

---

---

# EL VALOR PROBATORI DE L'ACTIVITAT INVESTIGADORA DE LA POLICIA JUDICIAL

---

---

JAVIER HERNÁNDEZ GARCÍA

President de l'Audiència Provincial de Tarragona

---

Segons l'autor, els aspectes i problemes que presenta el valor probatori de l'activitat investigadora de la policia judicial justificarien, per ells sols, la tan esperada reforma del procediment d'enjudiciament criminal.

Sense fer una anàlisi exhaustiva de la situació, l'autor obre unes reflexions sobre les deficiències del model probatori espanyol, el funcionament actual del qual posa en perill certes garanties constitucionals i, en conseqüència, advoca per la necessitat d'adoptar mesures correctores ràpides i eficaces.

En aquest sentit, per endreçar l'actual model planteja la reconstrucció conceptual de l'activitat probatòria del procés; la concreció i els límits de l'espai policial per obtenir proves, que analitza detalladament; i finalment, l'adequació de la transformació de les fonts de prova en prova.

*According to the author, the aspects and problems relating to the value of the evidence produced by judicial police during the investigations justify, in themselves, the long-awaited reform of criminal proceedings.*

*While the author does not make an exhaustive analysis of the situation, he does create opportunities for reflection on the shortcomings of the Spanish system of evidence provision which, as it currently works, endangers certain constitutional guarantees.*

*The author, consequently, advocates the need to adopt fast and efficient corrective measures. To rectify the current model, he suggests a complete rethink of evidence provision in legal proceedings, redefinition and redrawing of the boundaries for police authority to obtain evidence, which is analysed in detail; and finally, a change to the way sources of evidence are converted into evidence.*

---

## 1. INTRODUCCIÓ

Aquest article no pretén, ni molt menys, esgotar l'anàlisi dels innombrables aspectes i problemes que suggereix, des del punt de vista del procés i de la seva aplicació jurisdiccional, una matèria com la que serveix d'encapçalament. Crec que no exagero quan afirmo que la qüestió enunciada se situa en l'epicentre del sistema processal i que el seu desenvolupament sistemàtic i complet no podria fer-se amb rigor sense dissecar els múltiples plans que s'encarreguen dels subjectes processals, el repartiment institucional de funcions i el paper que cal atribuir, d'una banda, a la fase prèvia i preparatòria de judici i, de l'altra, al judici oral, com a espai de producció probatòria i de decisió.

Això ja apunta la concurrència d'un greu obstacle d'oportunitat. En efecte, sens perjudici de la rellevància sincrònica de la qüestió, la reforma futura, esperada i necessària del procés penal ha de comportar l'abordatge de forma directa i

sistemàtica de totes les qüestions que afecten el sistema d'adquisició processal de les evidències, els mètodes de producció probatòria d'aquestes evidències i, no per ordre d'importància, els modes de decisió dels jutges i les regles atribuïtives de valor probatori.

Tampoc no crec que m'equivoqui si afirmo que la necessitat inajornable de reforma es justifica àmpliament només atenent la irresistible situació en què ens trobem en relació amb la matèria probatòria en un sentit ampli. A parer meu, i a efectes dialèctics, no considero que l'eterna qüestió sobre la major o menor acusatorietat del model i la seva projecció pel que fa a la definició d'espais d'actuació dels diferents subjectes processals superi en importància el que concerneix, ni més ni menys, els mecanismes de què pot disposar l'Estat per pretendre atribuir responsabilitat penal a un ciutadà amb la conseqüent pèrdua de llibertat.

Els evidents traços de contingència entre model d'exercici i desenvolupament de l'acció penal, d'una banda, i model d'adquisició i producció probatòria, de l'altra, no ha d'impedir graduar les diferents conseqüències que deriven d'una regulació inadequada o insuficient d'un aspecte o de l'altre.

Si ens situem en la realitat que ens envolta, n'hi ha prou amb treure el cap pel balcó de la regulació processal per concloure que hi ha un notable dèficit de disciplina legal de la matèria probatòria. Certament, les zones d'anomia superen, de molt, les zones regulades, cosa que permet descriure la situació mitjançant el símil de la pell de lleopard a què es refereix Taruffo. Així, les taques de la pell equivaldrien a l'àrea disciplinada jurídicament, mentre que el fons equival a la part no regulada que queda sotmesa als criteris de racionalitat. El valor descriptiu de l'exemple serveix per plasmar gràficament les relacions entre el principi de la llibertat de prova —*Free Proof*— i el de la disciplina jurídica. Relacions que si bé en el sistema angloamericà han funcionat raonablement bé a l'hora de conviure, encara que amb friccions, el principi de la *Free Proof* juntament amb unes precises regles delimitadores del contingut possible del sistema d'adquisició, en els models continentals, i en particular en el nostre, ha conduït a una situació d'incertesa i irracionalitat preocupant.

En efecte, les exigències del paradigma garantista-cognitiu que deriva de la nostra Constitució obliguen a dur a terme una identificació adequada de les normes que regulen l'admissió, la formació, la validesa i les condicions d'eficàcia dels diferents mitjans de prova. Això no suposa retornar a un model de prova legal incompatible amb les exigències de racionalitat, ni excloure tot espai d'operativitat al principi de la *Free Proof*, sinó ordenar, en termes previsibles i de manera respectuosa amb els drets fonamentals, l'activitat d'adquisició probatòria de l'Estat.

L'absència d'un quadre normatiu complet i sistemàtic de regles d'exclusió —de mitjans, de mètodes o de temes de prova— que individualitzi l'abast de les clàusules constitucionals i que actuï com a guia general i coherent de l'actuació validadora dels tribunals; l'absència d'una tipificació adequada dels mitjans de prova la pràctica dels quals pot afectar drets fonamentals de primer ordre; la manca d'una regulació precisa dels pressupòsits d'adopció de mesures molt ingerents

sistemàtica de totes les qüestions que afecten el sistema d'adquisició processal de les evidències, els mètodes de producció probatòria d'aquestes evidències i, no per ordre d'importància, els modes de decisió dels jutges i les regles atribuïtives de valor probatori.

