

6. LA PROVA VIDEOGRÀFICA EN EL PROCÉS PENAL: VALIDESA I LÍMITS

6.1. INTRODUCCIÓ

La incidència que té el desenvolupament tecnològic avui en la nostra societat és amplíssima, fins al punt d'haver-se generat el seu ús als més diversos sectors (empreses, particulars, l'Administració¹⁵² i especialment la pròpia Justícia¹⁵³) i esdeveniments de la vida quotidiana. Davant la proliferació d'aquests nous mitjans tècnics, el dret no ha tingut cap altre alternativa que donar-els-hi carta de naturalesa a través de la seva regulació.

La doctrina també s'ha pronunciat respecte la utilització d'aquests mitjans. Concretament, Pomarón Bagües¹⁵⁴ considera que *“el vídeo, como medio de grabación o reproducción por procedimientos magnéticos de imágenes y sonidos sincronizados, presenta una gran proximidad tanto en la fotografía y el*

¹⁵² L'article 45 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, modificada per la Llei 4/1999, preveu expressament que les administracions públiques impulsaran la utilització i aplicació de les tècniques i mitjans electrònics, informàtics i telemàtics per al desenvolupament de la seva activitat i per a l'exercici de les competències, amb les limitacions que la utilització d'aquests mitjans estableixen a la Constitució i les Lleis.

¹⁵³ L'article 230 de la Llei orgànica 6/1985, d'1 de juliol, del Poder Judicial autoritza la utilització de mitjans tècnics de documentació i reproducció en el procés, sempre que aquests ofereixin les degudes garanties d'autenticitat, integritat i compliment dels requisits exigits per les lleis processals.

¹⁵⁴ POMARON BAGÜES, J. M. “El vídeo como prueba”. *La Ley*, tom 4 (1984): 750-758.

cine -imagen- como con la cinta magnetofónica -sonido-, medios reproductivos a los que han aludido en alguna ocasión la doctrina y la jurisprudencia (...)". Per altra banda, Muñoz Sabaté¹⁵⁵ assenyala que els mitjans convencionals de prova (testimonis, documents) aconseguen reconstruir el fet històric que es tracta de fixar, mentre que els mitjans audiovisuals apropen al Jutge al propi fet. Aquest fet facilita la tasca del Jutge, ja que les imatges i sons són o poden ser mitjans que posen de manifest allò ocorregut amb major grau de fidelitat.

6.2. LA INADMISSIBILITAT DE LA PROVA OBTINGUDA AMB VIOLACIÓ DELS DRETS FONAMENTALS: LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NÚM. 114/1984, DE 29 DE NOVEMBRE

Tant la doctrina¹⁵⁶ com la jurisprudència han assenyalat la importància de la Sentència del Tribunal Constitucional núm. 114/1984, de 29 de novembre (RTC 1984/114), a través de la qual es declara la impossibilitat d'estimació processal de la prova il·lícita quan es vulneren en la seva obtenció els drets fonamentals. És important assenyalar que aquesta doctrina es va recollir

¹⁵⁵ MUÑOZ SABATÉ, L. "Consideraciones psicológicas sobre los audiovisuales como medio de prueba". *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1 (1988): 231-234.

¹⁵⁶ DÍAZ CABIALE, J. A. ; MARTÍN MORALES, R. *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*. Madrid: Civitas, 2001. Sobre la prova il·lícita és important citar els estudis de PASTOR BORGONÓN, B. "Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas". *Justicia*, núm. 2 (1986): 337-368 i MIRANDA ESTRAMPES, M. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. 2a. edició. Barcelona: Bosch, 1999.

posteriorment a l'article 11.1 de la Llei orgànica 6/1985, de 1 de juliol, del Poder Judicial, el qual estableix que *“En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”*.

En l'esmentada sentència s'indica que *“No existe en nuestro ordenamiento una norma expresa que imponga la no consideración como prueba de aquellas propuestas por las partes y obtenidas antijurídicamente. Se ha destacado doctrinalmente que siempre podrá el juez no admitir la prueba obtenida en tales condiciones, pero la inadmisión no vendría determinada, en ningún caso, por expresa determinación legal, sino por consideración puramente subjetiva del juzgador, sobre la base del artículo 566 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por impertinencia o inutilidad de la prueba, y ello con base en su contenido, y no por las circunstancias que hayan podido presidir la forma de su obtención”* (FJ 3.2). Per altra banda, s'argumenta que *“No existen tampoco líneas jurisprudenciales uniformes en el derecho comparado. Por lo general, los países de “common law” hacen prevalecer el interés público en la obtención de la verdad procesal sobre la posible causa ilícita de la prueba, con la muy notable excepción del derecho norteamericano, en el que se rechaza la prueba ilegalmente obtenida, si bien sólo cuando la actuación irregular y contraria a un derecho constitucional se realizó por un agente público. Una solución parcialmente análoga ha prevalecido en el Derecho francés, en el que al menos parte de la jurisprudencia se inclina a considerar como “nula” toda prueba obtenida mediante registro ilegítimo de conversaciones telefónicas. En el ordenamiento italiano, el debate doctrinal acerca de la procedencia de las pruebas ilegalmente obtenidas ha quedado parcialmente zanjado por lo que se refiere a las pruebas específicamente inconstitucionales”* (FJ 3.4).

El Tribunal Suprem puntualitza que *“El problema de la admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida se perfila siempre en una encrucijada de intereses, debiéndose así optar por la necesaria procuración de la verdad en el proceso o por la garantía de las situaciones subjetivas de los ciudadanos. Estas últimas acaso pueden ceder ante la primera exigencia cuando su base sea infraconstitucional, pero no cuando se trate de derechos fundamentales que traen su causa directa o inmediata de la norma primera del ordenamiento. En tal supuesto, puede afirmarse la exigencia prioritaria de atender a su plena efectividad, relegando a un segundo plano los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso”*.

Constatada la inadmissibilitat de les proves obtingudes amb violació dels drets fonamentals, la seva recepció processal implica una ignorància de les garanties pròpies de procés (art. 24.2 Constitució espanyola) i una desigualtat entre les parts en el judici (art. 14 Constitució espanyola)¹⁵⁷.

¹⁵⁷ El Tribunal Europeu de Drets Humans a les Sentències dels Casos Scheinchelbauer, de 16 de desembre de 1970; Schenk, de 12 de juliol de 1988; i Edwards, de 16 de desembre de 1992 ha formulat una sèrie de consideracions :

1. L'exclusió de les proves il·legals és conseqüència de la garantia a un procés equitatiu.
2. Es vulnera el procés equitatiu si s'impedeix la contradicció. L'acusat té dret a combatre totes les proves presentades per l'acusació.
3. Els procediments d'investigació basats en la violència, l'astúcia o l'engany no són admissibles.
4. L'apreciació del caràcter equitatiu o no d'un procés ha de fer-se en conjunt, ja que l'existència de proves il·lícites pot veure's contrarrestada per altres de lícites.
5. La segona instància permet subsanar les il·licituds produïdes a la fase anterior.

No obstant això, i en tot cas, la valoració de la legitimitat de la ingerència autoritzada per la llei requereix la comprovació de la concurrència de determinades exigències generals per a la restricció vàlida del dret que es tracti. La doctrina assenyala a l'efecte els requisits de legalitat, proporcionalitat i control judicial¹⁵⁸.

- a) Necessitat d'una llei que autoritzi la ingerència.- Per la doctrina dominant i també la jurisprudència, la restricció d'un dret fonamental amb fins d'investigació requereix l'existència d'una llei prèvia que autoritzi la mesura. Aquesta consideració deriva de l'article 53.1 de la Constitució espanyola quan disposa que només per llei, que en tot cas ha de respectar el seu contingut essencial, podrà regular-se l'exercici dels drets i llibertats del Títol I, Capítol II.

En aquest sentit es pronuncia expressament l'article 8.2 del Conveni Europeu de Drets Humans, segons el qual "(...) *toda injerencia de la autoridad pública en el derecho a la intimidad debe estar prevista en la ley*". En virtut d'aquest requisit, l'article 104 de la Constitució espanyola i l'article 1.4 de la Llei orgànica 2/1986, de 13 de març, de forces i cossos de seguretat de l'Estat, donen una cobertura legal suficient per a l'esmentada ingerència. En concret, l'article 11.1 h) de la citada Llei orgànica, estableix que les forces i cossos de seguretat de l'Estat tenen com a missió protegir el lliure exercici dels drets i llibertats i garantir la

6. L'acumulació d'irregularitats vulnera la garantia a un procés equitatiu, tot i quan aquestes de forma aïllada no vulnerin per si mateixes el Conveni Europeu.

¹⁵⁸ DÍAZ CABIALE, J. A. *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*. Madrid: Consejo Superior del Poder Judicial, 1991.

seguretat ciutadana. Per això, en l'exercici d'aquestes funcions poden captar, rebre i analitzar les dades que tinguin interès per l'ordre i la seguretat pública i estudiar, planificar i executar els mètodes i tècniques de prevenció de la delinqüència.

És important puntualitzar que el buit legal que existia en relació amb la utilització de videocàmeres per part de les forces i cossos de seguretat va desaparèixer amb la publicació de la Llei orgànica 4/1997, de 4 d'agost, i la reglamentació de desenvolupament i execució¹⁵⁹.

- b) Reserva jurisdiccional.- Les intromissions en l'àmbit dels drets personals i polítics han de ser objecte de monopoli jurisdiccional. Per tant, serà precisa una resolució motivada que autoritzi la restricció del dret després de la deguda ponderació d'interessos.

Seria interessant relacionar aquesta reserva jurisdiccional amb el principi de presidència judicial de les Comissions de Videovigilància, ja que tot i que no es tracta d'un òrgan jurisdiccional en el sentit de la Llei orgànica del Poder Judicial sembla que la finalitat és la mateixa. Recordem que l'article 117.4 de la Constitució espanyola estableix la possibilitat que jutges i magistrats rebin per llei atribucions no jurisdiccionals "en garantia de qualsevol dret". Són diverses aquestes funcions no jurisdiccionals en el nostre ordenament, per exemple, podem citar la participació de Jutges i Magistrats en l'Administració

¹⁵⁹ Així es reflecteix a l'Informe de Jutges per a la Democràcia sobre el Reglament de videovigilància. *Butlletí Informatiu de Jutges per a la Democràcia* núm. 23, març de 1999).

Electoral i en els Jurats d'Expropiació, les funcions dels Jutges d'Instrucció com a directors de la instrucció penal o les atribuïdes als Jutges en garantia de certs drets fonamentals, com és el cas del dret a la llibertat, la inviolabilitat de domicili o el secret de les comunicacions (arts. 17.2, 18.2 i 3 Constitució espanyola).

Resulta molt important la consideració que realitza la Constitució espanyola en el sentit que els Jutges i Magistrats estan capacitats per garantir adequadament els drets dels ciutadans, donada la seva independència, imparcialitat i exclusiva subjecció al dret. Per això, resulta raonable la participació dels Jutges i Magistrats en òrgans no jurisdiccionals com a possible manifestació de l'exercici de tals funcions en garantia dels drets, ja que aquests actuen a partir de la seva condició de garants, i en certa manera administren justícia.

Òbviament, això no converteix a aquests òrgans ni a les seves concretes atribucions en total expressió de l'administració de justícia, però almenys permet l'extensió dels principis d'independència. La finalitat perseguida per la garantia dels drets no és altre que la de subministrar una seguretat, una protecció o una defensa als ciutadans¹⁶⁰.

¹⁶⁰ SÁNCHEZ BARRILLAO, J. F. *Las funciones jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos*. Madrid: Civitas, 2002. Aquest autor considera que ens trobaríem des de funcions judicials de mera protecció abstracta de drets fins a intervencions de caràcter més concret sobre aquestes. En el cas de les *funcions judicials de protecció abstracta de drets*, Jutges i Tribunals actuarien com a garants de la normalitat en situacions jurídiques relatives a drets, amb la finalitat de prevenir hipotètics successos anormals en perjudici d'aquests. Aquestes garanties suposen fonamentalment

actuacions judicials de vigilància i declaració en control preventiu de drets conforme a l'ordenament jurídic, a tenor de la imparcialitat que suposa la intervenció del Jutge a tals efectes. Dins aquest grup de garanties hi hauria també la participació de Jutges i Magistrats a l'Administració Electoral. Amb aquesta presència es realitza un control del procediment electoral per assegurar el seu normal desenvolupament, i per tal de garantir els drets electorals dels ciutadans. En aquesta categoria també caldria destacar les funcions dels Jutges de Primera Instància i de Pau en els Registres Civils Municipals, els quals en desenvolupament d'una tasca merament administrativa-registral vindrien a constatar fehacement una sèrie de drets als que la llei els atribueix determinats efectes jurídics, relatius a l'estat civil de les persones i dels quals ofereixen prova certa. Per altra banda, és important destacar la integració de Jutges i Magistrats en certes comissions com a Presidents d'aquestes, amb la finalitat d'assegurar de forma abstracta la regularitat del reconeixement jurídic-públic de determinades situacions que afecten als drets dels individus, com el Consell Nacional d'Objecció de Consciència encarregat del reconeixement de la condició d'objector i de la convalidació de serveis prestats com a voluntari; així com de la Comissió Nacional d'Ajuda i Assistència a les Víctimes de Delictes Violents i contra la Llibertat Sexual, competent per resoldre els procediments d'impugnació de les resolucions administratives en matèria d'aquestes ajudes.

Per altra banda, existeixen les *garanties concretes* com a resposta a singulars situacions de risc que l'actuació dels poders públics pot suposar pels drets dels ciutadans. En aquest grup destaca amb entitat pròpia la missió dels Jutges d'autoritzar diversos actes públics o privats que puguin suposar situació de risc específic per a determinats drets de les persones. En aquestes situacions, el Jutge no ve a resoldre una controvèrsia o conflicte d'interessos, sinó únicament reconeix la concurrència de les condicions exigides a la llei d'acord amb l'exercici d'una activitat que inicialment està prohibida perquè és restrictiva d'un dret. Són rellevants d'aquesta activitat les autoritzacions previstes a la pròpia Constitució en relació amb la limitació de drets fonamentals (arts. 17.2, 18.2 i 3 Constitució espanyola). El Jutge, a través de la tècnica de l'autorització, ha de dur a terme un judici de proporcionalitat que és requerit

constitucionalment per tot tipus de limitacions als drets fonamentals i consisteix en la comprovació de:

- a) La idoneïtat de la mesura restrictiva per tal d'aconseguir l'objectiu proposat per aquesta.
- b) La seva necessitat, en el sentit que no existeixi cap altre mesura més moderada per aconseguir la finalitat proposada amb igual eficàcia.
- c) La proporcionalitat *stricto sensu* d'acord amb el caràcter equilibrat o ponderat de la intervenció en el dret fonamental.

Dins les atribucions d'intervenció concreta en determinats drets estan també certes actuacions de mer control extern i preceptiu sobre la legalitat d'un acte restrictiu de drets. Aquestes són una modalitat de la funció consultiva, de forma que els Jutges únicament es limitaran a informar jurídicament sobre certs actes a realitzar per altres autoritats governatives, i a impedir, en cas necessari, la seva realització pel supòsit d'estimar-los contraris a dret. En aquesta modalitat destaquen la intervenció de l'Audiència Nacional com a òrgan que dictamina, amb vinculació negativa, els procediments d'extradició passiva als efectes de comprovar l'absència de causa impeditiva d'extradició pel Govern, i la participació de Magistrats com a Presidents de les Comissions que han d'informar preceptivament sobre l'autorització que atorguen els delegats del Govern en determinades comunitats, per tal d'utilitzar i instal·lar videocàmeres per les forces i cossos de seguretat en llocs públics.

Així mateix, s'hauria de parlar també de *garanties mixtes*, les quals estan integrades per elements dels dos models anteriors, com és el cas de la participació de Magistrats en Jurats Provincials d'Expropiació. En aquests casos, el Magistrat presideix i controla la regularitat del procediment estimatiu del justipreu, a més d'afegir a l'òrgan en el seu conjunt, l'*autoritas*, la independència i la imparcialitat. També és significativa l'atribució als Jutges de la direcció de la instrucció penal, la qual integra un conjunt heterogeni d'actes tendents a preparar la vista oral del procés penal.

