

TEORIA/PRACTICA DE LA JURISDICCION

De nuevo la nulidad de la prueba: ¿es indiferente el momento en que puede declararse?

Miguel CARMONA

Las cuestiones relativas a la nulidad de la prueba han alcanzado entre nosotros notable relevancia, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Basta consultar cualquier repertorio de ésta para darse cuenta de la dimensión incluso numérica del planteamiento de tales cuestiones.

No se trata ahora de resumir el estado de la cuestión sobre la prueba nula por vulneración de derechos fundamentales, el alcance de la declaración de nulidad a otros medios de prueba directa o indirectamente derivados de aquélla y su exclusión del material probatorio a tener en cuenta por el órgano judicial. Toda esta teoría está en proceso de formación —probablemente lo estará siempre— y, seguramente, necesitada de una teorización profunda que delimite los supuestos de prueba nula y su alcance¹.

Considero interesante, sin embargo, poner el acento en un tema al que, quizás, se ha prestado menor atención de la necesaria², que es la determinación del momento en que ha de declararse la nulidad de la prueba, la influencia que pueda tener en la decisión final tal momento y el control por vía de recurso de la eventual desestimación de una cuestión previa formulada en un procedimiento abreviado conforme al artículo 793.2 L.E.Crim., pero luego acogida en la sentencia.

El Tribunal Supremo se ha ocupado, tangencialmente, de esta cuestión en la S.^ª de 7 de abril de 1995, pte. de Vega,³. En ella se da cuenta de cómo la Audiencia, cuando se le planteó por la vía del artículo 793.2 L.E.Crim. la nulidad de unos registros domiciliarios y de una grabación videográfica, declaró que no había lugar «de momento» a lo solicitado, sin perjuicio de la que hubiera que resolver en sentencia «examinados los autos con detenimiento, visionado el

vídeo y practicadas las demás pruebas propuestas», a la vista de todo lo cual podría decidir si se daban las infracciones denunciadas o si sólo se trataba de meras irregularidades formales subsanables y subsanadas. De este modo, permitió la práctica de prueba sobre todo lo relativo a unos registros que luego, en la sentencia, fueron declarados efectivamente nulos (no así la grabación videográfica, obtenida en lugares públicos). El recurrente sostenía que la falta de resolución en su momento propició la declaración de culpabilidad y contaminó, por tanto, las demás pruebas practicadas. El Tribunal Supremo recordó la doctrina jurisprudencial sentada con ocasión del Auto de 3 de febrero de 1993⁴ y la S.^ª de 13 de diciembre de 1992⁵ según la cual es correcto aplazar la decisión, que puede adoptarse en el incidente previo, hasta el momento de dictarse sentencia «siempre que existan razones objetivas para ello».

Quizás en esta última frase entrecomillada esté el quid de la cuestión.

En el momento inicial del juicio oral, cuando se plantea cuestión previa incidental sobre vulneración de derechos fundamentales en la obtención de determinada prueba, no se ha practicado aún prueba alguna. Sólo se cuenta, por lo tanto, con el material recogido durante la instrucción, del cual, en muchos casos, no resulta de modo claro la vulneración denunciada. Es posible encontrarse, por ejemplo, con entradas y registros que, en el atestado, se legitiman acudiendo a una flagrancia que, *prima facie*, existe, tal como se relata lo sucedido en el atestado, pero puede llegarse luego a la conclusión de su inexistencia una vez practicada la prueba. En este caso, no cabría declarar la nulidad probatoria en fase preliminar, pero sí se declarará luego en la sentencia⁶.

¹ La «frontera» en estos momentos esta, seguramente, situada en los requisitos de licitud de las «retenciones» y los cacheos y otros registros personales más o menos íntimos, en los que resulta ciertamente preocupante la admisión general por parte del Tribunal Supremo de la sospecha e incluso la intuición policial como fuente legitimadora de cualquier forma de intervención sobre la persona del sospechoso. En este campo se ha llegado incluso a la legitimación *a posteriori* por el propio éxito de la medida.

² Al menos entre los juristas. Si ha sido examinado en el ámbito de la psicología.