Tampoc no crec que m'equivoqui si afirmo que la necessitat inajornable de reforma es justifica àmpliament només atenent la irresistible situació en què ens trobem en relació amb la matèria probatòria en un sentit ampli. A parer meu, i a efectes dialèctics, no considero que l'eterna qüestió sobre la major o menor acusatorietat del model i la seva projecció pel que fa a la definició d'espais d'actuació dels diferents subjectes processals superi en importància el que concerneix, ni més ni menys, els mecanismes de què pot disposar l'Estat per pretendre atribuir responsabilitat penal a un ciutadà amb la conseqüent pèrdua de llibertat.

Els evidents traços de contingència entre model d'exercici i desenvolupament de l'acció penal, d'una banda, i model d'adquisició i producció probatòria, de l'altra, no ha d'impedir graduar les diferents conseqüències que deriven d'una regulació inadequada o insuficient d'un aspecte o de l'altre.

Si ens situem en la realitat que ens envolta, n'hi ha prou amb treure el cap pel balcó de la regulació processal per concloure que hi ha un notable dèficit de disciplina legal de la matèria probatòria. Certament, les zones d'anomia superen, de molt, les zones regulades, cosa que permet descriure la situació mitjançant el símil de la pell de lleopard a què es refereix Taruffo. Així, les taques de la pell equivaldrien a l'àrea disciplinada jurídicament, mentre que el fons equival a la part no regulada que queda sotmesa als criteris de racionalitat. El valor descriptiu de l'exemple serveix per plasmar gràficament les relacions entre el principi de la llibertat de prova —*Free Proof*— i el de la disciplina jurídica. Relacions que si bé en el sistema angloamericà han funcionat raonablement bé a l'hora de conuiuïre, encara que amb friccions, el principi de la *Free Proof* juntament amb unes precises regles delimitadores del contingut possible del sistema d'adquisició, en els models continentals, i en particular en el nostre, ha conduït a una situació d'incertesa i irracionalitat preocupant.

En efecte, les exigències del paradigma garantista-cognitiu que deriva de la nostra Constitució obliguen a dur a terme una identificació adequada de les normes que regulen l'admissió, la formació, la validesa i les condicions d'eficàcia dels diferents mitjans de prova. Això no suposa retornar a un model de prova legal incompatible amb les exigències de racionalitat, ni excloure tot espai d'operativitat al principi de la *Free Proof*, sinó ordenar, en termes previsibles i de manera respectuosa amb els drets fonamentals, l'activitat d'adquisició probatòria de l'Estat.

L'absència d'un quadre normatiu complet i sistemàtic de regles d'exclusió —de mitjans, de mètodes o de temes de prova— que individualitzi l'abast de les clàusules constitucionals i que actuï com a guia general i coherent de l'actuació validadora dels tribunals; l'absència d'una tipificació adequada dels mitjans de prova la pràctica dels quals pot afectar drets fonamentals de primer ordre; la manca d'una regulació precisa dels pressupòsits d'adopció de mesures molt ingerents

que normativitzi condicions indispensables de proporcionalitat,<sup>1</sup> o la manca d'una disciplina rigorosa de l'element de la contradicció en la formació dels mitjans de prova i en les condicions d'utilitzabilitat acreditativa, són factors que palesen, de manera dramàtica, una indolent actitud omissiva del legislador.

Aquest dèficit insostenible de disciplina legal ha estimulat una situació no menys preocupant de suplència judicial, amb totes les implicacions constitucionals i polítiques que això comporta, i la correlativa aparició del fenomen, com bé descriu Mantovani, de l'*ordenament jurídic ocult*. En pocs camps com el del procés penal, i en particular en el de l'activitat probatòria en un sentit ampli, s'aprecia l'augment del poder configuratiu dels jutges, amb els riscos d'incertesa que això implica.

En efecte, la tasca del Tribunal Constitucional (en endavant, TC) i, darrere seu, la dels tribunals ordinaris ha generat una multitud de regles per tal d'identificar les condicions de validesa dels mitjans de prova, tant per produir-les com per fer-ne la valoració judicial posterior. I és en aquest sector del fenomen probatori on trobem, sens dubte, un grau més elevat d'incertesa, de dispersió, d'incongruència. Taques regulatives d'origen jurisprudencial, moltes de les quals, a més, desapareixen i apareixen en funció de circumstàncies de vegades poc clares. Les oscil·lacions en la mateixa jurisprudència constitucional respecte de les condicions de validesa de la producció probatòria, al costat de la situació d'anomia a la qual ja ens hem referit, provoquen situacions vergonyoses com ara que en un tribunal provincial l'absència d'antesignatura del secretari judicial a l'entrada i escorcoll hagi estat considerada causa de nul·litat de l'evidència obtinguda; o que en un altre s'atorgui valor probatori de càrrec a la declaració del testimoni davant la policia, en condicions de contradicció nul·la; que en algunes audiències, abans de la reforma de 2003, s'admetés la legitimitat de l'extracció de sang de l'inculpat com a prova biològica i en altres es rebutgés per ser atípica; que a la mateixa Sala Segona es qualifiqui com a actuació il·lícita d'assegurament de la font de prova biològica la que duu a terme la policia judicial i, pocs mesos després, es validi i se li atorgui potencial probatori; que en algunes decisions es rebutgi el valor probatori de la declaració autoinculpatòria preprocessal i en d'altres s'admeti.

Això ens porta a una situació d'irracionalitat no governable, segons una afortunada expressió d'Amodio, en la qual la llibertat dels ciutadans pot dependre de regles desconegudes, de vigència *ad hoc*, de discutible oportunitat. La incertesa, la foscor, la baixa qualitat democràtica d'aquestes regles de configuració del model cognitiu comprometen nuclearment el seu propi desenvolupament.

