutos del árbol envenenado : la influencia de su efecto expansivo en la moderna doctrina española del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional.

Revista Noticias Jurídicas. Sección Derecho Procesal. Junio 2002.
(<http://www.noticias.juridicas.com>).

Añón Roig, María José.

Prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales.

Revista Valenciana d'Estudis Autonomics. Nº. 2. Año 1985.

Arozamena Laso, Cristina.

-Consideraciones generales sobre la prueba ilícita.

Actualidad Penal. Año 1999. Nº. 4.

-Prueba ilícita y control en vía casacional.

Actualidad Penal. Año 2000. Nº. 31.

Asencio Mellado, José María.

- Prueba prohibida y prueba preconstituida.

Editorial Trivium. Año 1989.

- La prueba. Garantías constitucionales derivadas del artículo 24,2.

Poder Judicial. Nº. 4. Diciembre 1986.

Bayarri García, Clara Eugenia.

La prueba ilícita y sus efectos.

Cuadernos de Derecho Judicial. La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal. XXIX. Año 1993.

Barreiro, Alberto Jorge.

La prueba ilícita en el proceso penal.

Planes Provinciales y Territoriales de Formación.

Consejo General del Poder Judicial. Año 1992. Volumen II.

Camarena Grau, Salvador.

El acto del juicio oral en el proceso penal. Alegación de derechos fundamentales en el turno de intervenciones previas del procedimiento abreviado.

Diario La Ley. Nº. 5513, de 1 de abril de 2002

.

Climent Durán, Carlos.

La prueba penal. Doctrina y Jurisprudencia.

Editorial Tirant Lo Blanch. Año 1999.

De la Oliva Santos, Andrés.

Consideración constitucional de las pruebas ilícitamente obtenidas.

Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Nº. 2. Año 1985.

De Marino Borrego.

Las prohibiciones probatorias como límites al derecho a la prueba.

Primeras Jornadas de Derecho Judicial. Madrid. Año 1983.

Del Moral García, Antonio.

Tratamiento procesal de la prueba ilícita por vulneración de derechos fundamentales.

Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal. Núm. V. Año 2001.

Díaz Cabiale, José Antonio y Martín Morales, Ricardo.

¿Es proyectable el artículo 11.1 de la LOPJ a las pruebas obtenidas vulnerando un derecho constitucional no fundamental?.

La Ley. Año XVIII. Nº. 4445.

Díaz Cabiale, José Antonio.

La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal.

Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial.

Premio Poder Judicial 1992. Año 1992. Nº. 20.

Fernández Entralgo, Jesús.

- Prueba ilegítimamente obtenida.

La Ley. Tomo I. Año 1999.

- Las reglas del juego. Prohibido hacer trampas : La prueba ilegítimamente obtenida.

Cuadernos de Derecho Judicial. La prueba en el proceso penal II. IX. Año 1996.

Fiscalía de Asturias.

Ilícitud de la prueba en el proceso penal.

Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1996. Año 1995.

García Gil, F. Javier.

La prueba en los procesos penales. Jurisprudencia.

Editorial Dykinson. Año 1996.

Giménez Pericás, Antonio.

Sobre la prueba ilícitamente obtenida.

Cuadernos de Derecho Judicial. La prueba en el proceso penal. Año 1992.

Gómez de Liaño González, Fernando.

La prueba en el proceso penal : Selección de jurisprudencia.

Editorial Forum. 1991.

González Montes, José Luis.

- La prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos fundamentales. El Derecho Constitucional a la prueba y sus límites.

Revista de Derecho Procesal. Nº. 1. Año 1999.

- Nuevas reflexiones en torno a la prueba ilícita. Derechos y Libertades.

Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas. Nº. 2. Año 1993.

Herrero de Egaña Espinosa de los Monteros, Juan Manuel.

Aplicación de los derechos fundamentales en la fase de instrucción: Prueba ilícita, irregular y prohibida. Concepto de cada una de ellas y efectos.

Estudios del Ministerio Fiscal. VI. Año 1997.

Juanes Peces, Ángel.

La prueba prohibida. Análisis de la sentencia 81/1998 del Tribunal Constitucional.

Un nuevo enfoque de la presunción de inocencia.

Revista Actualidad Jurídica Aranzadi. Nº. 353, de 30 de julio de 1998.

Luzón Cuesta, José María.

- La presunción de inocencia ante la casación.