De Urbano Castrillo i Torres Morato¹⁶¹ consideren que el control judicial consisteix en posar a disposició de l'òrgan judicial competent les cintes originals en el cas que els fets siguin constitutius de delictes. En aquest sentit, la Sentència del Tribunal Suprem núm. 968/1998, de 17 de juliol (RJ 1998/5843) assenyala que la incorporació de la filmació videogràfica a les actuacions haurà d'efectuar-se sota el control de l'autoritat judicial. Aquest fet conté les següents garanties :

- 1) Control judicial de la legitimitat de la filmació. Aquest control implica que el Jutge instructor supervisi la gravació d'imatges que es va efectuar amb el degut respecte a la intimitat personal i a la inviolabilitat del domicili, ja que si la filmació mereix un judici desfavorable haurà de negar-se la incorporació de la filmació a les actuacions (art. 11 Llei orgànica del Poder Judicial).
- 2) Comunicar, de forma immediata, i posar a disposició judicial el material videogràfic amb la finalitat de garantir la seva autenticitat.
- 3) Aportació dels suports originals en els que s'incorporen les imatges gravades.
- 4) Aportació íntegra d'allò filmat amb la finalitat de possibilitar la selecció judicial de les imatges rellevants per la causa.

¹⁶¹ DE URBANO CASTRILLO, E.; TORRES MORATO, M.A. *La Prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial*. 3a edició. Pamplona: Aranzadi, 2003.

d) Proporcionalitat de la mesura.- El principi de proporcionalitat no només ha d'estar present en la previsió legislativa de limitació al dret, sinó que a més, la resolució judicial que ordeni la mesura ha de valorar les circumstàncies del cas concret, de forma que concorri la necessitat de la ingerència per aconseguir el fi legítim que es pretén aconseguir. La ponderació deguda d'interessos determina que només en els casos més greus apareixi com a justificada la restricció dels drets fonamentals.

El requisit de la proporcionalitat que és exigit per l'article 4 de la Llei orgànica 4/1997, de 4 d'agost, imposa una ponderació d'interessos concurrents que aconselli en el cas concret l'adopció de la mesura, de forma que la captació d'imatges a través de vídeo es trobarà justificada a la mesura que aquesta apareixi com a necessària per esbrinar un delictes.

6.3. BREU EXAMEN DE L'ARTICLE 11.1 DE LA LLEI ORGÀNICA 6/1985, D'1 DE JULIOL, DEL PODER JUDICIAL

Va ser precisament a la dècada dels anys 80, en especial després de dictar-se la famosa Sentència del Tribunal Constitucional núm. 114/1984 (Sala Segona), de 29 de novembre (RTC 1984/114), quan es va realitzar un enfoc radical envoltat de constitucionalitat en el tema de l'admissió probatòria i es va originar la redacció de l'actual article 11.1 de la Llei orgànica 6/1985, d'1 de

juliol, del Poder Judicial¹⁶². Aquest article, després d'indicar que en tot tipus de procediments hauran de respectar-se les regles de la bona fe, tal i com estableix l'article 7 del Codi civil, estableix que “*No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*”.

Analitzem a continuació per separat el contingut del precepte :

- a) “*No surtirán efecto (...)*”.- D'acord amb la jurisprudència constitucional i del Tribunal Suprem, en cas de patent claredat ha de refusar-se l'admissió de la prova i només en cas de cert dubte pot admetre's, practicar-se i valorar-se en la sentència, on podria donar lloc a un pronunciament excloent de la prova.

- b) “*(...) las pruebas obtenidas (...)*”.- Rovira Canto¹⁶³ entén que aquesta expressió abarca totes les proves, amb independència del subjecte que les va obtenir (la policia, les parts, un tercer), ja que és indubtable que també els particulars poden obtenir proves amb violació dels drets fonamentals.

- c) “*(...) directa o indirectamente (...)*”.- Hi ha autors que consideren que l'“*efecte reflex*” de les il·licituds probatòries tant és possible en l'etapa preprocessal com en la processal (obtenció, admissió o pràctica de prova), ja que si no fos així el precepte quedaria buit de contingut.

¹⁶² BOE núm. 157, de 2 de juliol de 1985.

¹⁶³ ROVIRA CANTO, M. P. “La prueba ilegalmente obtenida”. A: *Plan Provincial de Girona*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1992.

López Fragoso¹⁶⁴ es mostra partidari dels efectes reflexes de la prova il·lícita sempre que s'acrediti la relació causal entre la notícia il·legítimament adquirida i la prova obtinguda a partir d'aquella.

La jurisprudència, i més concretament la Sentència del Tribunal Suprem núm. 210/1992, de 7 de febrer (RJ 1992/1108) afirma que *“la obtención ilegítima o ilícita de una prueba puede operar conforme al artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial violando o vulnerando directa o indirectamente un derecho fundamental. Esta condición refleja o indirecta establecida en la norma indicada no puede por menos que entenderse referida a los supuestos en que la prueba obtenida lícitamente lo que es en base a otra actividad que en manera directa ha vulnerado un derecho fundamental”*.

L'esmentada sentència estableix que *“la solución doctrinal que en tales casos distingue entre los supuestos en que simplemente se da noticia de un hecho y aquellos en que a la verificación de este hecho (hallazgo de los objetos) se trata de sobreañadir una consecuencia probatoria contra el acusado. En este segundo caso, la prueba sería ilícita, en tanto que en el primero, al no tener el contenido de la confesión ninguna virtualidad probatoria, ni siquiera indiciaria, no podría ser reputada como prueba ilícitamente obtenida”*.

¹⁶⁴ LÓPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, T. *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1991.

d) “(...) *violentando* (...)”.- L’abast de la prova defectuosa és una qüestió casuística, però poden fer-se diverses consideracions :

1. Inclou l’obtenció de proves obtingudes prescindint total i absolutament del procediment.
2. Es reputa insubsanable la prova defectuosa quan és única, ja que si n’hi haguessin varies podrien “sanar-se” a través d’aquestes o complementar-se per altres mitjans com els elements de càrrec que puguin existir contra qui és imputat en la causa.

e) “(...) *derechos o libertades fundamentales*”.- La Llei orgànica 6/1985, d’1 de juliol, del Poder Judicial no s’ha volgut protegir de tots els drets subjectius, sinó només d’aquells que la Constitució considera fonamentals. D’aquesta forma, no s’ha pretès declarar la ineficàcia de les proves il·lícites en general sinó només les obtingudes quan vulneren drets o llibertats fonamentals. En relació amb aquests drets fonamentals, diversos autors¹⁶⁵ han realitzat una distinció atenent a la naturalesa d’aquests :

1. Drets fonamentals absoluts que no tenen cap limitació. En aquest cas, qualsevol vulneració d’aquests condueix a la no admissió de la prova. Ens referim als drets a la vida i a la integritat física, i les seves violacions quan consisteixen en la violència física o psíquica, o en l’amença a utilitzar-les.

¹⁶⁵ MONTERO AROCA, J. ; GÓMEZ COLOMER, J. L. ; MONTÓN RENDONDO, A.; BARONA VILAR, S. *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

2. Drets fonamentals relatius que són limitats. En principi, les fonts de prova obtingudes a través de la vulneració d'aquests no són admissibles, però s'ha de tenir en compte que la Llei ha de compatibilitzar aquests drets amb altres també fonamentals i fins i tot amb interessos prevalents.

S'ha discutit doctrinalment sobre l'admissibilitat o no en el procés de les fonts de prova obtingudes il·lícitament i existeixen partidaris tant de la inadmissibilitat absoluta, com aquells que consideren irrellevant la forma com s'han obtingut aquestes fonts. Tampoc no falten aquells que consideren que han de ponderar-se els interessos en conflicte per determinar quin d'ells ha de prevaldre. L'article 11.1 de la Llei orgànica 6/1985, d'1 de juliol, del Poder Judicial obliga a distingir :

- 2.1. Quan les fonts de prova s'han obtingut il·lícitament infringint drets no fonamentals han de ser admeses en el procés sens perjudici de la responsabilitat que pugui sorgir de la il·licitud.
- 2.2. Quan es tracti de fonts de prova que s'han obtingut amb vulneració de drets fonamentals, la conseqüència obligada és que existeix una prohibició positiva que les fa inadmissibles de forma absoluta o relativa si s'han incomplert les garanties constitucionals per la seva obtenció.
- 2.3. La inadmissibilitat es refereix tant a les fonts de prova obtingudes directament amb vulneració d'un dret fonamental com les obtingudes indirectament, ja que la il·licitud s'estén a tot allò que deriva de l'acte que ha vulnerat el dret.

El problema consisteix en com es fa efectiva la inadmissibilitat, ja que la Llei orgànica 6/1985, d'1 de juliol, del Poder Judicial no ho contempla i només estableix que no tindran efecte. Per a la regulació de la inadmissibilitat del mitjà de prova en el procés hem de basar-nos amb el que estableix l'article 287 de la Llei d'enjudiciament civil:

1. Quan alguna part entengués que en l'obtenció directa o indirecta d'alguna prova admesa s'han vulnerat els drets fonamentals, aquesta haurà d'al·legar-ho de forma immediata amb trasllat a les demés parts.
2. El moment adequat pel debat entre les parts és el de l'acte del judici (procés ordinari) o el començament de la vista (judici verbal), abans que comenci la pràctica de la prova (arts. 433.1 i 446 Llei d'enjudiciament civil).
3. El debat consistirà en escoltar a les parts i, en el seu cas, en practicar-se les proves pertinents i útils que es proposin en l'acte sobre l'extrem de la il·licitud.
4. La il·licitud pot qüestionar-se d'ofici per part del jutge en el mateix moment i en la mateixa tramitació.
5. La resolució a dictar, amb la qual es decidirà sobre la il·licitud, serà a través d'una interlocutòria oral.

6.4. L'ARTICLE 287 DE LA LLEI D'ENJUDICIAMENT CIVIL COM A REFERENT

6.4.1. Marc normatiu i jurisprudencial previ a l'aprovació de la Llei d'enjudiciament civil

Abans que la Llei 1/2000, de 7 de gener, d'enjudiciament civil, regulés en les seves disposicions generals la "il·licitud de la prova" (art. 287), no hi havia una norma constitucional o de rang legal que tractés de forma específica aquesta qüestió. Malgrat això, a nivell jurisprudencial es van anar perfilant diverses aportacions relatives a la il·licitud probatòria molt importants. El mateix succeïa amb la impossibilitat d'ubicar els nous mitjans tècnics de reproducció del so i la imatge a les lleis processals per existir un buit legislatiu insuficient en aquesta matèria.

Si bé inicialment la jurisprudència es va mostrar poc partidària de l'admissió a judici de les cintes magnetofòniques¹⁶⁶, finalment va admetre amb caràcter general les aportacions probatòries derivades dels nous avenços i descobriments tècnics com les gravacions magnetofòniques, vídeos i qualsevol altre mitjà de reproducció o representació visual i les va declarar compreses dins l'enumeració "oberta" dels articles 578 de la Llei d'enjudiciament civil i 1215 del Codi civil, assimilant-les a la prova documental privada sens perjudici del seu sotmetiment a verificació o comprovació per mitjà de la prova pericial o del reconeixement judicial¹⁶⁷.

¹⁶⁶ Sentència del Tribunal Suprem de 30 novembre de 1981 (RJ 1981/4680).

¹⁶⁷ Sentències del Tribunal Suprem n.ºs. 1067/1992, de 30 novembre (RJ 1992/9458) i 523/1999, de 12 de juny (RJ 1999/4735).

Inicialment, la Sentència del Tribunal Suprem de 30 de novembre de 1981 (RJ 1981/4680), va refusar que les cintes magnetofòniques poguessin introduir-se en el procés com a mitjà probatori ja que no estava previst en l'article 578 de la Llei d'enjudiciament civil de 1881, vigent alshores, ni en l'article 1215 del Codi civil. Posteriorment, les Sentències del Tribunal Suprem de 5 de juliol de 1984 (RJ 1984/4121), i de 17 de juliol de 1984 (RJ 1984/4189) van considerar procedent admetre el vídeo com a mitjà probatori. Malgrat que la nostra legislació no regulava la producció i apreciació de tals objectes com a prova documental, no significava ni molt menys que no poguessin ser dutes i valorades en el procediment probatori, sempre i quan la seva realització es duqués a terme d'acord amb els principis generals i particulars del nostre ordenament com el respecte a la dignitat, intimitat i honor de les persones, possibilitat de contradicció, etc.

6.4.2. L'aprovació de la Llei d'enjudiciament civil

Amb els avenços tecnològics i el descobriment de nous instruments de gravació de la imatge i el so, i d'arxiu de dades sobre suports materials diferents del documental gràfic o escrit es va posar de manifest la dificultat de la seva introducció en el procés a través dels mitjans de prova legalment reconeguts i les vies procedimentals establertes per aquells. La problemàtica es va plantejar sobretot amb les fotografies, les gravacions magnetofòniques i videogràfiques, així com els suports informàtics.

La nova Llei 1/2000, de 7 de gener, d'enjudiciament civil regula en el capítol VI els mitjans de prova i les presumpcions. Concretament, en els apartats 2 i 3 de l'article 299 es regulen els mitjans de prova i s'estableix que "2. También se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso". "3. Cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias". Aquest últim apartat realitza una admissió general de totes les fonts de prova possibles, encara que erròniament parli de mitjans. El tribunal, a instància de part, ho admetrà com a prova i adoptarà les mesures que en cada cas resultin necessàries i es deixarà en la indeterminació el mitjà de prova pel qual la font hagi d'adoptar-se al procés, però confiant aquesta indeterminació al tribunal en cada cas.

Segons Montero Aroca, Gómez Colomer, Montón Redondo i Barona Vilar¹⁶⁸, és fàcil poder detectar que el legislador ha incorregut en un error, ja que els instruments de reproducció del so i la imatge i els instruments que permeten arxivar i conèixer les paraules escrites, dades i xifres són les fonts de prova, no el mitjà de prova en sentit estricte. La intenció del legislador en el punt 2 és que tinguin cabuda en el procés civil les pel·lícules, cintes de vídeo, cassetes de

¹⁶⁸ MONTERO AROCA, J. ; GÓMEZ COLOMER, J. L. ; MONTÓN RENDONDO, A.; BARONA VILAR, S. *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

gravació ; i en el punt 3 els disquets flexibles i discs durs d'ordinador, els CD-ROMS, el correu electrònic, fitxers automàtics, així com qualsevol altre mitjà tècnic d'aquestes característiques que en el futur es puguin inventar.

Per altra banda, la secció 8ª del capítol VI d'aquesta Llei regula la reproducció de la paraula, el so i la imatge i dels instruments que permeten arxivar i conèixer dades rellevants pel procés. En definitiva, es regula l'activitat procedimental precisa per l'aportació, conservació, reproducció i verificació d'aquestes proves (arts. 382 a 384 Llei d'enjudiciament civil), i configura per aquestes fonts un mitjà de prova autònom, en lloc de sotmetre-les al règim d'aportació de les fonts documentals com propugnava un sector de la doctrina amb la consegüent adaptació de les normes reguladores de la seva incorporació al procés.

6.5. INDEFENSIÓ I PROVA IL·LÍCITA¹⁶⁹

De Vega Ruiz¹⁷⁰ considera que la indefensió ve a ser l'últim fonament de tots els drets fonamentals perquè qualsevol alegació que es faci en defensa de

¹⁶⁹ Veure els comentaris de l'article de RAMOS RÚBIO, C. "La prueba ilícita y su reflejo en la jurisprudencia". A: *La prueba en el proceso penal*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000; FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A.; RIFÁ SOLER, J. M.; VALLS GOMBAU, J. F. *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Barcelona: Lurgium, 2000.

¹⁷⁰ DE VEGA RUÍZ, J. A. *El proceso penal y derechos fundamentales desde la perspectiva jurisprudencial*. Madrid: Colex, 1994.

la tutela efectiva del procés i de la presumpció d'innocència té com a finalitat no trobar-se en situació d'indefensió per actuar legítimament davant la justícia. Per altra banda, Pérez del Valle¹⁷¹ ha subratllat que la prova il·lícita implica una defensa de la posició del subjecte a través d'una protecció real dels seus interessos bàsics. Aquesta situa a l'òrgan judicial davant un judici de correcció jurídica que tracta de restringir la font de coneixement del tribunal en benefici de la posició de l'imputat. Díaz Cabiale i Martín Morales¹⁷² consideren que la garantia constitucional que fonamenta l'exclusió de la prova il·lícita en el procés penal són els drets fonamentals i, en particular, la presumpció d'innocència recollida a l'article 24.2 de la Constitució espanyola.