Però, a més, cal plantejar-se si el model probatori tal com està configurat actualment està en condicions de resistir la tendència de funcionalització creixent, de caiguda lliure cap a un *procés penal de l'enemic*, emprant la coneguda fórmula de Jakobs. En una primera aproximació, es podria apuntar que l'absència d'un model tancat de disciplina legal afavoreix la vigència del model garantista, ja que els tribunals estan en una millor posició per protegir els valors constitucionals en

1. Límits per la gravetat del delictes. Límits temporals: recordem les dues condemnes a Espanya del Tribunal Europeu de Drets Humans (TEDH) per la baixa qualitat de les intervencions telefòniques.

què es basa. A això es podria afegir que la realitat acredita una aposta decidida pel paradigma garantista per part del TC, les decisions interpretatives del qual, per mor de l'article 5 LOPJ, vinculen la resta dels tribunals de la jurisdicció ordinària.

Ni un argument ni l'altre, a parer meu, no són convincents. No hi ha raons per considerar que la consecució dels fins constitucionals vinculi de manera diferent els tribunals que el legislador, o que la individualització de la decisió judicial permeti una garantia dels drets fonamentals en joc més apurada. D'altra banda, malgrat que cal reconèixer en la jurisprudència constitucional, sobretot en la del primer decenni, un biaix garantista, no hem d'oblidar el context en què es produeix<sup>1</sup>, en particular, la necessitat d'adaptar una regulació predemocràtica deficitària en garanties a les noves exigències constitucionals. La major part de les decisions garantistes del Tribunal són conseqüència de recursos d'empara el gravamen dels quals s'identifica amb una interpretació anticonstitucional de la legislació predemocràtica. En aquest context ideològic i funcional, sembla raonable que el Tribunal actués segons un cert entusiasme garant, estimulat pel seu indiscutible protagonisme en vista de la continuïtat regulativa del legislador democràtic.

No obstant això, recuperats de la primera llampada, si observem amb deteniment la doctrina jurisprudencial, es poden apreciar indicis de funcionalització preocupants del sistema probatori en detriment del paradigma cognitiu-garantista. En efecte, la jurisprudència que arrenca amb la STC 81/98 sobre l'efecte reflex de la prova il·lícita i l'exigència de connexió d'antijuridicitat n'és un clar exemple. Mitjançant aquesta doctrina el Tribunal amplia les condicions d'usabilitat acreditativa de les evidències derivades d'una prova obtinguda amb vulneració de drets fonamentals fins a un límit que posa en greu perill l'operativitat del mateix paradigma com a límit a l'actuació investigadora de l'Estat i pressupòsit de relativització de la veritat com a fi del procés. Però aquesta no és l'única mostra de funcionalització. Cal destacar, també, la introducció de la clàusula de bona fe en l'actuació preprocesal d'adquisició de fonts probatòries obtingudes amb vulneració de drets fonamentals, com a neutralitzadora de l'efecte de nul·litat (STC 22/2003, cas Madagán). O l'escassa protecció que es concedeix al dret a la no-autoincriminació, reconeixent eficàcia probatòria a confessions fetes en condicions de defensa més que discutibles, sense assistència lletrada prèvia, a banda de la relativització del principi de contradicció com a pressupòsit de la formació del material probatori, en reconèixer valor acreditatiu en declaracions fetes en fase policial, o les condicions laxes que s'estableixen per a l'eficàcia probatòria com a prova preconstituïda per la via, en el millor dels casos, de l'article 730 LECr, d'un bon nombre d'actuacions prèvies dutes a terme per la policia judicial. Totes aquestes en són bons exemples.

Ni la jurisprudència és un dic infranquejable contra la funcionalització de la intervenció penal ni tampoc podem estar segurs que, en tot cas, les seves decisions participin de la ideologia garantista en contraposició al legislador.

L'exemple italià, tot i les seves peculiaritats institucionals, serveix per confirmar-ho. En efecte, el TC italià,<sup>2</sup> mitjançant una invasió sense precedents de l'esfera

2. Vegeu SCCI 24, 254, 255/1992 i 361/1998.

del legislador ordinari, en afirmar que el fi primari i ineludible del procés no pot quedar al marge de la recerca de la veritat i en proclamar els principis de no-dispersió de la prova i d'utilització obliqua del silenci de l'acusat i del coimputat, va clavar un bon cop al model d'adquisició del Codi processal de 1988, de vocació genuïnament garantista. Aquest gir antigarantista va provocar la reforma constitucional mitjançant la Llei 2/1999, per la qual es va modificar l'article 111 de la Constitució i es van introduir les condicions del procés just, en particular l'exigència de contradicció en la producció plenària de la prova, mitjançant una tècnica que alguns titllen de codicista i impròpia del text constitucional, però que es justifica, precisament, per la necessitat de protegir el nucli del model d'adquisició que va inspirar el *Codice* de 1988 davant ulteriors temptacions limitadores de la Cort. Com descriu gràficament Caianiello, president emèrit del TC italià, la inversió de tendència inaugurada amb la STC 24/1992 no va ser estrambòtica ni precipitada, sinó que va fer constatar que el nou Codi era absolutament inapte per a la persecució dels delictes més greus, especialment en un moment de màxima expansió del crim organitzat.

L'àmplia desregularització del model probatori, la baixa qualitat del que regula i la inestabilitat jurisprudencial en la identificació de les solucions aplicables es projecta de manera particular en el fosc i imprecís règim de nul·litat probatòria que es basa en l'article 11 LOPJ, manifestament insuficient. Això explica, en bona mesura, les dificultats a les quals s'enfronten els tribunals a l'hora d'abordar el control de les condicions de validesa de les diligències d'assegurament de fonts i dels mitjans de prova que pretenen accedir al plenari.

L'objectiu d'aquestes línies, com anticipava, és molt més humil: només es pretén obrir un espai de reflexió compartida que, de forma sintètica, ens permeti percebre les deficiències del model, els costos en garanties que implica i la necessitat d'identificar mesures correctores ràpides i eficaces.