Poder Judicial. Nº. 12. Diciembre 1988.

- La presunción de inocencia ante la casación.

Editorial Colex. Año 1991.

Martí Sánchez, Nicolás.

La llamada prueba ilícita y sus consecuencias procesales.

Actualidad Penal. Año 1998. Nº. 7.

Martín García, Pedro.

La prueba en el proceso penal.

Editorial Revista General de Derecho. 2001.

Martín Pallín, José Antonio.

Valor de las pruebas irregularmente obtenidas en el proceso penal.

Poder Judicial. N.E. VI. Marzo 1989.

Miranda Estrampes, M.

- El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal.

Editorial Bosch. Año 1999.

- La mínima actividad probatoria en el proceso penal.

Editorial Bosch. Año 1997.

Mittermaier, C.J.A.

Tratado de la Prueba en materia criminal.

Décima edición, adicionada y puesta al día por Pedro Aragonese Alonso.

Editorial Reus S.A.. Año 1979.

Montañés Pardo, Miguel Ángel.

La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencial.

Editorial Aranzadi. Año 1999.

Ortiz Úrculo, Juan Cesáreo.

Teoría Constitucional sobre la prueba en el proceso penal: perspectivas de la

Fiscalía del Tribunal Constitucional.

Estudios del Ministerio Fiscal. Nº. 2. Año 1995.

Pastor Borgoñón, Blanca.

La prueba ilegalmente obtenida.

Cuadernos de Derecho Judicial. La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal. XXIX. Año 1993.

Pauli Collado, Francisco Javier.

La prueba ilegalmente obtenida.

Plan Provincial de Girona. Penal Vol. II. C.G.P.J. Año 1992.

Paz Rubio, José María.

- La prueba en el proceso penal.

Cuadernos de Derecho Judicial. La prueba en el proceso penal. Año 1992.

- Teoría constitucional sobre la prueba en el proceso penal.

Perspectivas desde la Fiscalía del Tribunal Supremo.

Estudios del Ministerio Fiscal. Nº. 2. Año 1995.

Paz Rubio, José María - Mendoza Muñoz, Julio - Olle Sesé, Manuel - Rodríguez Moriche, Rosa María.

La prueba en el proceso penal. Su práctica ante los Tribunales.

Editorial Colex. Año 1999.

Picó I Junoy, Joan.

Nuevas perspectivas sobre el alcance anulatorio de las pruebas ilícitas.

Justicia. Nº. 3-4. Año 1997.

Pomarón Bagües, José.

La aportación al proceso de pruebas obtenidas ilícitamente y el secreto de las comunicaciones.

La Ley. Tomo 2. Año 1985.

Rives Seva, Antonio Pablo.

- La prueba en el proceso penal. Apuntes jurisprudenciales.

Actualidad Penal. Año 1995. Nº. 32.

- La prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala Segunda del

Tribunal Supremo. Editorial Aranzadi. Año 1999.

- La confesión del acusado como efecto reflejo de la prueba ilícita.

Revista Noticias Jurídicas. Sección Derecho Procesal. Febrero 2000.
(<http://www.noticias.juridicas.com>).

Ruiz Vadillo, Enrique.

- La actividad probatoria en el proceso penal español y las consecuencias de violarse en ella algún principio constitucional de producirse algunas determinadas irregularidades procesales.

Cuadernos de Derecho Judicial. La prueba en el proceso penal. Año 1992.

- La prueba en el proceso penal. Teoría general.

Estudios del Ministerio Fiscal. Nº. 2. Año 1995.

Urbano Castrillo, Eduardo de y Torres Morato, Miguel Ángel.

La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial.

Editorial Aranzadi. Año 1997.

Urbano Castrillo, Eduardo de.

Prueba ilícita en particular.

Cuadernos de Derecho Judicial. La prueba en el proceso penal II. IX. Año 1996.

Vega Torres, Jaime.

- Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal.

La Ley. Año 1993.

- Prueba ilícita en particular : La ilicitud de la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado y sus consecuencias.

Cuadernos de Derecho Judicial. La prueba en el proceso penal II. IX. Año 1996.

Velasco Núñez, Eloy.

Prueba obtenida ilícitamente. Doctrina del "fruto del árbol envenenado" : Correcciones actuales y tendencias de futuro.

Cuadernos de Derecho Judicial. Medidas restrictivas de derechos fundamentales. XII. Año 1996.