³ Los fundamentos jurídicos de la sentencia citada pueden consultarse en *Actualidad Aranzadi*, núm. 196, de 4 de mayo de 1995, y *Rep. Aranzadi*, RA 2885

⁴ *Rep. Aranzadi* 855.

⁵ *Rep. Aranzadi* 372/93.

⁶ En la Sec. 7.^ª de la Audiencia Provincial de Sevilla se planteó el 19 de septiembre de 1995 la pretensión, en vía previa, de nulidad de una grabación de vídeo cuyo visionado se había pedido como prueba por el Ministerio Fiscal y admitido por el Tribunal. La petición de nulidad se fundaba en que la grabación incluía imágenes captadas en lugar cerrado y que, por tanto, vulneraban el derecho a la intimidad del acusado. Con independencia de la tesis que se sostenga sobre si una grabación de estas características vulneraría o no el derecho fundamental alegado, lo cierto es que para decidir si se daba o no el supuesto fáctico en que se basaba la petición de nulidad resultaba imprescindible el mismo visionado de la cinta. El Tribunal desestimó la pretensión, pero cabría preguntarse en qué medida hubieran influido en

Lo que ocurre es que la declaración de nulidad en una u otra fase no tienen los mismos efectos. La misma STS de 7/4/95 que se comenta llega a sostener que

«si el registro hubiera sido declarado nulo previamente, y la norma no obliga a ello, tal se viene diciendo, *entonces efectivamente hubiera sido ilícita también la confesión hecha en el juicio*, ya que las armas de fuego [encontradas en el registro] carecerían de existencia legal en el proceso, sin que en consecuencia la confesión pueda convalidar un acto radicalmente nulo».

Resulta, ciertamente, muy duro aceptar, por un lado, que es igualmente válido que la declaración de nulidad se lleve a cabo en fase previa o en la sentencia, para, inmediatamente después, descubrir que si hubiera precedido la declaración de nulidad no hubiera sido válida la confesión sobre unas armas que «carecerían de existencia legal» y, por ello, la sentencia hubiera sido absolutoria en vez de condenatoria. La solución coherente, a mi juicio, sería la contraria. Una vez declarada la vulneración de derechos fundamentales, tal declaración origina, ex artículo 11.1 LOPJ no sólo la nulidad de la prueba directamente afectada por la vulneración, sino también la de toda aquella que, directa o indirectamente, se deriva de ella, incluida la confesión sobre la tenencia de las armas irregularmente aprehendidas, cualquiera que sea el momento en que se lleva a cabo tal confesión, a cuyos efectos es indiferente que se haya prestado antes o después de la declaración de nulidad siempre que, como resulta evidente del contexto, tal confesión no se hubiera prestado de no haberse aprehendido las armas. Esta es, por otra parte, la doctrina que se desprendería del auto *Naseiro* de 18 de junio de 1992, en el cual la declaración de nulidad de las grabaciones telefónicas arrastró la de las declaraciones prestadas «con todas las bendiciones» por los acusados a raíz de ellas.

Sin embargo, una sentencia reciente del TC, la 86/1995, de 6 de junio (pte. Gimeno Sendra), puede suponer un punto de inflexión en los tan traídos y llevados frutos del árbol envenenado, al admitir la validez de la confesión del reo derivada de una prueba nula. Se trataba —cómo no— de un supuesto de tráfico de drogas. Se produce una intervención telefónica sin mandamiento judicial válido, que ya fue declarada nula por el Tribunal Supremo en sentencia de 9 de octubre de 1992, en la cual, pese a ello, se confirmó la condena del acusado por estimar el Tribunal que había otras pruebas válidas, concretamente la ocupación material de la droga y la confesión del imputado. El Tribunal Constitucional, ante el que se recurre en amparo contra la condena, empieza, como hace habitualmente, por recordar la doctrina que ya tiene establecida sobre la prueba nula, conforme a la cual

«una vez establecido que la intervención del teléfono vulneró su derecho al secreto de las comunicaciones, reconocido en el art. 18.3 CE... hemos de concluir que todo elemento

probatorio que pretendiera deducirse del contenido de las conversaciones intervenidas no debió ser objeto de valoración probatoria» (STC 85/1994, f.j. 4º).