## 2. L'ACTIVITAT PROBATÒRIA EN EL PROCÉS: LA NECESSITAT DE LA RECONSTRUCCIÓ CONCEPTUAL

Un dels factors que ha aguditzat l'insostenible estat de coses del model probatori en el nostre procés és el relatiu a la terminologia utilitzada per definir els diferents elements que el componen. No és gens infreqüent la utilització del terme *prova* tant per referir-se a actuacions asseguradores de les fonts en fase instructora com als mitjans d'acreditació que s'utilitzen en el plenari o al resultat evidencial que el tribunal fixa en la seva sentència. Tampoc no és aliena a la realitat diària la qualificació com a prova preconstituïda d'actuacions instructoras produïdes en condicions defensives, amb independència del subjecte processal que les dugui a terme, o la qualificació d'aquestes actuacions com a prova anticipada.

La doctrina constitucional, evidentment, no ha col·laborat precisament a fer que la qüestió terminològica no es converteixi en un element de distorsió del model. Les sentències 138/1992 i, en especial, la 303/1993, a les quals ens referirem posteriorment amb més detall, adquireixen un paper protagonista i constitueixen veritables *leading case* en la matèria que ens ocupa.

La imprecisió conceptual del TC en la utilització dels termes definidors de l'activitat investigadora desenvolupada per la policia judicial ha impregnat fins als nostres dies la qüestió fins al punt de condicionar, en bona mesura, l'activitat dels jutges i tribunals a l'hora de decidir sobre l'admissió dels mitjans de prova i d'atribuir-los valor.

Els problemes de discordança entre significat i significat no han d'impedir identificar el veritable abast de les coses, però tampoc no es pot ignorar que aquesta tasca es dificulta notablement.

No obstant això, no amago que la proposta reconstructiva pot resultar pretensiosa per les importants dificultats que concorren a l'hora d'emprendre-la. I que, en tot cas, comporta un risc de deconstrucció, és a dir, de tornar a introduir incerteses conceptuais, la qual cosa agreujaria el cercle viciós que emmarca aquesta qüestió.

Però el cert és que per qüestionar amb rigor el valor probatori de les diligències instructoras practicades per la policia cal fundar les bases terminològiques de l'anàlisi i identificar, en primer lloc, aquestes diligències pel seu moment de producció en la categoria general *activitat probatòria* i, en segon lloc, les condicions en què aquestes diligències poden adquirir la dignitat probatòria que reclama l'enjudiciament criminal d'acord amb les exigències garantidores de la Constitució.

Per això, i d'acord amb Fidalgo, el full de ruta obliga a baixar de la categoria general a les categories especials que l'integren.

Per activitat probatòria en un sentit ampli s'ha d'entendre el conjunt innominat d'actuacions que tenen com a finalitat la verificació i la prova de les afirmacions o evidències del fet controvertit.

Això implica una primera distinció: l'activitat probatòria com a mitjà o camí per arribar a la decisió sobre els fets i l'activitat probatòria entesa com a resultat, com a objecte de la convicció judicial.

Des d'aquesta perspectiva classificatòria, caldria dividir l'activitat probatòria en quatre fases o moments de desenvolupament:

- a) Els actes processals o extraprocessals pels quals s'obté fonts d'informació —subjectives i objectives o, de manera més clara, persones i coses—, presumiblement rellevants per a un procés judicial (obtenció de fonts de prova).
- b) Els actes processals d'incorporació de les fonts al procés (aportació, en la fase instructora; proposició de mitjans de prova, en la fase de preparació del judici oral o abans de l'inici del judici en la compareixença *ad hoc* prevista per la llei).
- c) Els actes processals pels quals s'extreu i es posa davant el jutge de la decisió la informació que contenen les fonts (pràctica dels mitjans de prova).
- d) El procés de valoració d'aquesta informació pel jutgador a fi de comprovar el seu potencial confirmatori dels fets que conformen la hipòtesi acusatòria o les pretensions excloents o reductores de culpabilitat o d'antijuricitat invocades per la defensa.

És evident, per tant, que el valor probatori d'una determinada actuació s'ha d'entendre com el resultat final d'un procés d'atribució. El valor que s'atribueixi a una determinada actuació probatòria constitueix un *posterius* que no pot explicar-

se sense les condicions de producció que el precedeixen. Totes aquestes condicions interactuen de manera que la manca d'una, generalment, impedeix l'acte d'atribució o, en el millor dels casos, el dificulta notablement.

El valor de les diligències instructoras està determinat, per tant, de forma cumulativa, per la seva conformitat a les regles d'obtenció de les fonts de prova en les fases prèvies; per la regularitat de la seva aportació al procés; per la necessitat de proposició per la part que pretengui fer-ne ús; per la seva admissió regular qualificant el mitjà introductor, i per la seva pràctica plenària en condicions respectuoses amb els drets de defensa i del procés just i equitatiu en l'acte del judici.

El valor probatori, per això, depèn tant de les condicions d'obtenció de la font com de les condicions processals d'accés al procés. Això permet apuntar un catàleg complementador de regles d'utilitzabilitat que van des de les regles de prohibició d'accés a la font de prova, com ara per falta de proposició o de proposició irregular del mitjà probatori —per exemple, proposició de prova documental que pel contingut informatiu reclama prova de naturalesa personal—; regles de prohibició d'obtenció de fonts de prova —per exemple, quan s'han desconegut límits constitucionals o competencials per obtenir-les o s'han utilitzat mètodes contraris a la dignitat—; o prohibicions de valoració de mitjans de prova —per exemple, quan en la producció plenària s'han desconegut els drets de defensa o la no-autoincriminació.

L'objectiu d'aquestes línies és analitzar, encara que sigui de forma superficial, les dues primeres seqüències del procés probatori: els actes d'obtenció de fonts de prova i els actes d'incorporació d'aquestes fonts al procés mitjançant la proposició de mitjans de prova.

### 3. L'ESPAI POLICIAL D'OBTENCIÓ O ASSEGURAMENT DE FONTS DE PROVA

La naturalesa seqüencial del procés d'atribució de valor probatori obliga, en primer terme, a identificar l'espai que la llei i, com a perímetre ampli, la Constitució reconeixen a la policia judicial per produir actuacions asseguradores o identificadores de les fonts de prova.

Aquesta qüestió té una importància decisiva, ja que no només afecta regles competencials formals, sinó també regles de legitimació amb valor constitucional.