La jurisprudència, en relació a les proves obtingudes amb violació dels drets fonamentals, ha considerat que els problemes que es plantegen es reconduïxen a la regla de la interdicció de indefensió¹⁷³. El dret de defensa, el qual té com a finalitat última assegurar la igualtat de les parts¹⁷⁴, desplega la

¹⁷¹ PÉREZ DEL VALLE, C. *Teoría de la prueba y Derecho penal*. Madrid: Dykinson, 1999.

¹⁷² DÍAZ CABIALE, J. A. ; MARTÍN MORALES, R. *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*. Madrid: Civitas, 2001.

¹⁷³ Sentència del Tribunal Constitucional núm. 64/1996, de 21 de maig (RTC 1996/64). També és il·lustrativa la Sentència del Tribunal Constitucional núm. 81/1998, de 2 d'abril (RTC 1998/81), la qual estableix que tot i que la prohibició de la valoració de les proves obtingudes de forma il·lícita, és a dir, amb la violació de drets fonamentals no es troba expressament prevista a la Constitució constitueix una garantia objectiva i implícita en el sistema dels drets fonamentals.

¹⁷⁴ Sentència del Tribunal Constitucional núm. 194/1987, de 9 de desembre (RTC 1987/194) i Sentències del Tribunal Europeu de Drets Humans de 21 d'octubre de 1986 i de 30 de març de 1989.

seva eficàcia quan no poden prendre's en compte les proves obtingudes amb irregularitats processals, és a dir, quan es produeix indefensió efectiva. Aquesta indefensió, que pot sorgir al llarg de l'iter processal pot corregir-se en instàncies superiors. Per això, s'aprofita la possibilitat que els òrgans jurisdiccionals corregeixin d'ofici o a instància de part l'error o l'omissió¹⁷⁵, ja que no tota irregularitat processal origina la nul·litat de l'actuació i tampoc ha de donar lloc a una indefensió¹⁷⁶.

Certament, només es disposava de les previsions generals de la Llei orgànica del Poder Judicial en matèria de nul·litat d'actes processals i de l'article 11, així com amb un caràcter més genèric l'article 6.3 del Codi civil, que declara nuls els actes contraris a les normes interpretatives o prohibitives. Recordem que l'article 4 de la Llei d'enjudiciament civil estableix expressament el caràcter supletori d'aquesta Llei quan assenyala que *“En defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contenciosos, laborales y militares, serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente Ley”*.

¹⁷⁵ Sentència del Tribunal Constitucional núm. 31/1989, de 13 de febrer (RTC 1989/31).

¹⁷⁶ Sentència del Tribunal Suprem núm. 2016/1993, de 17 de setembre (RJ 1993/6696).

De Urbano Castrillo i Torres Morato¹⁷⁷ afirmen que l'article 287, introduït per la Llei 1/2000, de 7 de gener, d'enjudiciament civil, i que regula la il·licitud de la prova té un gran interès. Pel que fa al moment processal i als tràmits que s'han de dur a terme per tal de plantejar i provocar l'exclusió del procés d'una prova il·lícita, l'ordenament ofereix una resposta vaga, fragmentària i insuficient que les escasses referències a aquesta varien segons el tipus de procediment.

1. Pot plantejar-se per les parts o d'ofici per l'òrgan judicial.
2. Pot plantejar-se d'"immediat", és a dir, quan alguna de les parts entengués que s'ha vulnerat algun dret fonamental en l'obtenció o origen d'alguna prova.
3. Exigeix debat contradictori amb la possibilitat de proposar prova al respecte.
4. Es substancia en el propi procés sense haver de tenir lloc un incident extraprocessal.
5. És possible interposar recurs de reforma. Si no fos acceptat pot reproduir-se en apel·lació.

¹⁷⁷ DE URBANO CASTRILLO, E.; TORRES MORATO, M.A. *La Prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial*. 3a edició. Pamplona: Aranzadi, 2003.

6.6. CONTAMINACIÓ I DESCONNEXIÓ CAUSAL DE LES PROVES : LA CONNEXIÓ D'ANTI JURICITAT

A més de la responsabilitat civil, penal o administrativa que pot seguir-se d'una actuació que atempta a un dret fonamental, les solucions que fan referència a què cal fer amb una prova il·lícita passen des de la recusació del Jutge, perquè segueixi coneixent de la resta del procés¹⁷⁸, fins el simple exercici dels recursos que procedeixin, inclòs el d'empara, per evitar la incorporació al procés d'una prova obtinguda amb vulneració de drets o llibertats fonamentals.

No obstant això, la qüestió important des del punt de vista processal és la que ve a anomenar-se “contaminació” de la prova o proves obtingudes il·lícitament de la resta de material probatori. Pastor Borgoñón¹⁷⁹ assenyala que per considerar “contaminada” l'activitat de recollida d'una font de prova (per haver-se basat en una informació obtinguda amb vulneració de drets fonamentals), es requereix que el segon acte sigui únic i exclusivament conseqüència del primer.

La Sentència del Tribunal Suprem núm. 725/1995, de 5 de juny (RJ 1995/4538), a l'abordar la fixació de l'efecte indirecte de la il·licitud probatòria en base a l'efecte reflex establert a l'article 11.1 de la Llei orgànica 6/1985, d'1 de juliol, del Poder Judicial, per aplicació de l'anomenada doctrina del fruit prohibit (“The tainted fruit”) o genèricament doctrina “dels fruits de l'arbre

¹⁷⁸ PAULI COLLADO, F. J. *La prueba ilegalmente obtenida*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1992.

¹⁷⁹ PASTOR BORGONÓN, B. “La prueba ilegalmente obtenida”. *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 28 (1993): 183-214.

enverinat”¹⁸⁰, estableix que es no es produeix la contaminació de les proves restants si és possible establir una desconexió causal entre les que fonamenten la condemna i les il·lícitament obtingudes¹⁸¹.

La Sentència puntualitza que si la il·licitud probatòria contamina les restants proves condueix a l’absolució per aplicació del dret fonamental a la presumpció d’innocència establert a l’article 24.2 de la Constitució espanyola, al no existir prova de càrrec que pugui fonamentar el pronunciament condemnatori. En canvi, si no produeix aquest efecte, la conseqüència consisteix en determinar si la prova no afectada i tinguda en compte pel jutge d’instància pot estimar-se apte i suficient per reputar la indicada presumpció d’innocència.

El Tribunal Suprem, quan recorda la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional estima no contaminada la prova indiciària que el Tribunal “*a quo*” va basar la seva sentència condemnatòria, al considerar que els indicis o fets-base no depenien casualment de les línies policials d’investigació, al produir-se o derivar-se de documents públics, registrals i bancaris. Aquesta és igualment la doctrina que es desprèn la Sentència del Tribunal Suprem núm. 1887/1994, de 24 d’octubre (RJ 1994/8164), la qual assenyala que l’efecte indirecte no és predicable quan sigui possible establir una desconexió causal entre les proves il·legítimament obtingudes i les demés obrants a la causa, ja que no es vicien les restants proves si és possible la desconexió causal entre la il·legítimament

¹⁸⁰ La seva doctrina s’ha exposat a diverses sentències, entre altres, la Sentència del Tribunal Suprem núm. 210/1992, de 7 de febrer (RJ 1992/1108).

¹⁸¹ Sentència del Tribunal Suprem núm. 298/1994, de 18 de febrer (RJ 1994/2314) i la ja citada núm. 2054/1994, de 26 de novembre (RJ 1994/8974).

obtinguda i les altres. I en aquest mateix sentit, la Sentència del Tribunal Suprem núm. 25/1995, de 16 de gener (RJ 1995/31) afirma que *“la ineficacia de una diligencia determinada no impide la validez de otra prueba, salvo que ésta guarde una directa relación con aquélla, de tal modo que sin la primera no hubiere existido la segunda”*.

La *“desconnexió causal”* de les proves autònomes en relació amb la declarada il·lícita s’ha convertit en un assumpte important i difícil sobre el qual un nombre important de resolucions s’hi han pronunciat¹⁸².

¹⁸² Sentències del Tribunal Suprem núms. 501/1997, de 18 d’abril (RJ 1997/3611) ; 538/1997, de 23 d’abril (RJ 1997/3259) ; 1098/1997, de 17 de juliol (RJ 1997/5776) ; 208/1998, de 17 de febrer (RJ 1998/1053) ; 369/1999, de 13 de març (RJ 1999/2105) ; 1059/1999, de 23 de juny (RJ 1999/5848) ; 1607/1999, de 8 de novembre (RJ 1999/8702) ; 403/2000, de 15 de març (RJ 2000/1197) ; 2462/2001, de 21 de desembre (RJ 2002/2001) ; 836/2002, de 10 de maig (RJ 2002/7157) ; 28/2003, de 17 de gener (RJ 2003/926) ; 58/2003, de 22 de gener (RJ 2003/1130) ; 41/2003, de 24 de gener (RJ 2003/688).

Concretament, a les Sentències del Tribunal Suprem núms. 501/1997, de 18 d’abril (RJ 1997/3611) ; i 538/1997, de 23 d’abril (RJ 1997/3259), s’afirma que prohibir l’ús directe de les proves declarades il·lícites i tolerar el seu aprofitament indirecte *“(…) constituiría una proclamación vacía de contenido efectivo, e incluso una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales que, indirectamente, surtirían efecto (...)”*. Per altra banda, s’afirma que *“El efecto expansivo prevenido en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial únicamente faculta para valorar pruebas independientes, es decir que no tengan conexión causal con la ilícitamente practicada, debiéndose poner especial atención en no confundir “prueba diferente” (pero derivada), con “prueba independiente” (sin conexión causal)”*.

A la Sentència del Tribunal Suprem núm. 1098/1997, de 17 de juliol (RJ 1997/5776), es declara la nul·litat de tota la prova que deriva d'una entrada i registre practicada sense cobertura de manament judicial.

Per altra banda, la Sentència del Tribunal Suprem núm. 836/2002, de 10 de maig (RJ 2002/7157) recorda que no tota nul·litat constitucional d'una prova en el procés impedeix l'acreditació d'extrems penalment rellevants a través d'altres mitjans acreditatius d'origen independents al de la font contaminada, ja que si no existeix una "*connexió causal*" entre ambdues, aquest material desconnectat estarà des d'un principi net de tota contaminació.

Incidint igualment en les conseqüències de l'obtenció de proves de forma indirecta de les il·legalment produïdes, la Sentència del Tribunal Suprem núm. 41/2003, de 24 de gener (RJ 2003/688) considera que d'unes escoltes telefòniques il·lícites no poden considerar-se vàlides les proves derivades d'aquelles com són les testificals dels policies autonòmics, la gravació videogràfica posterior i les declaracions d'altres testimonis relatives a aquestes trucades telefòniques.

La jurisprudència del Tribunal Constitucional també ha tractat aquesta qüestió amb gran profunditat en les Sentències núms. 81/1998, de 2 d'abril (RTC 1998/81) ; 49/1999, de 5 d'abril (RTC 1999/49) ; 94/1999, de 31 de maig (RTC 1999/94) ; 139/1999, de 22 de juliol (RJ 1999/139) ; 238/1999, de 20 de desembre (RTC 1999/238) ; 239/1999, de 20 de desembre (RTC 1999/239) ; 8/2000, de 17 de gener (RTC 2000/8) ; 249/2000, de 30 d'octubre (RTC 2000/249) ; 149/2001, de 27 de juny (RTC 2001/149) ; 12/2002, de 28 de gener (RTC 2002/12) ; i 28/2002, d'11 de febrer (RTC 2002/28). Allò més destacable de la doctrina del Tribunal Constitucional consisteix en indicar que es tracta d'una de les qüestions més complexes i polèmiques en matèria de prova en l'actualitat i només pot resoldre's en clau constitucional (indefensió, dret a la prova, etc.). Es destaca la importància d'examinar el conjunt del procés i de valorar la relació de causalitat, tenint en compte la gravetat de la violació. Per això, s'han d'analitzar els diferents elements, la seva magnitud, la intensitat, el tipus de delictes, la seqüència temporal i descrèdit o no que pot suposar per a l'Administració de Justícia, així com la raonabilitat de la decisió i la qualitat del

raonament utilitzat. Es trasllada al Jutge o Tribunal decisor, Tribunal "ad quem" -en el seu cas- i finalment al Tribunal Constitucional, si existeix recurs d'empara, el test ponderatiu dels interessos implicats i la transcendència per el cas de la connexió de la il·licitud apreciada amb la resta de proves del procés. Aquesta doctrina ha dut al Tribunal Constitucional a conclusions que són contradictòries amb els primers pronunciaments del Tribunal Suprem indicats, ja que tot i que existeixin proves de càrrec relacionades amb el fet constitutiu de la vulneració del dret fonamental, per derivar del coneixement adquirit a partir d'aquest s'admet la seva consideració com a jurídicament independent en els casos de delictes greus en els que l'error no ha sigut intencional ni estem davant una negligència greu (Sentència del Tribunal Constitucional núm. 81/1998, de 2 d'abril (RTC 1998/81), i això perquè encara que es doni una "*connexió natural*" no es dona una "*connexió d'antijuricitat*". En aquesta sentència es van admetre les proves obtingudes a partir d'una escolta telefònica que va vulnerar l'article 18.3 de la Constitució espanyola, per falta d'expressió parcial del pressupòsit legitimador de la ingerència en el dret fonamental, incloent com a aptes per enervar la presumpció d'innocència la testifical d'un coimputat i la dels agents policials que van procedir a la detenció de qui existien prèvies sospites i seguiments i que la seva sortida descoberta per l'escolta declarada nul·la va originar la detenció i aprehensió de la substància il·lícita.

Per finalitzar amb la jurisprudència és important destacar la Sentència del Tribunal Constitucional núm. 149/2001, de 27 de juny (RTC 2001/149), la qual aborda la problemàtica dels efectes retroactius quan s'ha declarat la il·licitud d'una prova i la nul·litat de la sentència en què aquesta es va apreciar. En aquesta sentència es destaca que procedeix la devolució de la causa al Tribunal d'instància perquè elimini de la seva valoració les proves il·lícites i continuï el procés, valorant-se exclusivament les proves independents. El Tribunal Constitucional recorda que són els òrgans de la jurisdicció ordinària els competents per valorar la qüestió conforme al criteri que fixin en el cas concret, de forma que li correspon a aquest Tribunal exclusivament la comprovació de la raonabilitat d'aquest.

6.7. REQUISITS DE VALIDESA DE LA PROVA DE VÍDEO

Per tal d'analitzar els requisits de la validesa de la prova de vídeo és important distingir diversos supòsits de captació d'imatges en atenció al subjecte que les dur a terme. Així mateix, analitzarem quina és la valoració de la prova videogràfica que ha realitzat la jurisprudència per raó del moment processal en que aquesta s'aporta al procés. Sens dubte, la prova videogràfica en el procés penal és el supòsit que més qüestions suscita a la pràctica i constitueix l'objecte d'estudi per part de la jurisprudència, ja que aquí és on pot

La doctrina, per la seva part, amb motiu de la publicació de la Sentència del Tribunal Constitucional núm. 81/1998, de 2 d'abril (RTC 1998/81) ha analitzat aquesta qüestió amb aportacions de dret comparat. LÓPEZ ORTEGA, J. J. "Prueba y proceso penal: el alcance derivado de la prueba ilícita en la jurisprudencia constitucional (A propósito de la STC 81/1998 (RTC 1998/81))". *Derecho y proceso penal*, núm. 1 (1999): 123-144. El seu posicionament consisteix en què pot admetre's per via d'excepció una prova, encara que de forma reflex s'hagi obtingut de forma inconstitucional amb violació d'un dret fonamental, sempre que concorrin elements ponderables pel jutgador com l'escassa entitat de la violació, una seqüència temporal dilatada entre la prova il·lícita i les restants, una actuació de bona fe per part de les autoritats que han comès la violació, flagrància, etc.

Contra aquestes consideracions han reaccionat determinats autors que consideren que aquest camí és perillós, ja que si el Tribunal Constitucional no s'avança a formular un catàleg tancat d'exclusions a l'operativitat de la prova reflexa. En conclusió, podem afirmar que existeix "*connexió d'antijuricitat*" quan es dona una relació suficientment forta entre el mitjà de prova il·lícit i el reflex que permeti estimar que la il·licitud originària de la primera transcendeix a la segona, fins al punt de provocar la seva sanció invalidant. Serà un "*judici d'experiència*" el que permetrà, en cada cas, decidir sobre l'admissibilitat de la prova i un "*judici de raonabilitat*" el que prevaldrà sobre la qualitat de motivació.

produir-se amb més claredat la col·lisió d'interessos entre la investigació policial i el respecte als drets dels ciutadans. Segons Bauzá Martorell¹⁸³, “(...) *la validez probatoria de las imágenes y sonidos captados mediante videocámaras no es caprichosa, sino que requiere la concurrencia de la necesidad y proporcionalidad, el respeto a la intimidad, amén de cuestiones técnicas y de autenticidad, sin las cuales la prueba deviene ineficaz y contamina el procedimiento*”.