El TC sigue razonando que, contra lo que pretendía el Ministerio Fiscal, existe una relación de causalidad entre la ocupación de la droga y la observación telefónica ilícita, ya que ésta fue el medio que permitió a la Guardia Civil conocer que uno de los sospechosos se desplazaría para hacerse cargo del alijo, el lugar en el que lo haría y el vehículo en el que se realizaría el traslado, lo que llevó a su detención y la intervención de la droga. De ello concluye que la prohibición probatoria se extiende también a esta ocupación. Sin embargo, estima que no queda viciada por la ilegalidad originaria lo que llama la «evidencia derivativa» constituida por la confesión del recurrente, con el argumento de que «pudiendo negarse a declarar, o limitarse a alegar su desconocimiento de los objetos incriminatorios intervenidos en su poder, reconoció paladinamente haber sido detenido cuando conducía el vehículo... en cuyo interior llevaba... 25 kg de hachís».

Lo curioso es que el mismo TC reconoce que tal confesión «difícilmente habría tenido lugar, de un modo espontáneo, de no haber estado precedida de la ocupación de los efectos del delito». Pero él mismo se tranquiliza al señalar que su validez «no puede hacerse depender de los motivos internos del confesante».

En un más difícil todavía, resulta que la primera declaración, en la que reconocía el hecho, se le tomó por la Guardia Civil sin instrucción de derechos y sin asistencia letrada. También se reconoce por el Tribunal Constitucional que «en principio (??) tales irregularidades habrían sido suficientes para privar de eficacia probatoria a la confesión del acusado». Pero, al parecer, la ratificación ante el Juzgado y la declaración luego en el acto del juicio sana ya todos los defectos habidos y por haber.

En resumen, pelillos a la mar. Si la lectura que hago de esta sentencia es correcta, poco importa que a través de una intervención telefónica ilícita se llegase a conocer el alijo y, con él, a la ocupación del hachís y la detención del transportista, y que luego se tomara al detenido una declaración sin instrucción de derechos y sin abogado, en la que él, ante tal evidencia, reconoció su participación. Por supuesto, no vale la intervención, tampoco vale la ocupación y tampoco vale esa primera declaración. Pero si luego el mismo acusado, convencido el incauto de él de que le habían pillado con las manos en la masa y a lo mejor hasta aconsejado de que era mejor «colaborar con la justicia» confirma tal participación en el Juzgado —y hasta da el nombre de su socio, también condenado por ello— ya da todo igual. Se acabó la nulidad probatoria. Ya tenemos una prueba válida y podemos condenar tranquilamente.

La sentencia no aventura directamente, como hace con más ingenuidad el Tribunal Supremo el 7 de abril de 1995, cuál hubiera sido la posible con-

la convicción judicial unas imágenes que captaban transacciones de drogas, en el caso de que después, en la sentencia, se hubiera decretado la nulidad de la prueba (Agradezco la informa-

ción anterior al Magistrado de dicha Sección señor Romeo Laguna).

ducta del acusado de haber conocido, antes de declarar, que la prueba que le inculcaba tan directamente era nula. Pero lo deja traslucir: los «motivos» que tuviera para confesar no importa. Lo único que importa es que confesó.

La conclusión, inevitable, es que, diga lo que diga el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales es eficaz.

La eficacia, de hecho, de la prueba nula estaría en:

a) La posibilidad de práctica de otra prueba en el juicio oral sobre los mismos hechos.

Esta otra prueba, como tal, no está viciada por la nula pero, de modo indudable, sin ésta no se hubiera practicado. La STS de 7 de abril de 1995 hace explícito el razonamiento: si se hubiera declarado previamente la nulidad del registro y la inexistencia legal de las armas en él aprehendidas, no se hubieran podido formular sobre ello las preguntas sobre su tenencia en las que el acusado la reconoció.

b) La influencia psicológica de la prueba prohibida en el ánimo del Tribunal y en la formación de su convicción.