#### 3.1 L'ESPAI D'ESTRICTA JURISDICCIONALITAT EN EL DESCOBRIMENT I L'ASSEGURAMENT DE FONTS DE PROVA, COM A LÍMIT NEGATIU: ALGUNES INCERTESES

És evident que l'actuació asseguradora d'ataca a terme per la policia en les fases processals o preprocessals prèvies que desbordin l'espai permès comportarà, com a efecte, l'entrada en joc de regles de prohibició d'accés i, per tant, d'inutilitzabilitat de la informació obtinguda.

Per identificar l'espai d'actuació podem utilitzar diversos paràmetres o unitats de mesura. Un d'aquests paràmetres, el que ofereix resultats més clars, és el que



atén les regles que determinen l'estricta jurisdiccionalitat en l'actuació identificativa o asseguradora d'aquestes fonts.

És indiscutible que tota actuació investigadora en fase prèvia que suposi la ingerència intensa en el nucli essencial dels drets fonamentals només pot ser ordenada pel jutge d'instrucció, i la policia judicial s'ha de limitar a actuar com a simple auxiliar per a la pràctica de les actuacions. La intervenció de comunicacions, l'entrada i l'escorcoll domiciliari, les mesures corporals que puguin comprometre l'esfera d'intimitat o d'integritat física de manera intensa, o l'obertura de correspondència queden fora del perímetre d'actuació. La conseqüència és evident. Qualsevol actuació asseguradora de la policia judicial que desconeixi aquest espai activaria les regles d'exclusió.

Ara bé, el perímetre d'estricta jurisdiccionalitat també ofereix zones d'ombra, de dubtes, que no sempre han estat resoltes de forma particularment unànime pels tribunals.

El reconeixement d'espais d'autonomia investigadora i asseguradora a la policia judicial ha de comportar de manera correlativa regles clares i precises sobre els mecanismes d'aportació i d'introducció probatòria de les evidències obtingudes.

O bé hi ha control judicial o bé no n'hi ha. I això, en efecte, és una opció legítima del legislador, però un model i l'altre arrossegueu conseqüències molt diferents. No és assumible, com passa en la realitat del nostre model vigent, que la policia judicial actuï de forma absolutament autònoma dins de l'espai jurisdiccional i, alhora, reconeguem efectes preconstitutius a aquestes actuacions sota la ficció que el jutge ha garantit, en termes formals, el procés d'adquisició.

A continuació enumeraré diversos exemples que palesen, a parer meu, la greu inestabilitat que caracteritza la identificació de les regles del joc per a l'adquisició de les fonts de prova.

### 3.1.1 Recollida de mostres o efectes del delictes

La doctrina de la Sala Segona, de forma majoritària, ha descartat qualsevol conseqüència en termes d'inutilitzabilitat respecte de les actuacions practicades per la policia sense manament judicial en la fase processal de la investigació, i ha posat l'accent, únicament, en la necessitat que l'evidència accedeixi al judici per la via de la prova testifical dels funcionaris que la van practicar. Els arguments utilitzats són diversos. El principal resideix en la idea de l'especialització de determinades diligències, en particular les de recollides d'empremtes i mostres i, per tant, en la innecessitat i la inutilitat que hi intervingui directament el jutge d'instrucció, ja que no aportaria cap garantia específica (STS de 25 gener de 2005 i de 26 de gener de 2000).

De manera fins i tot més contundent (STS de 18 maig de 2001) s'ha arribat a afirmar que, sens perjudici de la regulació continguda en la LECr, la recollida de determinades mostres no constitueix una funció que entri en l'àmbit de coneixements i experiències del jutjador. La fase processal implica l'assumpció d'una mena de direcció difusa per part del jutge que no pot impedir que la policia judicial desenvolupi funcions per a les quals està específicament especialitzada i facultada, per aquesta raó, en les normes sectorials (article 11.g) i 38 LO de forces i cossos

de seguretat de l'Estat i article 28.a) i e) del Reial decret 769/1987 de policia judicial. Com a conseqüència, el jutge no està obligat a dur a terme de forma personal i sobre el terreny les tasques de recerca, recollida i conservació de restes o proves materials. La regla de jurisdiccionalitat continguda en l'article 326 LECr, no és rígida i, per tant, permet, per raons d'especialitat funcional, la intervenció autònoma de la policia judicial per a la cerca de determinats mitjans de prova.

La claredat de la doctrina jurisprudencial s'ha vist, però, entelada per pronunciaments de la mateixa Sala Segona, en una mostra més de la inestabilitat jurisprudencial sincrònica que caracteritza el treball de l'Alt Tribunal.

En efecte, la STS de 14 abril de 1997 va aplicar la regla d'inadmissió de l'evidència obtinguda amb motiu de la presa d'empremtes del sospitós practicada per la policia judicial sense manament del jutge quan el procediment d'investigació judicial ja s'havia obert, perquè es va considerar que s'havia vulnerat el règim jurisdiccional de l'article 326 LECr.

Però el que semblava un pronunciament aïllat i oblidat de la Sala va recuperar una particularíssima vigència amb motiu de la STS de 19 d'abril de 2005, el ponent de la qual, per cert, era el mateix que el de la decisió de 1997 que hem esmentat.

En aquest cas, la part recurrent qüestionava l'admissió d'una determinació d'ADN a partir d'una mostra recollida per la policia judicial procedent d'un esput exhalat per l'inculpat quan va ser traslladat de la cel·la on era custodiat. La mostra es va considerar indubitada i va permetre la comparació de l'ADN extret amb el que s'havia trobat a la caputxa amb què l'inculpat s'havia cobert la cara al moment de cometre el fet justiciable.

La Sala Penal va privar de tota eficàcia probatòria l'evidència obtinguda. Tres raons van fonamentar aquesta decisió:

- la primera, que la presa de la mostra va infringir el règim general d'actuació previst —en els termes introduïts per la reforma de la LECr operada per la LO 15/2003 (art. 326 LECr), quan el procediment judicial ja havia estat obert, sense que concorreguessin raons d'urgència;
- la segona, que, en tot cas, es desconeixia el règim especial previst en l'article 363 LECr, que reclama l'autorització judicial per a la presa de mostres biològiques del sospitós mitjançant resolució motivada;
- la tercera, relativa al fet que la presa es va dur a terme en condicions de nul·la contradicció, sense informació prèvia a la persona investigada sobre la presa ni sobre les circumstàncies en què es va produir i sense demanar el seu consentiment.