6.7.1. Material videogràfic obtingut per la policia

En la utilització de videocàmeres com a mitjà d'investigació és precís distingir aquells supòsits en què s'ha produït una filmació en espais oberts i no és necessària autorització judicial, d'aquells altres en els quals es recullen imatges produïdes a l'interior d'un domicili, amb independència que els aparells de filmació estiguin dins o fora d'aquest. Recordem que en aquest últim supòsit serà precisa autorització judicial.

La Sentència del Tribunal Constitucional núm. 22/1984, de 17 de febrer (RTC 1984/22), és molt explícita en relació a aquesta qüestió. S'estableix expressament que “*la regla de la inviolabilidad del domicilio es de contenido amplio e impone una extensa serie de garantías y de facultades, en las que se comprenden las de vedar toda clase de invasiones, incluidas las que puedan*

¹⁸³ BAUZÁ MARTORELL, F. J. *Régimen jurídico de la videovigilancia*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

realizarse sin penetración directa por medio de aparatos mecánicos, electrónicos, u otros análogos”.

Aquest plantejament es reflecteix també d'una forma molt interessant a la Sentència del Tribunal Suprem de 6 de maig de 1993 (RJ 1993/3854)¹⁸⁴, relativa a unes gravacions videogràfiques i fotografies efectuades per part de la policia en un dispositiu de vigilància que es va muntar a les proximitats de l'immoble en el qual vivien els acusats, amb motiu de la investigació d'un delictes de tràfic d'estupefaents. En l'esmentada Sentència el Tribunal Suprem assenyala que el sistema processal constitucional prohibeix la utilització de proves obtingudes directa o indirectament quan es vulnerin els drets o llibertats fonamentals d'acord amb el que estableix l'article 11.1 de la Llei orgànica 6/1985, d'1 de juliol, del Poder Judicial.

En aquest sentit, assenyala que les tasques d'investigació de tot fet delictiu estan encaminades a practicar les diligències necessàries per comprovar i descobrir als delinqüents i recollir tots els efectes, instruments o proves del delictes posant-los a disposició de l'autoritat judicial. En desenvolupament d'aquestes funcions es poden realitzar tasques de vigilància o observació de llocs o persones que poguessin estar relacionades amb el fet que és objecte de la investigació. Aquestes tasques de vigilància es poden desenvolupar a la via pública, concretant-se en tasques de seguiment o visualització de comportaments i conductes de les persones considerades com a sospitoses. Per dur a terme aquestes funcions es poden utilitzar tot tipus de

¹⁸⁴ Veure els comentaris d'aquesta Sentència a ALONSO PÉREZ, F. "Filmaciones videográficas". A: *Medios de investigación en el proceso penal: legislación, comentarios, jurisprudencia, formularios*. 2a edició. Madrid: Dykinson, 2003.

mitjans que permetin constatar la realitat sospitada i que siguin aptes per perfilar o constituir un material probatori que després pugui ser utilitzat per concretar una denúncia davant l'autoritat judicial.

Per tant, no queda descartada la utilització de sistemes mecànics de gravació d'imatges i aquesta ha de realitzar-se dins dels marges marcats pel respecte a la intimitat i a la inviolabilitat de domicili. En relació amb aquesta qüestió, el Tribunal Suprem estableix que *“Los derechos establecidos por la Ley Orgánica 5 de mayo de 1982 (RCL 1982/1197) reguladora de la protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, no pueden considerarse absolutamente ilimitados. Imperativos de interés público pueden hacer que por Ley se autoricen expresamente determinadas entradas en el ámbito de la intimidad que pondrán ser reputadas legítimas. Según el artículo 8 de la Ley Orgánica, antes mencionada, no se reputarán intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la Ley. El artículo 282 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal autoriza a la policía a practicar las diligencias necesarias para comprobar los delitos y descubrir a los delincuentes”*(FJ 1.2) paràgraf tercer).

El Tribunal Suprem estableix expressament que *“No existe obstáculo para que las labores de investigación se extiendan a la captación de la imagen de las personas sospechosas de manera velada y subrepticia en los momentos en que se supone fundadamente que se está cometiendo un hecho delictivo. Del mismo modo que nada opone a los funcionarios de policía hagan labores de seguimiento y observación de personas sospechosas, sin tomar ninguna otra medida restrictiva de derechos mediante la percepción visual y directa de las acciones que realiza en la vía pública o en cualquier otro espacio abierto. No existe inconveniente para que pueda transferir esas percepciones a un*

instrumento mecánico de grabaciones de imágenes que complemente y tome constancia de lo que sucede ante la presencia de los agentes de la autoridad” (FJ 1.2) paràgraf quart).

Segons el Tribunal Suprem, “*La captación de imágenes se encuentra autorizada por la ley en el curso de una investigación criminal siempre que se limiten a la grabación de lo que ocurre en espacios públicos fuera del recinto inviolable del domicilio donde tiene lugar el ejercicio de la intimidad. Por ello, cuando el desplazamiento de aparatos de filmación o de escucha invada el espacio restringido reservado para la intimidad de las personas sólo puede ser acordado en virtud de mandamiento judicial que constituye un instrumento habilitante para la intromisión en un derecho fundamental. No estarían autorizados, sin el oportuno placet judicial, aquellos medios de captación de la imagen o del sonido que filmaran escenas en el interior del domicilio prevaliéndose de los adelantos y posibilidades técnicos de estos aparatos grabadores, aun cuando la captación tuviera lugar desde emplazamientos alejados del recinto domiciliario*” (FJ 3)¹⁸⁵. Per tant, quan l’emplaçament

¹⁸⁵ A través d’aquesta Sentència es reflecteix clarament un supòsit d’utilització de videocàmeres per part de la policia que no recull la Llei orgànica 4/1997, de 4 d’agost, i que no necessita autorització administrativa. Ens referim a les gravacions que es realitzen en el marc d’una investigació criminal. Per això, quedaran fora de l’àmbit d’aplicació de la normativa de videovigilància la captació d’imatges i sons dirigides a la investigació de delictes i que en si mateixes són activitats que constitueixen una tasca complementària a la investigació criminal, ja que no s’ajusten als principis de prevenció en els que està inspirada la videovigilància.

Recordem que la Llei orgànica 4/1997, de 4 d’agost, té com a finalitat bàsica contribuir a assegurar la convivència ciutadana, l’erradicació de la violència i la utilització pacífica de les vies i espais públics, així com prevenir la comissió de delictes, faltes i infraccions

d'aparells de filmació envaeixi l'espai restringit reservat per a la intimitat de les persones, aquest només podrà ser acordat a través d'un manament judicial. Per contra, no estaran autoritzats sense l'oportuna autorització judicial aquells mitjans de captació de la imatge o so que filmessin escenes a l'interior del domicili prevalent-se de les possibilitats tècniques d'aquests aparells gravadors, tot i quan la captació tingués lloc des d'emplaçaments allunyats del recinte domiciliari.

Des d'aquesta perspectiva, la Sentència del Tribunal Suprem núm. 760/1994 (Sala Penal), de 6 d'abril (RJ 1994/2889), analitza la prova consistent en una filmació videogràfica verificada a la porta del domicili dels acusats per un delictes de tràfic de drogues¹⁸⁶. Segons aquest Tribunal, perquè el material probatori obtingut per mitjà de filmacions videogràfiques a l'interior del domicili sigui considerat vàlid serà necessari obtenir la corresponent autorització judicial, ja que en un altre cas la prova obtinguda així seria considerada il·lícita pels Tribunals per violació del dret fonamental a la intimitat personal previst a l'article 18 de la Constitució espanyola. Com a aspectes rellevants de la Sentència podem destacar els següents:

relacionades amb la seguretat ciutadana. Així mateix, per a la utilització de videocàmeres, en aplicació de la normativa de videovigilància, s'exigeix l'existència d'un "raonable risc per la seguretat ciutadana" en el cas de videocàmeres fixes o d'un "perill concret" en el cas de les mòbils.

¹⁸⁶ Veure REY HUIDOBRO, L. F. *El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

1. És legítima la prova que consisteix en una filmació videogràfica si aquesta no ha vulnerat cap dret ; és a dir, si amb ella no s'ha violat la intimitat o la dignitat de la persona afectada per la filmació.
2. No existeix obstacle legal perquè les tasques d'investigació s'estenguin a la captació d'imatges de persones sospitoses, de forma velada o subreptícia, en els moments en què es suposa fonamentalment que s'està cometent un fet delictiu.
3. Tot això ha de realitzar-se amb evident respecte als drets fonamentals, de forma que tant el seguiment com la filmació hauran de limitar-se en espais lliures i públics, excepte en els domicilis o llocs considerats com a tals en els que serà necessària la corresponent autorització judicial.
4. La barrera entre allò permès i prohibit és fàcilment deduïble de la pròpia Constitució i de la resta de l'ordenament jurídic (Llei orgànica 1/1982, de 5 de maig, sobre protecció civil del dret a l'honor, a la intimitat personal i familiar i a la pròpia imatge i Llei d'enjudiciament criminal).

L'esmentada Sentència afirma que *“Los derechos protegidos por la citada Ley Orgánica (1/1982, de 5 de mayo), no pueden considerarse absolutamente ilimitados y, entre estas restricciones, su propia Exposición de Motivos, señala los imperativos de interés público que pueden hacer que por ley se autoricen expresamente determinadas entradas en el ámbito de la intimidad que no podrán ser reputadas ilegítimas. El interés público que, con toda evidencia, subyace en la investigación criminal, justifica no las injerencias en la vida privada, ni los atentados a la intimidad o dignidad, pero sí un seguimiento de los pasos de determinadas personas sobre las que recaen fundadas sospechas de que acuden a un lugar en el que se está cometiendo un delito”*. Aquests mateixos criteris es troben a les Sentències del Tribunal Suprem núms.

353/1996, de 19 d'abril (RJ 1996/2886) ; 620/1997, de 5 de maig (RJ 1997/3628).

Per altra banda, la Sentència del Tribunal Suprem núm. 245/1999, de 18 de febrer (RJ 1999/1921) aborda el cas d'un reportatge fotogràfic en el pati d'una vivenda efectuat des de l'exterior d'un immoble per part de la policia. L'esmentada sentència afirma que els agents de policia no feien res més del què qualsevol podia fer, és a dir, contemplaven i miraven el què qualsevol podia mirar i contemplar davant l'absència d'obstacles que pertorbessin, impedissin o dificultessin la curiositat dels demés. En aquests supòsits no existeix infracció a la privacitat o a la intimitat i la prova obtinguda a partir d'aquestes observacions és perfectament lícita i vàlida des de la perspectiva constitucional.

El Tribunal de cassació declara que *“el artículo 18 de la Constitución española no hace otra cosa que reforzar jurídicamente la protección de esos espacios físicos cerrados por el hombre para defender su intimidad y su privacidad, es decir establece una barrera normativa que se suma a la barrera material colocada por el interesado para impedir la invasión externa de esos espacios o lugares donde el individuo desarrolla los actos más íntimos de su personalidad. Pero cuando esos lugares o espacios físicos se encuentran expuestos por su propia estructura a la intromisión ajena, de tal manera que se hace inviable su calificación como recintos adecuados para resguardar la intimidad de sus usuarios ; cuando el mismo interesado permite el intrusismo de cualquier agente exterior en esos espacios, indefensos por la omisión o desidia propia al no haberse establecido obstáculo o impedimento a la injerencia ajena, el Ordenamiento jurídico no puede atribuir la condición de privados o íntimos a aquellos lugares que, por su propia naturaleza, no son susceptibles de ello”*.

6.7.2. Filmacions videogràfiques obtingudes per les càmeres automàtiques instal·lades als bancs

En principi, no existeix cap impediment legal perquè determinades entitats estableixin en l'àmbit dels seus establiments la col·locació de càmeres generalment visibles i conegudes pels usuaris, per tal de poder utilitzar els vídeos amb finalitats d'investigació i la seva posterior incorporació al procés judicial, a través de l'atestat policial que incorpora fotografies obtingudes de la filmació. Com assenyala Martín Pallín¹⁸⁷, a la pràctica aquesta prova es plasma en fotografies fixes que s'incorporen a les actuacions i s'acompanyen a l'atestat policial. Normalment no existeix dubte sobre la seva autenticitat, excepte prova en contra.

Així doncs, ens trobem davant d'un supòsit que l'activitat es dur a terme per qui no apareix revestit de les facultats d'investigació del delicte, tot i que els mecanismes de gravació s'accionin amb la finalitat de prevenció del delicte. Per això, no és possible parlar d'ingerència dels poders públics en cap dret fonamental, ja que la seva actuació està subjecte a les normes de conducta que regeixen per la generalitat dels ciutadans.

Concretament, la Sentència del Tribunal Suprem de 5 de març de 1986 (RJ 1986/1261), relativa a unes gravacions efectuades d'un atracament en una entitat bancària estableix que *“El reconocimiento por medio de fotografías ha sido acogido en Sentencia de 10 de marzo de 1983 (RJ 1983/4565), precisamente para evitar los peligros del reconocimiento directo”*. En aquest

¹⁸⁷ MARTÍN PALLÍN, J. A. “Identificación del delincuente”. *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 28 (1993): 131- 162.

cas, el Tribunal destaca que *“la Sala sentenciadora, no funda su convencimiento de la participación del recurrente en el atraco, en las diligencias de identificación que los funcionarios policiales practican en el atestado y en base a las fotografías obtenidas durante el atraco, sino por la prueba que la misma Sala sentenciadora llama de inspección ocular, realizada en el acto del juicio oral, en el que todos los miembros del Tribunal de forma unánime, adquirieron no ya la convicción sino la evidencia de la absoluta identidad existente entre las facciones del acusado y las del individuo fotografiado”* (FJ 3).

Així mateix, la Sentència del Tribunal Suprem de 20 de novembre de 1987 (RJ 1987/8558) va estimar vàlid el reconeixement efectuat en base a una pel·lícula obtinguda a través d'una càmera oculta en una entitat bancària, tot i que en aquest cas hi havia altres proves complementàries. És important assenyalar que durant la instrucció es va procedir a visionar la pel·lícula i es va repetir en presència de l'acusat, comprovant-se per part de l'Instructor que era la mateixa persona encara que el seu aspecte havia canviat.

En aquest sentit també es va pronunciar la Sentència del Tribunal Suprem de 21 de setembre de 1988 (RJ 1988/6811), la qual va declarar la suficiència de la prova consistent en la pel·lícula obtinguda durant la comissió d'un robatori (atracament) en una entitat bancària, en la que sortia el recurrent i el seu correu intervenint en els mateixos fets, la identificació d'un dels empleats de l'entitat bancària a través de les fotografies que li van mostrar, així com la ratificació d'aquests davant l'Autoritat Judicial.

Per altra banda, la Sentència del Tribunal Suprem de 8 de novembre de 1990 (RJ 1990/8860) va considerar com a prova hàbil per enervar la presumpció d'innocència el reconeixement *de visu* que va fer la pròpia Sala

sentenciadora de dotze fotografies obtingudes per la càmera oculta d'un banc durant un atracament. El Tribunal Suprem, en aquesta sentència, indica que “(...) *a pesar de que el varón asaltante aparece con una parte de la cabeza embutida en una media transparente, se perciben marcados caracteres fisonómicos, aptos para identificar al hombre fotografiado (FJ 2 paràgraf quart)*”.

Un supòsit similar és el contemplat a la Sentència del Tribunal Suprem de 7 de maig de 1992 (RJ 1992/3754), en la qual la processada va ser reconeguda per diversos testimonis, no només policies, com a la persona que sortia a la filmació obtinguda per la càmera que filmava a l'entitat bancària en el moment de cometre's el robatori.