Pero el alcance de la falta de una declaración oportuna de nulidad puede ser aún mayor y afectar también a supuestos en los que no se ha producido ninguna prueba derivada de la nula y, por tanto, no está en juego savia de árbol alguno. Se trata de la eficacia probatoria de hecho de la prueba nula. No cabe duda que el Tribunal, por mucho que luego declare nula la prueba, ha quedado psicológicamente influenciado por ella. De este modo, será difícil eludir la tentación de valorar la prueba válida restante teniendo en cuenta el resultado de la declarada nula. Un ejemplo de tal proceso mental sería: el registro es nulo por haberse llevado a cabo sin mandamiento judicial, pero a través de él sabemos que allí había droga; luego tiene plena credibilidad el testigo que dice que la llevó allí, o que compró allí en otras ocasiones y condenamos sobre la base de la declaración, válida, de tal testigo. Una motivación jurídica que, omitiendo la incidencia de la prueba nula, razonase la condena por la credibilidad que le merece al Tribunal la declaración del testigo sería irreprochable y difícilmente rebatible en vía de recurso. Pero nunca podrá saberse si el Juez o Tribunal hubiera otorgado la misma credibilidad a esa declaración de haber sido, realmente, la única base disponible para formar su convicción. Puede sostenerse, sin duda, que, en muchas ocasiones no hubiera bastado para la condena tal prueba válida de no haber sido por el conocimiento extraprocesal que proporcionaba la nula.

Cualquiera de estos dos efectos son indeseables. La eficacia, directa o indirecta, de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales atenta contra la esencia misma de la prohibición probatoria. No puede olvidarse, en este sentido, que la «exclusionary rule», o falta de validez de las pruebas obtenidas con violación de derechos, tal como ha venido formulando por el Tribunal Supremo de los EE.UU. desde sus orígenes en el caso *Mapp v.*

*Ohio*⁷, tiene, como principal fundamento, la necesidad de asegurar el respeto a las garantías constitucionales del único modo efectivo, que es eliminar todo incentivo para su vulneración: habrá menos posibilidades de que los funcionarios policiales caigan en la tentación de obtener pruebas a cualquier precio si carece de todo valor la prueba ilegalmente conseguida.

Resulta, pues, necesario evitar, en la medida en que sea posible, la práctica en el acto del juicio tanto de pruebas nulas como de pruebas que derivarían directa o indirectamente de ellas. Y el único medio procesal para evitarlo consiste en contar en el momento de planteamiento de la cuestión, si ello tiene lugar en fase previa en el acto del juicio, conforme al artículo 793.2 L.E.Crim., con los máximos elementos de juicio para decidir sobre ello, sin posponer la decisión a la sentencia.

Se vuelve así al razonamiento inicial. ¿Qué ocurre si, en ese momento, los elementos de juicio disponibles no son suficientes para decidir sobre la vulneración constitucional alegada?

Los sistemas procesales de tradición británica cuentan para solucionar este problema con una institución peculiar, el llamado «*Voire dire*», o «*trial into the trial*» (juicio dentro del juicio). Planteada una cuestión de validez probatoria el Juez, sin el jurado presente, la examina y resuelve, incluso practicando prueba sobre ello. La prueba se practica a los únicos efectos de resolver sobre la validez del medio propuesto y carece de toda eficacia fuera del incidente.

¿Podría introducirse algo parecido en nuestro sistema procesal? Ciertamente, el artículo 793.2 no lo prevé. Tampoco lo prohíbe. Su articulación procesal sería, ciertamente, difícil. ¿Qué prueba se podría practicar en el incidente?, ¿quién tendría aptitud para proponerla?, ¿qué eficacia probatoria sobre el fondo tendría la prueba practicada? La trascendencia de la nulidad probatoria y de los posibles efectos de hecho de la prueba prohibida exige, sin embargo, plantearse, como mínimo, tal posibilidad. Ciertamente, con ello no se va a evitar la «contaminación» por el impacto psicológico de la prueba nula, ya que quien practicaría la prueba sobre la posible vulneración de derechos sería el mismo Tribunal que luego va a presidir el juicio y presenciar las pruebas que en él se practiquen. Pero sí va a evitar que se practique en el juicio prueba derivada a través de la cual se eluda el efecto indirecto de la vulneración de derechos y, con él, que el artículo 11.1 de la LOPJ despliegue la plenitud de sus efectos.