Pocs mesos després, el 14 d'octubre de 2005, la Sala Penal va decidir en sentit contrari en un cas pràcticament idèntic al que s'anализava en la STS de 19 d'abril de 2005. El pronunciament, molt poc respectuós amb les exigències del mètode de decisió en casos d'*overruling*, va descartar el rebuig d'inutilitzabilitat, pretès per la defensa, de l'ADN extret, també, d'un esput exhalat per l'inculpat i que va servir com a mostra indubitada per comparar-la amb l'ADN trobat en altres restes biològiques procedents d'instruments del delictes.

La sentència, que no esmenta el precedent del qual se separa, va fonamentar la seva decisió en dos arguments explícits i un d'implícit. El primer, relatiu a la necessitat de distingir entre mostres obtingudes del cos del sospitós —supòsit a què es referiria la previsió de l'article 363 LECr—, de les mostres subreptícies derivades d'un acte voluntari d'expulsió de matèria orgànica dut a terme pel subjecte passiu de la investigació, sense intervenció de mètodes o pràctiques incisives sobre la integritat corporal, respecte a les quals no cal exigir autorització judicial prèvia. El segon argument explícit és el que fa referència a l'ús de la informació genètica, i afirma que en aquest cas concret es va excloure qualsevol utilització dels perfils més enllà dels estrictes fins identificatius, de manera que no es va produir amb l'obtenció de la mostra cap afectació rellevant del dret a la intimitat. El tercer argument, implícit, és que la policia judicial pot recollir mostres de material biològic encara que el procediment judicial ja estigui iniciat.

La clamorosa disparitat de criteris va reclamar un acord de ple no jurisdiccional, adoptat el 31 de gener de 2006, en què, de la manera sincrètica que caracteritza aquesta presa de decisions, la Sala va afirmar que «pel que fa a la realització de proves d'ADN, la policia judicial pot recollir restes genètiques o mostres abandonades pel sospitós sense necessitat d'autorització judicial». Aquest acord ja ha tingut projecció jurisdiccional en les STS de 14 febrer de 2006 i de 20 de març de 2006.

És evident que l'acord i les sentències que el segueixen constitueixen una ampliació evident de l'espai d'autonomia investigadora de la policia judicial en l'espai processal. I això mitjançant una lectura materialment deslegalitzadora del marc normatiu que regulava l'obtenció de mostres genètiques. Sens perjudici de les raons que es poden argüir per justificar la competència funcional de la policia judicial per a la recollida d'aquestes mostres situades fora del cos del sospitós i la no-aplicació al cas de la previsió específica de l'article 363 LECr, el cert és que el legislador de 2003 va regular de forma expressa que fora del camp d'operacions marcat per l'article 282 LECr (que s'invoca expressament en l'incís final de l'article 326 LECr) i, per tant, quan no concorren raons d'urgència, la recollida de restes biològiques havia de ser adoptada o ordenada pel jutge.

Els tribunals, a l'hora d'interpretar les normes que apliquen, han de partir de la presumpció de racionalitat prescriptiva del legislador i del fet que, per tant, ordena el que prescriu amb l'abast que es desprèn dels termes lingüístics i comunicatius utilitzats. El legislador de 2003 era conscient, i així s'ha de presumir, dels problemes normatius d'identificació de l'espai funcional atribuït a la policia judicial i, malgrat això, en la matèria de recollida de mostres biològiques va reafirmar la jurisdiccionalitat de la intervenció en supòsits de no-urgència.

Un criteri apagògic elemental en l'aplicació de la norma obliga a interpretar de tal manera que puguin fer-se efectives les conseqüències jurídiques buscades pel legislador democràtic. En això consisteix, ni més ni menys, la funció que la regla constitucional de distribució del poder atribueix als tribunals.

El Tribunal Suprem no podia, per via aparentment interpretativa, buidar una norma de contingut i conseqüències clars sense risc de situar-se en una posició constitucional que no li correspon, i desconeixia, a més, el límit que s'estableix en l'article 297 *in fine* LECr, quan es prohibeix expressament a la policia judicial utilit-

zar mitjans de recerca que la llei no autoritzi —cosa que entronca amb les exigències que, derivades del Conveni europeu de drets humans i de la jurisprudència del Tribunal d'Estrasburg, posen l'accent en la necessitat de previsió legal específica quan es tracti d'activar mitjans ingerents en el nucli dels drets fonamentals per a l'adquisició d'evidències de les quals pot dependre la llibertat dels ciutadans.<sup>3</sup>

Eren possibles, en efecte, altres solucions normatives, com ja s'ha regulat en la disposició tercera de la LO 10/2007, de 8 d'octubre, reguladora de la base de dades policial sobre identificadors obtinguts a partir de l'ADN. També es podia criticar la tècnica legislativa, sobretot per la seva continència en la regulació d'una matèria tan important, però el que era difícil negar és que la norma identificava el seu camp d'aplicació. Aquesta regulació, en tot cas, no estava desproveïda de raons teleològiques valuoses com la de protegir de forma reforçada, mitjançant la intervenció del jutge, els drets fonamentals en joc; assegurar l'atribuïbilitat del mapa d'ADN al seu portador, buscant de la millor manera possible la seva inobjectable assignació a la persona investigada, i, atesa l'alta taxa de valor probatori que incorpora, garantir de manera intensa els drets de defensa de l'inculpat (Cortés Bechiarelli).