Sens dubte, un altre cas que va generar molta expectació social i interès dels mitjans de comunicació van ser els assassinats del pàrquing del Putxet per part de Juan José Pérez Rangel. Recordem que en el Cas Putxet¹⁸⁸ dues dones van ser assassinades l'11 de gener de 2003 en el mateix pàrquing privat del carrer Bertran, del barri del Putxet (Barcelona), on aparcaven els seus vehicles. La primera víctima, Maria Àngels Ribot Beltran, va ser trobada morta al forat de l'escala del pàrquing amb un fort cop al cap i una bossa de plàstic al cap. La segona víctima, Maria Teresa De Diego Rodríguez, va ser assassinada a ganivetades i amb una bossa de plàstic col·locada a sobre el cos.

¹⁸⁸ L'estudi del Cas Putxet s'ha realitzat bàsicament amb la Sentència recaiguda en el Tribunal del Jurat de l'Audiència Provincial de Barcelona núm. 21/2004, de 21 de desembre, i la informació extreta dels reculls de premsa facilitats pel Gabinet de Premsa del Tribunal Superior de Justícia.

Totes dues víctimes ocupaven la plaça de pàrking número 15, una a la primera planta i l'altra a la quarta. Aquesta coincidència va desencadenar diverses teories cabalístiques i la possibilitat que existís un assassí en sèrie que seguís una mena de ritual. També la coincidència en el número del pàrking va fer circular la hipòtesi que l'assassí buscava a la segona dona i que la primera vegada es va equivocar de víctima. No obstant això, el mòbil del robatori es va presentar com la primera hipòtesi en la primera víctima, ja que l'assassí es va emportar el bolso de la víctima i va utilitzar la targeta de crèdit de Maria Àngels Ribot Beltrán per sostreure d'un caixer exterior del carrer Balmes 300 euros. L'assassí va obtenir els diners després de teclejar el número secret que li va dir la víctima abans de morir. Potser no va ser un caixer escollit a l'atzar, però l'entitat bancària no tenia càmera. Malgrat això, una càmera d'un establiment proper el va gravar. Es tractava d'una filmació de poca qualitat que va enregistrar de forma difusa la silueta d'un home d'uns trenta anys, raça blanca i complexió forta, que va utilitzar la policia per interrogar als veïns del Putxet. Els testimonis de la investigació haurien creuat aquesta informació amb el testimoni de persones de la zona, així com nous indicis trobats per la policia científica en el lloc de crim.

La policia va comptar amb diverses cintes de vídeo amb imatges de l'assassí obtingudes per les càmeres de seguretat dels Ferrocarrils de la Generalitat, concretament a l'estació de Pàdua. El sospitós va entrar a aquesta estació per l'accés del costat Besòs del mateix carrer Balmes. La seva imatge apareixia ja al vestíbul de l'estació durant els minuts que esperava l'arribada del comboi. L'home va agafar el tren en direcció a plaça de Catalunya.

Entre els documents que es van incloure com a proves de càrrec en l'atestat i que va presentar la policia al Jutjat hi figurava un estudi d'ADN obtingut a partir dels cabells i les restes de pell trobades en el primer cadàver. L'assassí també va deixar empremtes en el vas d'un bar on es va realitzar una consumició dies després de matar la primera dona, ja que en aquell moment també estava en la llista de sospitosos. Es van aportar també com a prova les empremtes palmar de l'acusat existents en la bossa de plàstic que tapava el segon cadàver, la dactilar parcial en una targeta de crèdit robada i les dues trepitjades detectades en un bassal de sang i en l'abric de la segona víctima. La prova d'ADN va ser una de les diligències que la titular del Jutjat d'Instrucció número 15 de Barcelona va ordenar practicar. Per altra banda, la cigarreta que va aparèixer al costat del cadàver de Maria Àngels Ribot Beltrán, la primera víctima, se la va fumar l'assassí del doble crim, segons va concloure l'anàlisi efectuat pels experts de la policia.

6.7.3. Vídeos gravats pels mitjans de comunicació social

Tampoc es presenta complex el supòsit en el que el material videogràfic que s'aporta al procés i que apareixen imatges sobre fets delictius ha sigut obtingut pels mitjans de comunicació social en les seves funcions de recollida de dades amb la finalitat d'informar. En aquest cas, l'obtenció del material videogràfic estarà subjecte a les limitacions generals de la funció periodística i a la tasca d'informació.

6.7.4. Vídeos gravats pels particulars

La Sentència del Tribunal Suprem núm. 968/1998, de 17 de juliol (RJ 1998/5843) admet la filmació efectuada per un particular amb caràcter privat o en el desenvolupament de tasques informatives, de forma que quedi garantida la seva integritat i autenticitat i que sigui ocasional. En aquest sentit, s'entén com a "ocasional" aquella activitat que no estant preordenada a la prevenció o investigació de fets delictius, aquests poden evidenciar-se de forma casual.

Per altra banda, la Sentència del Tribunal Suprem núm. 977/1999, de 17 de juny (RJ 1999/5653) assenyala que no hi ha vulneració de la intimitat quan el que realitza la gravació en vídeo és el destinatari dels actes i les manifestacions gravades. Aquesta sentència tracta de la gravació realitzada per un menor dels fets que va ser víctima. Concretament, l'acusat amb el pretext de preparar un examen de llatí va citar al seu alumne a l'aula d'audiovisuals del Centre escolar i li va projectar una pel·lícula de contingut "pornogràfic". Posteriorment, li va mostrar els seus òrgans genitals. El que va gravar el menor va ser el que va exhibir i va dir l'acusat, és a dir, el què va veure amb els seus ulls i el què va sentir amb les seves oïdes. No existeix impediment legal perquè es pugui transferir aquestes percepcions a un instrument mecànic de gravació d'imatges que complementi i prengui en constància el què l'acusat va dir i exhibir. Aquesta gravació ve a corroborar les declaracions que el menor va realitzar davant la policia i posteriorment en el procés criminal.

6.8. APORTACIÓ DEL MATERIAL VIDEOGRÀFIC AL PROCÉS

6.8.1. Forma en què s'aporta el material al procés

Tal i com ja havíem comentat anteriorment, l'originalitat d'una cinta és un requisit exigít pel Tribunal Suprem en diverses sentències¹⁸⁹, tot i que el concepte d'"*originalitat*" actualment no sembla ser suficientment explícit. La *praxi* consisteix en admetre com a veraç tota cinta presentada davant l'Autoritat Judicial que ofereixi garanties i, per altra banda, que cap de les parts dubti de la seva originalitat. Per això, cada vegada és més freqüent el recurs a l'informe tècnic perquè corroborei la seva autenticitat. L'originalitat d'una cinta exigeix un

¹⁸⁹ Hi ha una sòlida doctrina del Tribunal Suprem en ordre a les gravacions realitzades a través de les cintes de vídeo. Entre elles, cal destacar les Sentències núms. 173/1996, de 27 de febrer (RJ 1996/1394) ; 353/1996, de 19 d'abril (RJ 1996/2886) ; 937/1998, de 7 de juliol (RJ 1998/5830) ; 223/1998, de 3 de setembre (RJ 1998/6281) ; 828/1999, de 19 de maig (RJ 1999/3828) ; 1039/1999, de 22 de juny (RJ 1999/5825) ; 1285/1999, de 15 de setembre (RJ 1999/7039). Aquestes sentències coincideixen en assenyalar que el trucatge, la manipulació o la distorsió de les cintes de vídeo gravades s'evitarà, no només per mitjà de la tècnica més depurada, sinó també si la prova es practica a través del que les parts hagin sol·licitat, en el judici oral, sota els principis de publicitat i immediació, fins i tot amb la visualització de les mateixes i la intervenció pericial oportuna en els casos que sigui necessari. Qualsevol mitjà, en tant que en el procés penal no regeix el sistema de prova taxada, serà vàlid si es respecten els drets de les parts i és útil per a la investigació criminal, la identificació i el reconeixement de les persones presumptament culpables.

pronunciament tècnic i només un informe pericial pot certificar amb les degudes garanties aquesta qüestió¹⁹⁰.

Els funcionaris de policia que hagin verificat les grabacions han de fer entrega immediata de l'atestat al jutge d'Instrucció i aportar les cintes originals en la seva integritat, sense que es seleccionin les imatges, de forma que s'entreguin directament còpies de les cintes o descripcions que es desprèn d'elles. Una altra qüestió diferent és que la policia, en les seves funcions d'investigació policial, procedeixi al visionat i selecció del que li pugui interessar, fonamentalment pel procediment d'identificació dels autors del delicte. Ara bé, el Jutge d'Instrucció ha poder tenir la possibilitat de disposar de tot el material videogràfic en les seves tasques d'investigació judicial, fonamentalment als efectes de permetre a les parts el dret de contradicció des de la pròpia fase d'instrucció del procés, sobretot per garantir una eficaç defensa en el futur plenari.

La incorporació de la filmació videogràfica a les actuacions haurà d'efectuar-se a la fase d'instrucció i tindrà la consideració d'una peça de

¹⁹⁰ KOENING BRUCE, E. "Authentification of Forensic Audio Recordings". *Journal Audio Engineering Society*, 1990. La Societat d'Ingenieria Acústica Americana ha definit el concepte d'"originalitat" com aquella gravació que procedeix exclusivament del dispositiu gravador que va captar la senyal en ella continguda, des del mateix instant en la qual aquesta es va produir. Tot això resulta clau per discernir entre allò que pot resultar una manipulació fraudulenta i un succés fortuït. Per altra banda, s'ha definit la "gravació no manipulada" com aquella que conté tots els events succeïts durant el temps que es va efectuar la gravació, en l'ordre cronològic en el qual es van produir. En definitiva, es tracta d'una gravació lliure d'artificis, alteracions, supressions o correccions.

convicció. Haurà d'efectuar-se amb intervenció del secretari judicial i resulta convenient la descripció de les imatges captades amb la finalitat de comprobar la seva correspondència amb els termes de l'atestat policial i acreditar, posteriorment, la integritat del material aportat a les sessions del judici oral. A diferència d'aquesta descripció, en el cas de les gravacions magnetofòniques s'efectua una transcripció.

Una vegada aportat el vídeo regularment al procés en la fase sumarial, el tràmit ordinari és que es proposi com a mitjà de prova a practicar a les sessions del judici oral, sota els principis de contradicció, igualtat, immediació i publicitat, essent la visió del contingut de la filmació per part del jutge o tribunal que enjudicia els fets una exigència per la validesa de la prova. El procediment probatori que preveu la Llei d'enjudiciament civil es distingeix en funció de si es tracta de la reproducció davant del tribunal d'imatges i de sons o, en canvi, instruments d'arxiu, coneixement o reproducció de paraules, dades, xifres i operacions matemàtiques.

a) Reproducció davant el tribunal d'imatges i de sons.

Les parts podran proposar, com a mitjà de prova, la reproducció davant el tribunal de les paraules, imatges i sons captats a través dels instruments de filmació, gravació i altres semblants¹⁹¹ (mitjans audiovisuals en general, com són les cintes magnetofòniques, videogràfiques, discogràfiques, cinematogràfiques, etc) (art. 382.1 Llei d'enjudiciament civil).

¹⁹¹ Veure ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G. *La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos a archivar y conocer datos*. Madrid: La Ley, 2000.

A aquesta proposició, les parts hi poden acompanyar (és discrecional) :

1. La transcripció escrita de les paraules contingudes en el suport que es tracti i que resultin rellevants pel cas.
2. Els dictàmens i mitjans de prova instrumentals que considerin convenients.

També les altres parts podran aportar dictàmens i mitjans de prova quan qüestionin l'autenticitat i exactitud d'allò reproduït (art. 382.2 Llei d'enjudiciament civil). La documentació de l'acte de la pràctica de prova es recull a l'article 383.1 de la Llei d'enjudiciament civil. La norma pressuposa, encara que no ho extableixi explícitament, que en l'acte del judici ha de procedir-se a veure la reproducció de la imatge i a escoltar la reproducció del so.

- b) Instruments que permeten arxivar, conèixer o reproduir dades rellevants pel procés, com són els mitjans informàtics, suports electrònics, telemàtica (art. 384 Llei d'enjudiciament civil).

Sanchís Crespo¹⁹² apunta que en el primer supòsit hi haurien els supòsits físics del so i la imatge, mentre que en el segon supòsit hi haurien els suports informàtics. No obstant això, no s'ha d'oblidar que aquests últims poden ser igualment suports físics de la imatge i el so, mentre que les paraules, dades, xifres o operacions matemàtiques poden reproduir-se també utilitzant una pel·lícula de cinema, vídeo o una cinta magnetofònica. El cert és que es

¹⁹² DÍAZ FUENTES, A. *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Tratamiento y práctica*. Barcelona: Bosch, 2002.

constata la consagració processal d'aquests mitjans, ja que s'autoritzen als articles 382 i 384 de la Llei d'enjudiciament civil a l'hora de proposar-los com a proves. Així doncs, les parts poden aportar al procés i demanar que siguin admesos com a mitjans de prova els instruments anteriorment citats (art. 384 Llei d'enjudiciament civil). Aquests seran examinats pel Jutge amb els mitjans que la part proponent porti o que el jutjat disposi utilitzar, de forma que les demés parts del procés puguin al·legar i proposar allò que els convingui en el seu dret.

6.8.2. Moment d'aportació de les cintes al procés

Pel que fa al moment de l'aportació de les cintes al procés han de tenir-se en compte els articles 284, 294 i 295 de la Llei d'enjudiciament criminal. D'acord amb l'article 284 d'aquesta Llei, els funcionaris de la policia judicial hauran de comunicar immediatament a l'autoritat judicial o al Ministeri Fiscal el delictes públic que tinguessin coneixement. Si per determinades circumstàncies no pugués redactar-se l'atestat amb immediatesa, substituiran aquest tràmit per una relació verbal circumstanciada (art. 294 Llei d'enjudiciament criminal) en el termini màxim de 24 hores (art. 295 Llei d'enjudiciament criminal). En conseqüència, és voluntat de la llei que la policia posi a disposició del jutge d'Instrucció, a la major brevetat possible, les diligències que practiqui. Per això, les cintes de vídeo hauran de posar-se també immediatament a la seva disposició per l'oportú control judicial, sens perjudici que la investigació continuï sota la direcció del jutge Instructor. El que resulta improcedent és que les cintes originals, en la seva integritat, no es presentin en la fase sumarial i siguin

després aportades com a prova en el propi acte del judici oral (art. 793 Llei d'enjudiciament criminal) pel Ministeri Fiscal, ja que d'aquesta forma s'impediria a la defensa la possibilitat de conèixer el material videogràfic per una eficaç contradicció en el plenari i la seva eventual admissió produiria una evident indefensió.

La Sentència del Tribunal Suprem núm. 315/1995, de 28 de febrer (RJ 1995/1435) va declarar que s'havien infringit els drets de defensa i de tutela judicial efectiva per part del Tribunal d'instància, al estimar com a prova suficient per dictar una sentència condemnatòria la utilització d'una cinta de vídeo com a prova de càrrec que no s'havia proposat com a tal prova ni s'havia verificat el seu visionat en el plenari sota els principis de contradicció, publicitat i immediació, no podia tenir-se en compte.

Recordem que l'article 7 de la Llei orgànica 4/1997, de 4 d'agost, per la qual es regula la utilització de videocàmeres per les forces i cossos de seguretat en llocs públics, estableix que quan les gravacions que s'han obtingut captin fets que poguessin ser constitutius d'il·lícits penals, aquestes es posaran a disposició de l'autoritat judicial en el termini màxim de setanta-dues hores des de la seva captació. Si en aquest temps no fos possible redactar el corresponent atestat, els fets es descriuran verbalment a l'autoritat judicial o al Ministeri Fiscal i posteriorment se'ls entregarà la gravació en el termini ineludible de setanta-dues hores des de la seva realització. Per contra, si les gravacions capten fets que podrien ser constitutius d'infraccions administratives relacionades amb la seguretat ciutadana, es remetran d'immediat a l'òrgan competent per l'inici de l'oportú procediment sancionador.