Sin embargo, alguna resolución reciente del Tribunal Supremo no sólo parece cerrar de plano esta posibilidad, sino que incluso introduce elementos de aún mayor confusión.

Se trataba entonces del supuesto inverso, esto es, una declaración de nulidad en la fase previa del juicio, con la eficacia inmediata de excluir la prueba cuestionada y las que de ella se derivaron, y que luego, por vía de recurso, se estima que era válida.

La cuestión se planteó, con trascendencia en los medios de comunicación, en el llamado «caso Go-

⁷ 367 US 643 (1961).

rostiza», que fue objeto de la STS de 6 de marzo de 1995⁸. El Tribunal que presidió el juicio, la Sec. 2ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, había declarado, en auto dictado en fase previa y por el cauce del artículo 793.2 LECrim., la nulidad de la grabación de las conversaciones que el acusado, abogado, había mantenido con presos condenados por actividades terroristas. De modo consecuente, rechazó la admisión de todas aquellas pruebas que se derivaban de tales grabaciones, especialmente la audición de las cintas y las preguntas a testigos relativas a la forma en que se remitieron, se transcribieron y se tradujeron y a su contenido.

El Tribunal Supremo, por el contrario, estimó, ante el recurso interpuesto por las acusaciones, que la obtención de grabaciones no vulneraba los derechos fundamentales del acusado, que, por ello, eran legítimas y que, en consecuencia, las cintas constituían un medio válido de prueba que no debió excluirse, al igual que debieron admitirse las demás pruebas que se derivaban de ellas.

No es de interés para este opúsculo el análisis de la validez o nulidad de tales grabaciones. Pero sí lo es tanto el juicio que le merece al Tribunal Supremo el auto dictado por la Audiencia como las consecuencias que extrae de su declaración de validez.

En el primer aspecto, el TS dice, literalmente, en el f.j. 1º, lo siguiente:

«No cabe duda que el auto de la Audiencia Nacional de 20 diciembre 1993 fue extemporáneo, pues el planteamiento formal de la cuestión que decidió negativamente tal resolución tuvo lugar en el pórtico del juicio oral de un procedimiento abreviado y al amparo del artículo 793.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que exige dar una respuesta «*in actu*» y no prescribe que sea desarrollada tardíamente en una resolución motivada y extensa».

Desde luego, el párrafo no pueda causar sino estupor. En primer lugar contradice, de modo patente, la propia conducta de la Sala 2ª del TS en los casos en los que ha sido Tribunal de enjuiciamiento. Basta recordar que en el llamado «caso Naseiro», no sólo suspendió el juicio para dar respuesta a las cuestiones planteadas —lo que ahora se critica expresamente, llegando a tachar el auto de «extemporáneo» (?)—, sino que las resolvió por una muy extensa y motivada resolución, el auto de 18 de junio de 1992, contra el que, además, admitió y resolvió recurso de súplica⁹. Pero, lo más grave, es que el Alto Tribunal censure que la Audiencia haya dictado una resolución «motivada y extensa», a través lo cual parece invitar a que nada menos que la nulidad probatoria se resuelva de plano y de forma breve e inmotivada.

Hay que tener en cuenta que, si el Tribunal del juicio declaró la nulidad probatoria la consecuencia de la estimación de un eventual recurso contra tal decisión no puede ser otra que la nulidad del juicio ce-

lebrado y la necesidad de celebrar otro con una Sala diferente. La solución, inevitable, supone, sin duda, una grave contrariedad para el funcionamiento del órgano y para el derecho al proceso sin dilaciones indebidas. Es indudable que se trata de una disfuncionalidad que ha de tratarse de evitarse. Por ello resulta asombroso que el TS diga que da igual cuándo se declare y que, incluso, propugne una resolución de plano, rápida e inmotivada.