No obstant això, com apuntàvem, la clàusula jurisprudencial d'atribució de competències funcionals a la policia judicial per a la recollida de mostres biològiques ja s'ha projectat en norma —disposició addicional tercera de la LO 10/2007, reguladora de la base de dades policial sobre identificadors obtinguts a partir de l'ADN, situada extramurs de la LECr—, la qual cosa denota una tècnica legislativa desaturada. Aquesta regla modifica no només el tenor de l'article 326 LECr, quant a les possibilitats de recollida de mostres biològiques i de la competència de la policia judicial per fer-ho, sinó també l'article 363 LECr, atesa la mala redacció del precepte, que redueix la intervenció judicial per a l'obtenció de mostres als supòsits en què la persona investigada<sup>4</sup> no doni el seu consentiment a l'obtenció de proves sobre el seu propi cos o no n'autoritzi la recollida en espais de privacitat als quals per accedir-hi és també necessària l'autorització judicial.

La nova regulació no respon, a parer meu, de forma adequada als reptes nous i complexos que planteja la investigació genètica. En particular, les de seqüència extensiva que permeten ja delimitar el perfil genètic del sospitós no a partir de mostres indubidades procedents del mateix sospitós sinó de persones del seu entorn familiar. A més, penso que la tendència a la *policialització* de la investigació processal, per molta competència tècnica que es reconegui a la policia judicial, planteja riscos que afecten, ni més ni menys, l'autenticació d'obtenció d'evidències, que cada dia adquireixen un paper més protagonista en la investigació dels delictes més greus.

3 Exemples del que s'ha dit són als referents al control de les intervencions escrites, com el cas Calogero contra Itàlia, de 15 de novembre de 1996, i al control de les intervencions telefòniques, com el cas Doerga contra Holanda, de 27 d'abril de 2004 i el cas Matheron contra França, de 29 de març de 2005.

4. Per cert, la llei sobre aquest punt introdueix una polsèmia desconcertant (sospitós, detingut o imputat) generadora de ben segur de problemes interpretatius.

La qüestió reclama complexos balanços d'interessos i l'aplicació d'estàndards de proporcionalitat, per la qual cosa la intervenció del jutge sembla difícilment substituïble o prescindible.

### 3.1.2 Identificació de la flagrància i validesa de fonts de prova amb vulneració del dret a la inviolabilitat domiciliària: la clàusula de la bona fe

En aquest punt, cal destacar la STC 22/2003, cas Madagán, en la qual l'Alt Tribunal, per primera vegada en el nostre model probatori, aplica l'excepció de la *good faith* i atorga valor probatori, d'una banda, a la declaració plenària dels agents que van practicar un escorcoll domiciliari sense autorització judicial ni consentiment del titular sospitós i, de l'altra, als instruments del delictes que com a peces de convicció es van trobar en l'actuació asseguradora preprocesal. El cas té molt interès. Amb motiu de la recepció d'una trucada per la qual s'advertia de crits amenaçadors procedents de l'interior d'un habitatge i de soroll de trets, els agents van acudir-hi i, després de comprovar la realitat de les amenaces, van decidir accedir a l'interior de l'habitatge. A dins, van trobar-se el senyor Madagán en actitud violenta cap a la seva dona i van veure els impactes dels trets, de manera que el van detenir. Posteriorment, una unitat de la policia judicial es va dirigir al domicili per practicar una inspecció ocular. L'accés va ser franquejat per l'esposa i el fill de l'inculpat. Els agents van fer la inspecció i l'escorcoll de l'habitatge amb autorització de la dona, i van trobar a l'armari del dormitori una pistola del calibre 22 mm.

El senyor Madagán va ser condemnat per un delictes d'amenaces i un altre de tinença il·lícita d'armes. Tant en la instància com en el recurs d'apel·lació, va al·legar la vulneració del seu dret a la inviolabilitat del domicili per part dels agents que van practicar la inspecció ocular, perquè l'entrada dels agents es va fer sense el seu consentiment i sense autorització judicial, i perquè tampoc no hi havia, en el moment d'entrar, cap situació de flagrància delictiva.

L'apel·lació va ser desestimada i es va interposar recurs d'empara. El TC identifica en la seva sentència, en primer terme, les condicions d'entrada. De manera contundent va descartar la concurrència de flagrància quan els membres de la policia judicial van acudir a practicar la inspecció. El recurrent estava detingut i la situació d'amenaça havia cessat. La qüestió, per tant, es va centrar a determinar si hi va haver consentiment vàlid per a l'entrada. Per a l'Alt Tribunal, la condició de persona interessada per prestar autorització d'acord amb l'article 569 LECr, constitueix una qüestió susceptible d'interpretacions alternatives que formen part de l'àmbit de la legalitat ordinària. Però, en aquest cas concret, considera que quan la persona que autoritza l'entrada dels agents se situa en una posició d'interessos contraposats amb la persona cotitular imputada en el procés, la regla s'ha d'estrènyer i s'ha d'identificar com a interessada la persona a qui poden afectar en perjudici els efectes de l'actuació investigadora.

Per tant, el consentiment de l'esposa de Madagán no era suficient per desplaçar la necessitat que aquest autoritzés expressament l'entrada. Així, l'escorcoll de les seves pertinences practicat per la policia judicial amb motiu de l'entrada ha de considerar-se vulnerador del dret a la inviolabilitat del domicili del recurrent.

Identificada la lesió, però, el TC va rebutjar l'aplicació de la regla d'exclusió probatòria que preveu l'article 11 LOPJ. Per a l'Alt Tribunal, el context de producció de la diligència, moments després d'haver tingut lloc el delictes, la situació generada de greu perill per a la víctima i, sobretot, la foscor de l'Ordenament sobre la qüestió relativa a la legitimació necessària per consentir l'entrada, posen de manifest que els agents de cap manera no es van representar ni intencionalment ni imprudentment la lesió del dret fonamental. En aquesta mesura, la conseqüència excloent de l'evidència és desproporcionada en relació amb el grau de lesió del dret fonamental identificat. La conducta dels agents públics no mereixia, per la via de la conseqüència excloent, cap retret ni justificava que l'Estat prescindís d'elements probatoris per condemnar Madagán, en els termes que conté la sentència.

La decisió, en resum, introdueix un estàndard d'oportunitat per a l'aplicació de la regla d'exclusió molt discutible, ja que és insegur i inestable. La «importació» des del model nord-americà de l'excepció aplicada és evident, i també ho són els desajustos que provoca.