Analitzem a continuació una sèrie de principis fonamentals a tenir en compte i que adquireixen una especial rellevància en el procediment probatori de cadascun dels mitjans de prova :

a) Unitat de l'acte.- La Llei d'enjudiciament civil pretén que tots els mitjans de prova es practiquin en el judici amb subjecció al principi d'unitat d'acte (art. 290). Aquest fet és conseqüència que s'ha introduït un fort component d'oralitat, malgrat admetre l'existència d'algunes excepcions :

1. Proves practicades en un moment diferent al del judici. Els articles 290 i 429.4 de la Llei d'enjudiciament civil admeten aquesta possibilitat i disposen que la pràctica d'aquestes es realitzi abans del judici.
2. Proves practicades en lloc diferent de la seu del tribunal. En aquest cas poden donar-se dues opcions :
 - a) Que la prova la practiqui el mateix jutge fora de la seu (en el sentit de local), però dins de la seva circumscripció.
 - b) Que la prova es practiqui fora de la circumscripció del tribunal i hagi d'acudir-se a l'auxili judicial.

b) Immediació.- El jutge que dicta la sentència ha d'haver practicat les proves. Per tant, no es tracta que determinats actes exigeixin la presència judicial, sinó que els actes de prova han de ser realitzats pel mateix tribunal que ha de dictar la sentència, almenys amb caràcter general.

- c) **Contradicció.**- Totes les proves es practiquen amb la plena intervenció de les parts que han de ser citades. No obstant això, la Llei admet que en algun cas no hi sigui present la part o el seu advocat en la pràctica d'un mitjà de prova, però això és excepcional. La falta de citació de la part per la pràctica d'un mitjà de prova ha de suposar una nul.litat per indefensió, sens perjudici que després assisteixin o no les parts i els seus defensors.
- b) **Publicitat.**- La regla general, atenent allò que disposa l'article 120.1 de la Constitució espanyola, és que totes les diligències de prova es practiquin en audiència pública, és a dir, amb total publicitat (art. 138 Llei d'enjudiciament civil), encara que s'admet excepcionalment la possibilitat de la pràctica a porta tancada, fet el qual exigeix audiència de les parts i interlocutòria.
- c) **Ordre de la pràctica.**- L'article 300 de la Llei d'enjudiciament civil estableix un ordre a través del qual s'ha de procedir a la pràctica dels mitjans de prova, tot i que permet la seva alteració d'ofici o a instància de part.
- d) **Documentació.**- La pràctica de la prova en l'acte únic del judici suposa un intent de predomini de l'oralitat, fet el qual porta necessàriament a la documentació de l'acte. Aquesta documentació es realitzarà per mitjà d'acta, però les actuacions orals en vistes han de registrar-se en suport apte per a la gravació i reproducció del so i de la imatge, sota la fe del secretari (art. 147 Llei d'enjudiciament civil).

6.9. VALORACIÓ PROBATÒRIA DEL MATERIAL VIDEOGRÀFIC

6.9.1. Introducció

Una de les qüestions que es discuteixen en l'actualitat consisteix en si el material videogràfic aportat en un procés judicial pot fonamentar una sentència condemnatòria. La Sentència del Tribunal Suprem de 17 d'abril de 1989 (RJ 1989/3364), considera que *“la reproducción de la voz y aun de la imagen por medios mecánicos carece de perseguidad probatoria, al ser dato de común experiencia de las habituales y cada día más perfeccionadas técnicas de mixtificación, tanto a partir de sustitución espúria (imitación, caracterización), como de intercambio de palabras o imágenes para lograr un conjunto diferente al real (montaje). Como tal su esencia probatoria es, no la de un medio probatorio propiamente dicho, sino la de, siéndolo como se dirá, de un medio probatorio que carece de eficacia por si mismo. En definitiva, lo que es común a cualquier clase de documento, pues las cintas reproductivas, lo son en el doble sentido de tratarse de instrumentos muebles y reproducir, más o menos fidedignamente, algo. En todo supuesto documental es necesario un plus de credibilidad, que en el documento escrito público viene dado por la autoridad de la fe pública ; en el privado por el reconocimiento de los intervinientes y subsidiariamente por la adveración pericial de la suscripción y que, en los supuestos de reproducción mecánica, puede operar en dos direcciones distintas : a) Como objeto de prueba en cuanto pericialmente se estime que la imagen o la voz corresponden de modo efectivo a la persona. b) Como tal documento, cuando su reproducción de un hecho pasado (...) sea averada por distintos medios probatorios, cual el testifica”*.

La Sentència del Tribunal Suprem núm. 2620/1993, de 14 de gener (RJ 1994/12) conceptua la prova de vídeo com un mitjà d'identificació que pot realitzar directament el propi Tribunal. En conseqüència, si en el judici és possible una identificació dels acusats amb totes les garanties, el vídeo, que no fa més que perpetuar el què una persona va percebre amb la seva vista ha de ser estimat com a prova vàlida. També és important destacar la Sentència del Tribunal Suprem de 6 de maig de 1993 (RJ 1993/3854) que atorga plena eficàcia probatòria a les imatges obtingudes en la persecució d'un delictes contra la salut pública, sempre i quan siguin reproduïdes en les sessions del judici oral¹⁹³.

En aquest sentit, la Sentència del Tribunal Suprem núm. 702/1994, de 7 de febrer (RJ 1994/702), exposa en les seves consideracions jurídiques que no és suficient la mera visualització d'un delictes contra la salut pública si la substància no es va analitzar per determinar la seva naturalesa i puresa. Segons el Tribunal Suprem, el complement de la captació videogràfica, si és possible, és la ocupació dels instruments o efectes del delictes. Aquesta tesi es reafirma quan estableix que *"(...) el vídeo no es más que la fijación de imágenes percibidas por alguien. La única forma que conoce nuestro Derecho Procesal de acreditar las percepciones sensoriales de una persona en el proceso es su declaración testifical prestada bajo las formalidades previstas en la Ley. Ello es consecuencia de dos principios constitucionales de carácter esencial del proceso penal: el principio de inmediación (que requiere a su vez una percepción directa de la prueba por el Tribunal) y el de oralidad (que exige que*

¹⁹³ La Sentència del Tribunal Suprem núm. 1049/1994, de 21 de maig (RJ 1994/3943) cita a les Sentències núms. 787/1994, de 18 d'abril (RJ 1994/3340), 1713/1993, de 9 de juliol (RJ 1993/6063) i de 3 de març de 1990 (RJ 1990/2381).

los testigos y peritos se manifiesten oralmente ante los jueces (Sentencias del Tribunal Constitucional núms. 41/1991 (Sala Segona), de 25 de febrer (RTC 1991/41) i 118/1991 (Sala Primera), de 23 de maig (RTC 1991/118))". El Tribunal Suprem afegeix en relació amb aquest punt que "Lo dicho no significa que una cinta filmada no se pueda convertir en documento. Pero, dado su carácter de mero soporte de la percepción visual de un testigo, sólo podrá serlo en los casos excepcionales en los que las declaraciones anteriores al juicio de una persona, cuya identidad surja del documento, sea susceptible de ser reproducida en el mismo como prueba documental" (FJ Único paràgraf a)).

La Sentència del Tribunal Suprem núm. 226/1994, d'11 de febrer (RJ 1994/688) realitza diverses consideracions que vénen a ratificar allò exposat fins ara i que es poden sintetitzar en els següents punts :

1. El material fotogràfic i videogràfic obtingut sense vulneració dels drets fonamentals té un innegable valor probatori de caràcter documental sempre que sigui reproduït en les sessions del judici oral, d'acord amb els principis de publicitat, concentració i immediació i molt especialment, de contradicció i defensa.
2. La diligència d'identificació dels acusats, practicada pels que realitzen el reconeixement identificatiu, no deixa de ser una mera declaració testifical, mentre que la diligència del Secretari és una diligència processal.
3. Aquestes declaracions testificals i els mitjans de prova estan sotmeses a la lliure apreciació i valoració del jutjador.

Posteriorment, la Sentència del Tribunal Suprem núm. 353/1996, de 19 d'abril (RJ 1996/2886) va posicionar-se novament amb diverses consideracions que la jurisprudència havia fet fins alleshores:

1. Correspon als jutges determinar la legitimitat d'un mitjà de tanta actualitat. El trucatge, la manipulació o la distorsió de les cintes de vídeo gravades s'evitarà, no només per mitjà de la tècnica més depurada, sinó també si la prova es practica a través del que les parts han sol·licitat en el judici oral amb publicitat i immediació, fins i tot amb la visualització d'aquestes i la intervenció pericial oportuna en els casos que sigui necessari perquè així ho hagi demanat i hagi sigut admès pel Tribunal.
2. La validesa de la prova practicada amb la filmació o gravació de cintes de vídeo suposa que no es vulnerin drets essencials tals com la intimitat o la dignitat de la persona o persones afectades per la filmació duta a terme i serà necessària una autorització judicial prèvia en els casos que aquesta sigui necessària.
3. És vàlida i correcta la captació, en general, de les imatges de persones sospitoses recollides a la via pública, de forma velada o subreptícia, en els moments en els quals es suposa fonamentalment que s'està cometent un fet delictiu, ja que cap dret queda vulnerat en aquests casos.
4. La filmació, si es vol que respecti els valors de la persona humana recollits a la Constitució, es pot realitzar en espais, llocs o locals lliures i públics, així com en establiments oficials, bancaris o empresarials. No es pot realitzar en domicilis, llocs privats o considerats com a tals, com per exemple els reservats als lavabos públics, excepte que hi hagi autorització judicial.

5. La distinció entre allò permès i prohibit ha d'obtenir-se en base al que estableix la Constitució i molt especialment la Llei orgànica 1/1982, de 5 de maig, sobre protecció civil del dret a l'honor, la intimitat personal i familiar i la pròpia imatge.

Després d'aquestes afirmacions, la sentència que analitzem arriba a la conclusió que la filmació no va produir cap vulneració als drets dels recurrents, ja que es va realitzar en un espai lliure i públic, concretament des del carrer, on es va captar la presència de les persones que anaven al domicili que sospitosament s'estava investigant com a centre subministrador de droga en petites dosis.

6.9.2. Les diligències sumarians i l'eficàcia probatòria

Les diligències sumarians no els manca eficàcia probatòria perquè poden tenir aquest valor quan es compleix el requisit de la seva reproducció en el judici oral en condicions que permetin sotmetre-la a contradicció¹⁹⁴. Aquestes són actes d'investigació encaminades a l'esbrinament del delicte i a la identificació del delinqüent. No són prova de càrrec, ja que la seva finalitat específica no és la fixació definitiva d'uns fets, sinó la de preparar el judici oral. En aquest sentit, les diligències sumarians només són eficaces quan sota els principis d'oralitat, publicitat, immediació i contradicció arribin al judici oral, o en casos

¹⁹⁴ Sentència del Tribunal Constitucional núm. 22/1988, de 18 de febrer (RTC 1988/22).

imprescindibles es ratifiquin encara que fos per la fórmula de l'article 730 de la Llei d'enjudiciament criminal.

Si bé únicament poden considerar-se autèntiques proves que vinculin als òrgans de la justícia penal les practicades en el judici oral, aquesta regla no pot ser entesa en un sentit tant radical que condueixi a negar tota eficàcia probatòria a les diligències policials o sumarians practicades amb les formalitats de la Constitució espanyola i l'ordenament processal, ja que aquestes han de ser reproduïdes en el judici oral en les condicions que permetin a la defensa de l'acusat sotmetre-les a contradicció¹⁹⁵.

6.9.3. Garanties de la prova

La prova vàlida i efectiva ha d'estar envoltada de les garanties que proporciona la publicitat, la immediació i la contradicció de les sessions del judici oral, però això no impedeix que algunes actuacions de la fase prèvia d'investigació es consolidin com a instruments probatoris si es sotmeten al contrast necessari que es deriva de la seva reproducció pública i oral¹⁹⁶. Quan es produeix una diferència entre testimonis probatoris sumarians i els

¹⁹⁵ Sentències del Tribunal Constitucional núms. 80/1991, de 15 d'abril (RTC 1991/80) i 248/1996, de 13 de març (RJ 1996/1946).

¹⁹⁶ ALONSO PÉREZ, F. "Filmaciones videográficas". A: *Medios de investigación en el proceso penal: legislación, comentarios, jurisprudencia, formularios*. 2a edició. Madrid: Dykinson, 2003.

manifestats davant el Tribunal sentenciador es pot sotmetre a contrast el seu contingut i depurar les discordances per obtenir de forma directa una conclusió vàlida sobre la veracitat d'unes i altres. El Tribunal sentenciador no pot capritxosament optar pel material probatori existent en el sumari, sinó que ha d'explicar i argumentar les raons que l'han dut a considerar verosímil i fiable. Només amb aquestes cauteles es pot donar pas a proves obtingudes en la fase d'investigació, al marge de la publicitat i fora de la presència dels òrgans que jutgen.

Tal i com estableix la Interlocutòria del Tribunal Suprem, de 18 de juny de 1992 (RJ 1992/6102), un dels pressupòsits fonamentals del nostre Estat de Dret, democràtic i social establert a la Constitució és el del respecte a la dignitat i intimitat de la persona humana. Per això, existeix o ha d'existir una proporcionalitat entre el reconeixement de la plenitud d'aquests drets i les intromissions a la vida privada de la persona que, en principi, són il·legítimes. A vegades aquestes intromissions poden ser conformes a Dret, però han de tenir una inequívoca legitimitat d'origen, de desenvolupament i de presència efectiva i real en el judici oral. Les excepcions al principi de proporcionalitat han de tenir una causa directa i immediata a la Constitució i han de venir establertes a la Llei. Han de dur-se a terme a través del Jutge i han de respondre a dues exigències aparentment formals. En primer lloc, una motivació de la mesura i en segon lloc, l'existència de proporcionalitat entre la mesura i la seva finalitat, fet que suposa graduar la naturalesa del delictes i la seva gravetat.

El Tribunal Suprem estableix que l'Estat de Dret es caracteritza precisament perquè totes les relacions amb relleu jurídic s'han d'ajustar ineludiblement al principi de legalitat. El procés penal es constitueix com l'instrument indispensable per a la realització de la justícia penal per via de la

legalitat. En un procediment d'aquesta naturalesa, el ciutadà està sotmès o pot estar-ho a restriccions de diversa índole com la privació de llibertat, les ingerències en la seva vida privada, etc. El paper del Dret radica en què aquestes restriccions, sens dubte necessàries en determinades ocasions, responguin sempre inexcusablement als principis de proporcionalitat, seguretat jurídica, etc.

Per altra banda, la Sentència del Tribunal Suprem núm. 913/1996, de 25 de novembre (RJ 1996/8000) estableix que "(...) *la captación de imágenes mediante fotografías no precisa autorización judicial ni vulnera derecho alguno, salvo que constituya violación de domicilio. Ya la Sentencia de 6 de mayo 1993 (RJ 1993/3854) es esclarecedora en la advertencia de que en el desarrollo de las funciones de investigación se pueden realizar labores de vigilancia u observación de lugares o personas que pudieran estar relacionadas con el hecho que es objeto de la investigación. No estando descartados los sistemas mecánicos de grabación de imágenes captando las de personas sospechosas en los momentos en que se supone, fundadamente, que están cometiendo un hecho delictivo, debiendo realizarse su utilización dentro de los márgenes marcados por el respeto a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio. La Sentencia núm. 760/1994 (Sala Penal), de 6 de abril (RJ 1994/2889) corrobora la legitimidad de la prueba consistente en una filmación videográfica si la misma no ha vulnerado algún derecho, es decir, si con ella no se ha violado la intimidad o la dignidad de la persona afectada por la filmación. En el supuesto que se contempla no puede desconocerse la existencia de un interés público justificante de la iniciativa policial. Es el propio Tribunal Constitucional el que estima admisible la captación de la imagen del sujeto cuando la misma conducta de aquél o las circunstancias en que se encuentre inmerso justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el*

público que pudieran colisionar con aquél. En cualquier caso ha de dejarse constancia de que, fuera del reportaje videográfico, existen pruebas de cargo suficientes para fundar la condena a que llega el Tribunal, no siendo aquélla la determinante de su pronunciamiento (FJ 1)”.