Hay que decir, sin embargo, en honor a la verdad, que el párrafo transcrito tiene todo el aspecto de una traición del subconsciente y que no supone un cambio jurisprudencial. Basta para cerciorarse de ello con comprobar que, de modo casi simultáneo, por STS de 6 de marzo de 1995¹⁰ la misma Sala 2ª del TS se pronuncia en términos implícitamente elogiosos la actitud de la Sección 5ª de la Audiencia de Barcelona que, cuando se le planteó una cuestión similar sobre la validez de una intervención telefónica y la eficacia probatoria de las grabaciones obtenidas, suspendió el juicio, resolvió al día siguiente por auto «extensamente motivado», y admitió y resolvió recurso de súplica en el que confirmó su resolución anterior¹¹.

Esto es, pues, el «estado de la cuestión» en el procedimiento abreviado. Pero, ¿qué ocurre en el procedimiento ordinario por delito?

La STS de 6 de octubre de 1995¹² estudia la alegación del recurrente quien, sobre la base de los artículos 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 24 de la Constitución, sostenía que la cuestión previa que había planteado sobre nulidad de la prueba derivada de una intervención telefónica ilícita debió examinarse con tal carácter previo, aunque no se estuviera en un Procedimiento Abreviado, sino en un proceso ordinario y no fuera, por tanto, aplicable el artículo 793.3 Ley de Enjuiciamiento Criminal. El TS rechaza la alegación, con el argumento de que tal precepto sólo es aplicable al procedimiento abreviado y que, además, ni siquiera en éste es preclusivo el momento para su apreciación, conforme a la doctrina sentada en la ya citada STS de 3 de febrero de 1993. No existe, sin embargo, dato alguno en la propia sentencia del que pueda derivarse que la falta de resolución previa sobre la posible vulneración del artículo 18.3 de la CE, que además fue luego desestimada sobre el fondo tanto por la Audiencia como por el Tribunal Supremo, hubiera tenido otras consecuencias. Cabría preguntarse, sin embargo, qué habría ocurrido en caso contrario, esto es, en caso de estimación posterior de la infracción constitucional y práctica, pese a ello, de prueba derivada de tal infracción. ¿No será necesario estudiar la posibilidad de una resolución de la nulidad probatoria alegada en fase previa?

Pero si la cuestión es trascendente en el juicio ante un Tribunal de Derecho, resulta ya capital ante un Tribunal del Jurado. Al juez profesional puede exigírsele que intente abstraer al formar su convic-

⁸ (RA 1808). Martínez-Pereda.

⁹ Yo estimo que, por la misma naturaleza de la resolución, no es admisible el recurso de súplica, sin perjuicio, claro está, de la impugnación del contenido de la resolución con ocasión del recurso que se interponga contra la sentencia.

¹⁰ RA 1809, Carrero.

¹¹ Ya se ha expuesto los motivos por los que, otros Tribunales, como la Sec. 1.ª de la Audiencia de Sevilla ha estimado, en los casos en que se han planteado, que la resolución no es susceptible de un recurso autónomo.

¹² RA 7595, pte. de Vega.

ción, la influencia psicológica que pudiera tener la prueba nula. No sería fácil, pero entraría en su profesionalidad. Pero al juez lego no se le puede ir con florituras procesales. No se puede pretender honradamente que, una vez practicada ante él la prueba nula, o la derivada directamente de ella, vaya a hacer abstracción de ella por mucho que el Magistrado-Presidente le asegure que debe haberlo así. Si en el juicio le han estado hablando todos los testigos del hallazgo del cuchillo homicida en casa del acusado, no va luego a olvidarse de ello si resulta que el registro vulneró la inviolabilidad del domicilio. Las consecuencias inversas serían igualmente graves. Ante la eventual revocación de una declaración inicial de nulidad probatoria la necesario repetición del juicio sería aún más disfuncional: inscripción en el alarde para un nuevo período de sesiones, nueva selección de jurados, nuevo juicio, incluso nuevo recurso, etc.

La Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, enfrenta la cuestión de forma, a mi modo de ver, correcta, al prever de modo expreso en el artículo 36.1,b) que las partes, antes de la constitución del Tribunal, podrán plantear al Magistrado-Presidente, como cuestión previa, la posible vulneración de un derecho fundamental. Ello da lugar a un incidente procesal en sentido estricto, que se resuelve por los trámites incidentales de las cuestiones previas de los artículos 666 y siguiente de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con la posibilidad expresa de práctica de prueba documental, regulada en los artículos 668 a 672. El auto que se dicte sobre ello es, además, susceptible de recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, conforme al nuevo artículo 846 bis a) L.E.Crim.