És important destacar que la Sentència del Tribunal Constitucional núm. 205/1998, de 26 d'octubre (RTC 1998/205), puntualitza que “*el derecho a utilizar los medios de prueba no faculta para exigir la admisión judicial de todas las pruebas que puedan proponer las partes, sino que atribuye sólo el derecho a la recepción y práctica de las que sean pertinentes, correspondiendo a los Jueces y Tribunales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas (entre otras, la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 168/1991 (Sala Penal), de 21 de gener (RTC 1991/168) ; y que sólo podría tener relevancia constitucional, por causar indefensión, la denegación de pruebas relevantes sin motivación alguna o mediante una interpretación y aplicación de la legalidad carente de razón. En concreto, por lo que se refiere a la falta de práctica de una prueba previamente admitida, tiene declarado este Tribunal que la mera ausencia de la práctica de una prueba admitida como pertinente no supone por sí misma la infracción del art. 24.2 de la Constitución española, pues la no práctica equivale objetivamente a una inadmisión y sólo es posible apreciar la infracción cuando la omisión de la ejecución de una prueba, declarada pertinente y admitida, produzca indefensión y sea imputable al órgano judicial (Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 357/1993 (Sala Segona), de 29 de novembre (RTC 1993/357))”.*

7. LA PROVA VIDEOGRÀFICA EN EL PROCEDIMENT ADMINISTRATIU¹⁹⁷

7.1. LA PROVA EN EL PROCEDIMENT ADMINISTRATIU I LA SEVA DEPENDÈNCIA O AUTONOMIA RESPECTE DE LA PROVA PROCESSAL

Segons Barrero Rodríguez¹⁹⁸ és important destacar que les normes sobre la prova en el procés civil no són suficientment vàlides pel procediment administratiu. L'extrapolació del règim processal de la prova al procediment administratiu presenta més fallides del que sembla, fins al punt que resulta altament aconsellable postular l'autonomia d'un règim probatori del Dret Administratiu. Segons aquest autor, el procediment administratiu es caracteritza per una sèrie d'elements autòctons nascuts històricament al marge del Dret Processal Civil i, per altra banda, la gran diversitat dels procediments administratius que existeixen precisen d'una varietat de solucions que no s'avenen amb un règim rígid i taxat com el que regeix en el si dels procediments judicials. L'esforç per dotar al procediment administratiu d'una regulació sobre la prova ha estat absent per part del legislador, el qual ha acomodat la manca de regulació de normes procedimentals administratives a la simple remissió a allò que regula la Llei d'enjudiciament civil.

En el procés civil cada part ha d'administrar els seus mitjans probatoris amb l'estratègia pròpia d'un combat del qual en depèn l'èxit o el fracàs del litigi. La seva conseqüència immediata és la possible artificialitat de la resolució

¹⁹⁷ Tota la jurisprudència del Tribunal Suprem que es cita en aquest capítol correspon a la sala contenciós administrativa d'aquest Tribunal, excepte que s'indiqui el contrari.

¹⁹⁸ BARRERO RODRÍGUEZ, C. *La prueba en el procedimiento administrativo*. Navarra: Aranzadi, 2001.

judicial, possiblement ajustada a Dret formalment però probablement ajustada a allò que les parts hagin sigut capaces de provar. En canvi, en el procediment administratiu es tracta de constituir correctament el pressupòsit de fet d'una decisió administrativa que no satisfà l'interès propi, almenys d'una de les parts - l'Administració-, sinó el principi de legalitat i satisfer l'interès general. Per això, l'aportació de proves ha d'entendre's com un procés de reconstrucció purament objectiva dels fets determinants de la decisió.

7.2. L'OBJECTE DE LA PROVA

7.2.1. Qüestions bàsiques

La regulació de la prova en el procediment administratiu ha de partir del què estableix l'article 80.1 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, modificada per la Llei 4/1999. L'esmentat article estableix que "*Los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho*"¹⁹⁹. Segons Barrero Rodríguez²⁰⁰ hem d'entendre que "*los hechos relevantes*" als quals es refereix

¹⁹⁹ La jurisprudència dictada en aplicació d'aquest precepte (Sentències de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Suprem, de 28 de gener de 1983 (RJ 1983/6017); i 28 de juny de 1986 (RJ 1986/3632)) insisteix en destacar que l'objecte de la prova en el procediment administratiu ve constituït pels fets.

²⁰⁰ BARRERO RODRÍGUEZ, C. *La prueba en el procedimiento administrativo*. Navarra: Aranzadi, 2001.

aquest article són tots els que confirmen el pressupòsit de fet de la corresponent resolució i ha de reconèixer que aquesta tasca d'acreditació resultarà més o menys intensa depenent de les pròpies característiques dels fets. Per una banda, hi haurà drets que estaran necessitats de complexos processos probatoris, mentre que per altre part altres hauran d'acreditar-se d'una forma simple i senzilla.

Per tant, aquesta Llei mostra una àmplia flexibilitat en la determinació dels mitjans de prova utilitzats en el procediment administratiu. Concretament, el seu article 45 preveu expressament que les Administracions Públiques impulsaran la utilització i aplicació de les tècniques i mitjans electrònics, informàtics i telemàtics per al desenvolupament de la seva activitat i per a l'exercici de les competències, amb les limitacions que per a la utilització d'aquests mitjans estableixen la Constitució i les Lleis.

En efecte, l'òrgan que instrueix el procediment ha de dur a terme, tal i com disposa expressament l'article 78.1 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, modificada per la Llei 4/1999, "*Los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución*", sens perjudici "*del derecho de los interesados a proponer aquellas actuaciones que requieran su intervención o constituyan trámites legal o reglamentariamente establecidos*". En definitiva, aquest article imposa a l'Administració l'obligació de realitzar una activitat probatòria per tal que les seves resolucions tinguin una realitat de fet.

En conseqüència, podem afirmar que la prova en el procediment administratiu, a diferència del que succeeix en la via processal civil i en la

contencións administrativa, no suposa només una activitat de verificació de dades al·legades per tercers aliens, sinó que també implica una funció d'acreditació dels fets per la pròpia Administració titular de la competència per resoldre.

7.2.2. Fets exclosos de la prova. En particular, els fets declarats provats en via judicial

Podria succeir que els fets objecte d'una possible infracció administrativa i que determinen l'inici del corresponent procediment sancionador hagin servit de base prèviament a una resolució penal absolutòria o a un simple arxiu de les actuacions en aquesta via. En el cas que existís una sentència penal condemnatòria, aquesta tancaria la porta a un posterior procediment administratiu, ja que constitueix la primera i més important de les manifestacions del principi constitucional "*non bis in idem*"²⁰¹.

L'article 137.2 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, modificada

²⁰¹ Aquest principi ha sigut considerat per la jurisprudència constitucional com a "*parte integrante del derecho fundamental al principio de legalidad en materia penal y sancionadora (art. 25.1 Constitució espanyola)*". Ja en la Sentència del Tribunal Constitucional núm. 2/1981, de 30 de gener (RTC 1981/2), es declarava que el principi "*non bis in idem*" suposa que no recaigui duplicitat de sancions -administrativa i penal- en els casos que s'aprecii una identitat de subjecte i fet.

per la Llei 4/1999, estableix que *“Los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que substancien”*. Aquest precepte recull una jurisprudència constitucional que no dubta, amb fonament al principi *“non bis in idem”*, en declarar la subjecció de l'Administració als fets provats en l'ordre penal. Així doncs, la prevalença²⁰² de l'ordre penal es tradueix, per altra part, en la impossibilitat que es segueixin paral·lelament el procés penal i el procediment administratiu. En conseqüència, el procés penal atrau a la seva jurisdicció, en principi, una competència excoent amb la corresponent paralització del procediment administratiu, una solució que es fonamenta en la primacia de l'ordre jurisdiccional penal respecte de l'Administració Pública.

Una situació molt diferent a la descrita es produeix en els supòsits que la sentència penal es limita a declarar que els fets no van ser provats, però sense

²⁰² Manifestacions d'aquesta prevalença les trobem a les Sentències de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Suprem de 28 d'octubre de 1991 (RJ 1991/7833); 18 de desembre de 1991 (RJ 1991/9750); 17 de novembre de 1993 (RJ 1993/8367); 19 d'abril de 1999 (RJ 1999/3507) i 17 de setembre de 1999 (RJ 1999/6751). Malgrat aquesta línia jurisprudencial majoritària hi ha un altre important corrent jurisprudencial que s'exemplifica en la Sentència del Tribunal Suprem de 18 de desembre de 1989 (RJ 1989/9469), la qual declara que *“(...) aun siendo aplicables en Derecho Administrativo Sancionador los principios generales informantes del Derecho penal, entre ellos los de legalidad, tipicidad, proporcionalidad y presunción de inocencia, según reiterada doctrina jurisprudencial, no es tan aceptable ni asumido el principio de prejudicialidad penal contenido en el artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para determinar la suspensión del procedimiento administrativo”*.

negar la possibilitat de la seva existència ; així com aquells altres en els que la causa penal incoada ha conclòs amb una interlocutòria de sobresseïment o un arxiu de les actuacions. En aquest supòsit, tal i com han assenyalat el Tribunal Constitucional²⁰³ i el Tribunal Suprem és obligat el desenvolupament en el procediment administratiu de l'activitat probatòria pròpia que consisteix en la verificació dels fets constitutius de la presumible infracció i la determinació de la participació en els dels inculpats.

7.2.3. La prova en el procediment administratiu més enllà dels fets. La prova del costum, el dret estranger i determinades normes pròpies de l'ordenament administratiu

És un tema clàssic a la doctrina processalista el tractament de la possible extensió de l'objecte de la prova en matèries alienes als fets, concretament al costum i al dret estranger. L'article 1.3 del Codi civil atorga al costum el valor de font del dret "*siempre que no sea contraria a la moral y el orden público y que resulte probada*"²⁰⁴. Per altra banda, l'article 12.6 del Codi civil disposa que "*la persona que invoque el derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la ley española*", encara que "el

²⁰³ Sentències del Tribunal Constitucional núms. 34/1983, de 6 de maig (RTC 1983/34); 36/1985, de 8 de març (RTC 1985/36); 180/1988, d'11 d'octubre (RTC 1988/180).

²⁰⁴ En la seva aplicació, la jurisprudència del Tribunal Suprem ha insistit en la necessitat de prova del costum. En aquest sentit, cal citar la Sentència del Tribunal Suprem núm. 933/1988, de 16 d'octubre (RJ 1998/7564).

juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas”.

La doctrina processalista majoritària considera que tant el costum com el dret estranger han d'entendre's equiparats als fets²⁰⁵, tot i que hi ha autors que estimen que al ser fonts de l'ordenament jurídic han de ser coneguts pel Jutge.

7.3. LA CÀRREGA DE LA PROVA. EL REPARTIMENT DE LA CÀRREGA DE LA PROVA EN ELS PROCEDIMENTS ADMINISTRATIUS

Correspon bàsicament al sol.licitant provar els fets constitutius de la seva pretensió²⁰⁶, de forma que si aquest no ho acredita ha de suportar les conseqüències de la desestimació de la seva pretensió²⁰⁷. Ara bé, no tota la càrrega probatòria recau a l'interessat, ja que l'Administració no està exempta en determinats supòsits de provar els fets.

D'aquesta forma pot diferenciar-se entre la càrrega de la prova que pesa sobre l'interessat en el procediment i la que grava a l'òrgan administratiu que

²⁰⁵ Aquesta és l'opinió sustentada per GUASP DELGADO, J. *Derecho Procesal Civil*. 5a. edició. Madrid: Civitas, 2002; PRIETO CASTRO, L. *Tratado de Derecho Procesal Civil. Proceso declarativo y proceso de ejecución*. 2a edició. Pamplona: Aranzadi, 1985.

²⁰⁶ Veure, entre altres, les Sentències del Tribunal Suprem de 2 de març de 1998 (RJ 1998/1880) i 20 d'octubre de 1999 (RJ 1999/7466).

²⁰⁷ Sentència del Tribunal Suprem de 13 de novembre de 1981 (RJ 1981/5105).

l'instrueix. El primer cas, consistiria en els supòsits en els que la part interessada promou el reconeixement o la concessió d'un dret. El segon cas, opera sempre sobre el pressupost de l'existència d'una aportació de prova pel sol.licitant, encara que sigui mínima, i que indueixi raonablement a pensar que la seva sol.licitud pot tenir fonament. Davant pretensions manifestament poc fonamentades, l'Administració no té l'obligació²⁰⁸ de desplegar l'activitat probatòria.

En procediments administratius incoats d'ofici, l'Administració haurà d'assegurar-se que en el transcurs de la instrucció es verifica adequadament el pressupòsit de fet. De no ser així, la resolució pretesa esdevindrà impossible i la finalitat amb la que es va incoar el procediment serà frustrada. Si això succeeix, seran la pròpia Administració i en definitiva l'interès públic els principals perjudicats per l'absència d'una activitat probatòria adequada. La imposició a l'Administració de la càrrega de la prova en aquests procediments deriva de l'article 78 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, modificada per la Llei 4/1999.

²⁰⁸ La Sentència del Tribunal Suprem de 8 de novembre de 1999 (RJ 1999/8484) puntualitza que *"No basta que el administrado discuta la legalidad de un acto, sin aportar dato alguno que lo justifique, para desplazar sobre la Administración la carga de probar su legalidad"*.

7.4. MOMENT PER A L'EXERCICI DE L'ACTIVITAT PROBATÒRIA

Una vegada clara la premissa bàsica que tots els fets rellevants per a la decisió d'un procediment administratiu han de quedar degudament acreditats durant la seva instrucció, és important centrar-se en la determinació del moment processal en el qual ha de provar-se.

La lectura de les normes que regulen el procediment administratiu permet constatar que la funció de verificació de fets i que es singularitza en la prova pot desenvolupar-se àmpliament al llarg de tota la tramitació procedimental. Poden realitzar-la els interessats al presentar les seves pròpies sol·licituds davant l'Administració, a l'aduir al·legacions o a l'exercir el dret d'audiència que la Llei els reconeix, de la mateixa forma que pot desplegar-la l'Administració a través de la possibilitat d'introduir informes (entre altres instruments) en el procediment administratiu.

Només en determinades ocasions com la prevista per l'article 80.1 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, modificada per la Llei 4/1999, s'obliga a què la prova es desenvolupi en un tràmit específic arbitrat a l'efecte, quan l'Administració no tingui per certs els fets al·legats pels interessats o la naturalesa del procediment ho exigeixi.

7.4.1. L'activitat probatòria desenvolupada per l'Administració

Pel que fa a l'activitat probatòria desenvolupada per l'Administració, aquesta té una àmplia llibertat i es manifesta tant en la determinació del temps en el qual pot desenvolupar-la com en la pròpia manera de dur-la a terme.

L'Administració podrà verificar l'existència de les dades necessàries per la resolució d'un procediment en el període probatori establert per la Llei, però també per mitjà d'altres tràmits, com per exemple, els informes previstos a l'article 82 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, modificada per la Llei 4/1999.

7.4.2. La prova aportada al procediment administratiu pels interessats

Els interessats en el procediment administratiu també compten, com l'Administració, amb la possibilitat d'aportar proves en moments molt diferents del procediment administratiu, com en la formulació de determinades sol·licituds, quan es formulen al·legacions, quan s'aporten documents o altres elements a judici, en període d'informació pública, o en el tràmit d'audiència de l'interessat.

7.4.2.1. El dret a formular alegacions i a aportar documents o altres elements de judici

L'article 79 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, modificada per la Llei 4/1999, confereix als administrats dos drets diferents:

- a) El d'aduir "*alegaciones en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia*".
- b) El d'aportar, en aquest mateix període temporal, "*documentos u otros elementos de juicio*".

Ambdós drets hauran de ser tinguts en compte per l'òrgan competent al redactar la proposta de resolució.

7.4.2.2. La informació pública

Tot i que no sigui el tràmit d'informació pública un dels quals cal esperar un gran protagonisme en la demostració dels fets rellevants per la resolució, no ha de negar-se-li un determinat valor, tota vegada que a través d'aquest pot contribuir-se a la comprovació de les dades que integren el pressupost de fet de la resolució administrativa.

Negar aquesta possibilitat suposaria privar el tràmit a bona part del seu propi significat que no ha de quedar circumscrita a la simple tasca d'aportació

d'idees i suggerències. És important assenyalar que el valor de la informació pública vindrà donada per la regulació legislativa que li pertoqui en el marc dels diferents procediments administratius. Només en ocasions molt concretes, i d'una forma indirecta, les normes reconeixen la possibilitat d'aportar proves en aquest tràmit, tot i quan aquesta possibilitat ha tingut suport per la pròpia jurisprudència²⁰⁹.

7.4.2.3. L'audiència a l'interessat

L'article 84 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, modificada per la Llei 4/1999 estableix que *"Instruidos los expedientes, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrán de manifiesto a los interesados o, en su caso, a sus representantes, salvo lo que afecte a las informaciones y datos a que se refiere el artículo 37.5"*. Així mateix, preveu que *"Los interesados, en un plazo no inferior a diez días ni superior a quince, podrán*

²⁰⁹ La virtualitat conferida en aquest tràmit per la pròpia jurisprudència del Tribunal Suprem depèn de les característiques de cada supòsit concret. En alguns casos, com assenyala la Sentència del Tribunal Suprem de 2 de novembre de 1999 (RJ 1999/9067), es subordina la validesa de les actuacions seguides a *"la realización de una información pública real y eficaz"*. Altres vegades es manté una postura menys radical, entenent que *"las irregularidades formales en la tramitación no determinan la nulidad del acto que pone fin a un expediente, ni siquiera su anulabilidad, salvo que se tradujera en una falta de publicidad impeditiva de la posibilidad de contradicción y de ejercitar los propios derechos"*.

alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes". Del tràmit podrà prescindir-se "cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros echos ni otras alagaciones y pruebas que las aducidas por el interesado" .