Pues bien, abierta la posibilidad de un examen incidental de la posible nulidad probatoria, al modo del citado «voire dire» británico, la pregunta inmediata es por qué se ha limitado la posibilidad de prueba en el incidente a la documental, con exclusión expresa de la prueba testifical (último párrafo del art. 972), cuando ésta podría resultar trascendente para una resolución correcta de la cuestión planteada. Hay que tener en cuenta que, en este caso, la cuestión previa la resuelve un órgano distinto al que luego va a decidir sobre la prueba. No se produciría problema alguno de «contaminación» —naturalmente, lo practicado no accedería en modo alguno al Tribunal del Jurado— y, aquí la declaración previa de nulidad va a desplegar todos sus efectos: va a evitar tanto la influencia extralegal de la información suministrada por la prueba nula, como la práctica de otras pruebas derivadas de la anterior.

CONCLUSIONES

Conforme a la tesis que se sostiene en este artículo, se pueden sentar como tales las siguientes:

- 1º. No existe preclusión, ni para las partes a la hora de denunciar la vulneración de derechos fundamentales ni para el Tribunal a la hora de apreciarla. La denuncia se puede realizar tanto en fase de cuestiones previas como en fase de calificación definitiva e informe pos-

terior. Del mismo modo, la falta de estimación de una cuestión previa no impide la apreciación de la vulneración de derechos en la sentencia y la consiguiente declaración en ella de la nulidad de la prueba practicada.

- 2º. Propuesta, sin embargo, y en caso de estar fundada, el Tribunal está obligado a estimarla, sin que le sea lícito posponer la declaración de nulidad probatoria al momento de la sentencia, permitiendo la práctica de pruebas nulas.
- 3º. La falta de estimación de la cuestión no puede llevar consigo la validez de pruebas que no se habrían practicado —o no habrían tenido ese resultado— de haberse estimado la nulidad previa solicitada, ya que ello ocasiona una real y efectiva indefensión, dando lugar, por tanto, a nulidad conforme al artículo 240,2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- 4º. No se produce, sin embargo, nulidad procesal alguna cuando, con los datos disponibles en el momento de la alegación previa, ésta no resulta estimable, aunque luego, una vez practicada la prueba, se demuestre que hubo efectivamente vulneración de derechos fundamentales (sería, p.ej., el caso de una entrada y registro que, según los datos de la instrucción, se produjo en unas condiciones de flagrancia que luego se demuestra en el juicio oral que no fueron tales). En este caso no hay nulidad pero, una vez declarada la vulneración constitucional, ha de dársele su eficacia lógica que, al menos, habrá de ser la misma que hubiera tenido de haberse apreciado en su momento.
- 5º. La trascendencia de la declaración haría aconsejable, en los casos de duda y si así lo proponen las partes, la práctica de prueba sobre la cuestión previa, al modo del *voire dire* anglosajón, prueba cuya eficacia se limita a la decisión de la cuestión y que carece de valor respecto del fondo. Es necesario, sin embargo, profundizar en la articulación procesal concreta de tal posibilidad.
- 6º. También resulta necesario estudiar la posibilidad de apertura de un cauce de resolución de este tipo de cuestiones, con carácter previo, en el proceso ordinario por delito.
- 7º. En los supuestos de juicio ante el Tribunal del Jurado, la necesidad de resolver la cuestión en fase previa y de disponer en ella de todos los elementos de juicio necesarios para tal resolución resulta, si cabe, más evidente. La LOTJ arbitra de modo expreso un incidente previo a la constitución del Tribunal, que se ventila ante el Magistrado-Presidente, con posibilidad de práctica de prueba. La previsión legal supone un evidente progreso respecto a la regulación contenida en el procedimiento abreviado, que a su vez ya avanzaba una posibilidad no contemplada en el proceso ordinario por delito. Cabe, sin embargo, preguntarse por la justificación de una restricción de prueba en tal incidente como la que se deriva del párrafo último del artículo 672 de la L.E.Crim.