Per últim és important també constatar la importància de l'article 81 d'aquesta Llei el qual estableix que *"La Administración comunicará a los interesados, con antelación suficiente, el inicio de las actuaciones necesarias para la realización de las pruebas que hayan sido admitidas. En la notificación se consignará el lugar, fecha y hora en que se practicará la prueba, con la advertencia, en su caso, de que el interesado puede nombrar técnicos para que le asistan. En los casos en que, a petición del interesado, deban efectuarse pruebas cuya realización implique gastos que no deba soportar la Administración, ésta podrá exigir el anticipo de los mismos, a reserva de la liquidación definitiva, una vez practicada la prueba. La liquidación de los gastos se practicará uniendo los comprobantes que acrediten la realidad y cuantía de los mismos"*.

Cap garantia procedimental com la de l'audiència ha sigut tan exaltada per la doctrina i la jurisprudència. Es tracta d'un tràmit que fins i tot Tribunal Suprem²¹⁰ ha destacat la seva singular rellevància, com a tràmit essencial i necessari per la defensa de l'interessat. És important destacar que en el seu compliment, a través de la presentació per part dels interessats dels documents i justificacions que estimin pertinents, es pot procedir a l'exercici d'una autèntica activitat probatòria que va en benefici, no només del propi interessat, sinó també en garantia de l'interès públic, tota vegada que amb les aportacions que

²¹⁰ Sentència del Tribunal Suprem de 27 de març de 1984 (RJ 1984/2534).

es realitzin l'Administració pot veure confirmat el pressupòsit de fet de la seva resolució.

7.5. ELS MITJANS DE PROVA I LA SEVA VALORACIÓ

7.5.1. Àmplia flexibilitat del dret administratiu en la determinació dels mitjans de prova

L'article 80.1 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, modificada per la Llei 4/1999, estableix que *“los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho”*.

Aquesta fórmula, a judici d'autors²¹¹ destacats i de certa jurisprudència²¹², es troba en concreció en el conjunt de mitjans de prova previstos en el Codi civil i la Llei d'enjudiciament civil. En realitat, en el procediment administratiu, i

²¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. ; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ T. R. *Curso de Derecho Administrativo* II. 7a edició. Madrid: Civitas, 2000; PARADA VÁZQUEZ, J. R. *Derecho Administrativo I. Parte General*. 15a edició. Madrid: Marcial Pons, 2004; AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, A. *La Ley de Procedimiento Administrativo. Estudio de doctrina y de jurisprudencia*. Granada: Comares, 1990 o Díez SÁNCHEZ, J. J. *El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*. Madrid: Civitas, 1992.

²¹² En aquest sentit es pronuncien les Sentències del Tribunal Suprem de 12 de febrer de 1991 (RJ 1991/1254) o de 30 de juny de 1992 (RJ 1992/5199).

donats els termes d'aquest article pot utilitzar-se qualsevol mitjà de prova que no sigui contrari a dret com els previstos en el Codi civil i la Llei d'enjudiciament civil, i en general tots aquells que permetin verificar el fet objecte del procediment.

7.5.2. Els diferents sistemes de valoració de la prova en el dret processal: prova lliure i prova taxada. La valoració de la prova en el procediment administratiu

Les normes de procediment administratiu no han establert mai regles generals i expresses sobre la valoració de la prova, fet el qual suposa la consagració d'una regla de lliure apreciació per part de l'òrgan decisor. En conseqüència, en el procediment administratiu regeix el principi de la lliure valoració de la prova per part de l'òrgan decisor, amb subjecció a les regles de la sana crítica en quant a criteris de lògica i raó en l'apreciació de la prova practicada.

Amb caràcter general, cal dir que al nostre Dret li manca una regulació expressa en la matèria. En aquest sentit, ha de tenir-se en compte que el concepte de document ofert pel Dret Administratiu inclou en el seu àmbit, a diferència de la Llei d'enjudiciament civil, aquests moderns instruments de transmissió de la informació, fet el qual permet afirmar que el seu règim jurídic haurà de ser el propi de la prova documental, si bé amb certes matisacions que puguin resultar de l'específica naturalesa d'aquests mitjans.

Si aquests mitjans probatoris constitueixen autèntiques proves documentals, supòsit que no cal posar en dubte ja que així ho confirma el propi

concepte de document que acullen les normes de procediment administratiu, la seva eficàcia probatòria serà la que correspongui a la seva naturalesa, és a dir, s'aplicaran les regles pròpies dels documents públics o els privats segons els casos sempre i quan es demostrï lògicament la seva autenticitat. Davant la falta de certesa sobre l'autenticitat d'un document no podrà conferir-se-li el singular valor que el Dret estableix segons els casos. La seva eficàcia serà llavors la que l'òrgan decisor consideri convenient atorgar-li.

7.5.3. La prova a través de suports físics de la imatge i el so i suports informàtics

7.5.3.1. Consideracions prèvies

Tot i que aquests mitjans de transmissió de la informació encaixen plenament en el concepte de document que acullen les normes de procediment administratiu, és important un anàlisi singularitzat en la mesura que la pròpia naturalesa del suport utilitzat fa inviable una aplicació en aquest àmbit de les regles pròpies dels documents escrits.

7.5.3.2. La seva acollida per la Llei 1/2000, de 7 de gener, d'enjudiciament civil

La Llei 1/2000, de 7 de gener, d'enjudiciament civil es refereix expressament als instruments probatoris que consisteixen en mitjans de reproducció d'imatges, paraules i sons com a mitjans autònoms de prova. D'aquesta forma es supleix una llacuna important per una assimilació d'aquests mitjans de prova a la prova documental²¹³. Pot afirmar-se que la Llei d'enjudiciament civil realitza una consideració autònoma d'aquests mitjans de prova, com demostra el seu tractament en la secció pròpia del Capítol VI del Títol I del Llibre II, vuitena, molt separada de les que es dediquen a documents públics i privats²¹⁴. No obstant això, és en l'àmbit de la valoració on es fa

²¹³ Particularment significativa en aquesta línia ha de considerar-se la Sentència del Tribunal Suprem núm. 1067/1992, de 30 de novembre (RJ 1992/9458) que en relació amb instruments d'aquesta naturalesa afirmava que *“la falta de atención de nuestros legisladores a estos estados del progreso científico no significa que la Jurisprudencia permanezca estática y pasiva, en razón a la labor de hacer el Derecho más próximo y útil a los hombres por su adecuación a la realidad histórico-social presente y complementación del ordenamiento jurídico (art. 1.6 i 3 Codi Civil). No se da prohibición expresa de utilización de esta clase de medios probatorios y los artículos 578 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1215 del Código Civil no han de reputarse herméticamente cerrados al efecto, en cuanto aquéllos reflejan más que propiamente expresan los pensamientos humanos. En todo caso, su utilización probatoria exige siempre la necesaria y precisa adveración y certificación de autenticidad, veracidad y fidelidad que encuentra cauce procesal adecuado mediante el reconocimiento judicial, sometido a las reglas de procedimiento y valoración previstas”*.

²¹⁴ La pròpia exposició de motius de la Llei ve a confirmar l'autonomia d'aquests mitjans respecte les proves documentals a l'assenyalar que ha *“de otorgárseles una consideración análoga a la de las pruebas documentales”*.

realment present l'autonomia d'aquesta prova en relació amb la documental, tota vegada que aquesta última disposa de regles taxades de valoració. La prova, a través de moderns suports tecnològics, ha de ser apreciada “*conforme a las reglas de la sana crítica*” (art. 384 Llei d'enjudiciament civil).

La Llei d'enjudiciament civil, en el seu article 299.1, tipifica els mitjans de prova clàssics i inclou, entre altres, els documents públics i privats. Per altra banda, en l'apartat 2 d'aquest article s'hi acullen i reconeixen legalment com a mitjans de prova els moderns sistemes de reproducció de la paraula, so i la imatge, així com els instruments que permeten arxivar i conèixer o reproduir paraules, dades, xifres i operacions matemàtiques dutes a terme amb fins comptables o d'una altre classe rellevants pel procés. Segons Díaz Fuentes²¹⁵ aquesta distinció és significativa, en el sentit que aquests mitjans tècnics passen a ocupar l'apartat 2, separats de la menció dels documents públics i privats de l'apartat 1. Tot i que aquests mitjans de transmissió de la imatge encaixen en el concepte de document que acullen les normes de procediment administratiu, és necessari el seu anàlisi en la mesura que el suport utilitzat en la utilització d'aquests mitjans fa inviable una aplicació de les regles pròpies dels documents escrits, almenys amb les degudes matisacions. Els nous mitjans de prova reconeguts a la secció 8^a de la Llei d'enjudiciament civil es desdoblen en dues categories :

1. La de l'article 382, sobre reproducció de paraules, imatges i sons captats a través d'instruments de filmació, gravació i altres de semblants (mitjans audiovisuals en general, com són les cintes

²¹⁵ DÍAZ FUENTES, A. *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Tratamiento y práctica*. Barcelona: Bosch, 2002.

magnetofòniques, videogràfiques i discogràfiques amb les seves moltes varietats).

2. La de l'article 384, relativa als instruments que permeten arxivar, conèixer o reproduir dades rellevants pel procés (mitjans informàtics, suport electrònic, telemàtica).

7.5.3.3. La utilització d'aquests mitjans de prova en el procediment administratiu

7.5.3.3.1. La seva admissió. La inserció en el concepte de document

Res s'oposa a què en el procediment administratiu els fets puguin acreditar-se a través de suports de la imatge i so o suports informàtics (possibilitat avalada per l'article 80.1 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, modificada per la Llei 4/1999). En un sentit similar, l'article 45 d'aquesta Llei preveu expressament la incorporació d'aquests mitjans tècnics al desenvolupament de l'activitat administrativa. Per tant, qualsevol suport físic de la imatge o el so o qualsevol suport informàtic, necessari en relació amb el que es pretén, provar podrà ser aportat com a prova en un procediment administratiu.

La recepció per part del Dret de les modernes tecnologies de la informació obre un ampli ventall de problemes de profunda incidència en els més diversos ordres normatius. Amb caràcter general, caldria assenyalar que al nostre Dret li

manca una regulació expressa en la matèria, fet el qual indica que sembla lògic buscar en les pròpies normes de procediment administratiu les regles que hagin de regir la seva pràctica. En aquest sentit, ha de tenir-se en compte que el concepte de document ofert pel Dret Administratiu inclou en el seu àmbit, a diferència de la Llei d'enjudiciament civil, aquests moderns instruments de transmissió de la informació. En conseqüència, és possible afirmar que el seu règim jurídic haurà de ser el propi de la prova documental, si bé amb aquelles matisacions que poguessin resultar de l'específica naturalesa d'aquests mitjans.

La Sentència del Tribunal Superior de Justícia del País Basc núm. 1121/2003, de 26 de desembre, va condemnar a pagar una multa de 900 euros a una dona com a organitzadora d'una manifestació il·legal duta a terme el passat 29 de setembre de 1997 a la localitat biscaïna d'Ondarroa. En el transcurs d'aquesta marxa es van proferir crits a favor de ETA. La Sentència dóna la raó al Departament d'Interior del Govern basc i confirma la sanció imposada a L.A.A., a l'estimar que va cometre una infracció greu en matèria de seguretat ciutadana. La marxa, que no havia sigut comunicada al Govern basc, estava encapçalada per una ikurriña amb un crespó negre que portava l'acusada, entre altres persones. Els manifestants, entre 50 i 60 persones, van tallar el trànsit en el creuament de les carreteres BI-633 i BI-638 i van cridar consignes a favor de ETA.

El Tribunal Superior de Justícia del País Basc considera provats aquests fets malgrat van ser negats per l'ara condemnada, ja que la mobilització va ser gravada per una càmera i va ser identificada per l'agent que va visionar la cinta, comprovant que la persona que encapçalava la marxa era L.A.A. En aquest sentit, la Sentència recorda que la Llei orgànica 4/1997, de 4 d'agost, per la

qual es regula la utilització de videocàmeres per part de les forces i cossos de seguretat en llocs públics, preveu que aquestes gravacions permetin l'apertura d'expedients sancionadors si els fets són constitutius d'una infracció administrativa. El Tribunal Superior de Justícia del País Basc entén que amb el vídeo queda acreditat que L.A.A. va participar a la marxa.

7.5.3.3.2. La seva incorporació al procediment administratiu

Donada la pròpia estructura i regulació del procediment administratiu pot entendre's que l'interessat pot presentar un mitjà de prova d'aquesta naturalesa en diferents moments de la tramitació procedimental, com ara la seva pròpia sol·licitud, al formular alegacions o en el tràmit d'audiència, i igualment, en aplicació dels articles 80 i 81 de la pròpia Llei de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, sol·licitar de l'Administració la pràctica d'aquesta prova si és que el corresponent instrument obra en poder d'aquesta i desitja la seva aportació.

L'Administració, en exercici dels seus propis poders en la instrucció del procediment, podrà servir-se d'aquests instruments probatoris en la seva obligada tasca d'acreditació del pressupost de fet de la resolució.

7.5.3.3.3. La garantia dels principis de publicitat i contradicció

Els conflictes que pot suscitar aquest mitjà de prova es situen fonamentalment en el pla relatiu a com satisfer els principis de publicitat i contradicció consubstancials a tota prova. I és que la simple regla del seu trasllat a la part contrària, com en els documents escrits, pot ser en aquests casos insuficient si es té en compte que a vegades el propi trasllat del document serà materialment impossible. Per una banda, són instruments que no sempre admeten la seva fàcil entrega a l'altre part i que exigeixen el seu examen en el lloc que es trobin. Per altra banda, no sempre disposen del grau de fixació i perdurabilitat que confereix l'escriptura, fet el qual els fa més vulnerables a la seva possible manipulació. Finalment, ha de tenir-se en compte que en molts casos la pròpia captació i interpretació de les dades que s'aporten pot exigir determinats coneixements tècnics o especialitzats de forma que la pròpia pràctica d'aquesta prova requereix, a vegades, el desenvolupament d'una prova de reconeixement judicial o d'una pericial. De fet, la pròpia Llei d'enjudiciament civil legitima a la part que proposi aquest mitjà de prova per a l'aportació "*de los dictámenes y medios de prueba instrumentales que considere convenientes*"(art. 382.2 Llei d'enjudiciament civil).

7.5.3.3.4. Els problemes d'autenticitat d'aquestes proves

Les proves d'aquesta naturalesa i, en particular, les que tenen com a base suports informàtics poden generar, i de fet succeeix així normalment, importants dubtes relacionats amb la seguretat, amb la real i efectiva acreditació del seu contingut i molt especialment amb la seva data i autoria.

D'acord amb la normativa actual, qui impugni l'autenticitat d'un dels documents ha de demostrar-ho a través de la prova que en cada cas resulti conforme a la naturalesa del document i permeti efectivament garantir el resultat pretès. S'ha de reconèixer a l'administració pública una àmplia facultat per valorar si la prova aportada és realment fiable i pot servir, en conseqüència, per a l'acreditació dels fets pretesos.

7.5.3.3.5. La seva valoració

Les normes de procediment administratiu no contenen regles específiques per a la valoració d'aquesta prova, a diferència del què realitza la Llei d'enjudiciament civil que consagra el principi de lliure apreciació per part de l'òrgan que jutja de conformitat amb les regles de la sana crítica (art. 384.3 Llei d'enjudiciament civil). Davant aquest silenci normatiu, la resposta més simple porta a proclamar la llibertat de l'administració per la seva valoració. Ara bé, aquest principi requereix les degudes matisacions. Si aquests mitjans probatoris constitueixen autèntiques proves documentals haurà de sustentat-se que la seva eficàcia probatòria serà la que correspongui a la seva naturalesa. Aquests

documents s'han de valorar en aplicació de les regles pròpies dels documents públics o els privats, segons els casos, sempre i quan es demostrï lògicament la seva autenticitat.