En el sistema nord-americà, l'excepció de bona fe a la regla d'exclusió es fonamenta en raons molt diferents a les que justifiquen la regla en el nostre model constitucional (STC 114/1984).

Sens perjudici de l'intens i tortuós debat jurisprudencial que ha precedit l'estat de coses actual (decisions de la Cort Suprema, *Stone c. Powell*, 1976; *EUA c. Leon*, 1984; *Ill c. Krull*, 1987), el Tribunal Suprem nord-americà, en una lectura regressiva de la regla d'exclusió, ha afirmat, no sense veus crítiques, que la Constitució no imposa un determinat model de garantia dels drets protegits en la quarta, la cinquena i la sisena esmenes, per la qual cosa no es pot reconèixer a la regla d'exclusió probatòria (en endavant, REP) rang constitucional. Aquesta regla i les condicions en què opera són, d'alguna manera, disponibles per al legislador. Els balanços de costos i beneficis permetrien sancionar, per exemple, la conducta infractora dels agents i, tanmateix, permetre l'aprofitament probatori de l'evidència. La raó de ser d'aquesta regla i la seva operativitat, per tant, responen a una ordenació d'interessos en conflicte amb fonament infraconstitucional, si bé en aquests moments raonable.

Aquest fonament rau en la necessitat d'estimular que les actuacions dels agents públics respectin la Constitució. D'aquesta manera, el que es busca directament és un efecte desànim (*effect deterrent*) de conductes colusives, amb un efecte indirecte en els drets que reconeix la Constitució. D'aquesta manera, sembla una conseqüència lògica descartar la REP quan l'actuació dels agents públics no tenia intenció de desconèixer o violar la Constitució o menysprear els seus mandats. Si aquests agents han actuat de manera raonable i de bona fe, no hi ha raons funcionals que justifiquin que es prescindeixi de l'evidència.

Com a exemple més recent, el TC ha tornat a situar-se en el relliscós territori de la clàusula de bona fe en la STC 209/2007, en què, tot i que el Tribunal no en fa ús explícit, construeix l'argumentació convalidadora de l'entrada en el domicili dels agents policials i reconstrueix de manera molt forçada el concepte de titular de la casa i de legitimació per prestar el consentiment. En tot cas, l'anàlisi de la sentència suggereix amb claredat que la clàusula de bona fe va planejar, i en certa

mesura, condicionar, com una mena de marc conceptual, tot el desenvolupament argumental de la sentència per la qual es denega l'empara pretesa.

A parer meu, aquest joc d'interessos i les seves conseqüències, legítims a la realitat constitucional nord-americana, no es poden extrapolar al nostre model. En aquest sembla que no hi ha dubte sobre la vinculació íntima entre REP i garantia activa dels drets fonamentals, tant els substantius que poden veure's afectats per l'actuació dels poders públics, com els processals, que s'encarreguen, sobretot, del dret a la presumpció d'innocència. Fer dependre l'efectiva reacció contra vulneracions de drets de la identificació de majors o menors graus d'imperícia o de malícia en l'actuació policial és perillós.

Protegint activament els drets, de manera indirecta, es pot assegurar que els agents públics ajustaran amb més cura la seva actuació a la Constitució, però de cap manera es pot acceptar que protegint la conservació probatòria de les evidències obtingudes pels agents sense mala fe però vulnerant els drets es pugui obtenir un nivell adequat de protecció d'aquests agents.

En tot cas, l'anàlisi empírica dels efectes de la regla del *deterrent effect* treu a la llum resultats esgarrifosos, ben sintetitzats per Pizzi. En el seu treball *Juicios y mentiras* apunta que més del 50% de les actuacions asseguradores de fonts de prova per part de la policia als EUA contenen elements falsejats tendents a assegurar, si escau, l'entrada en joc de la *good faith* en el cas que les defenses invoquin la REP.

### 3.1.3 Identificació de domicili constitucionalment protegit: especial referència a la protecció constitucional del domicili de les persones jurídiques

La rellevància de la qüestió no resideix, per descomptat, en les zones clares de la resposta, de la mà d'una jurisprudència constitucional consolidada (per totes, STC 10/2002), sinó en les zones grises, fins i tot de penombra, que cal identificar. No hi ha dubte que l'objecte de protecció s'identifica, *prima facie*, amb l'espai físic, en termes d'experiència social, en el qual una persona física desenvolupa la seva intimitat i disposa, per a això, de facultats d'exclusió de tercers. Però el problema, que anticipem com de solució complexa, és si aquest contingut omple tot l'objecte constitucionalment rellevant, amb la finalitat i als efectes de l'article 18 CE. Qüestió que, en lògica conseqüència, ha de vincular-se a una altra que afecta els subjectes titulars del dret a la inviolabilitat del domicili. En concret, si aquest dret pot ser reconegut i garantit a les persones jurídiques.

Per contestar les dues preguntes cal partir d'un pressupòsit troncal: el TC ha reconegut les persones jurídiques com a titulars de drets fonamentals i ha identificat les raons axiològiques d'aquesta atribució en el fet que aquestes serveixen també com a instruments per al desenvolupament dels drets fonamentals dels quals són titulars les persones físiques. S'ha elaborat una doctrina que podríem qualificar de *descobrimient* del contingut objectiu d'aquesta titularitat, cas per cas, dret per dret. Entre aquests drets, trobem el dret a la llibertat sindical, el dret a la llibertat d'expressió, el dret a transmetre informació, el dret a l'honor, el dret d'associació, el dret a la llibertat ideològica, el dret a la creació de fundacions, el dret a la

igualtat i el dret a la propietat privada. Així mateix, i en atenció a les circumstàncies individualitzades de l'objecte i la naturalesa del procés, a banda de la posició que aquest ocupa en la persona jurídica, el TC també ha reconegut un bon nombre dels drets continguts en l'article 24 CE, entre els quals, e' de participar en el procés, la defensa, la proposició i la pràctica de prova, a més del dret a conèixer les raons del tribunal mitjançant una motivació suficient.<sup>5</sup>

Però al costat de les zones clares de reconeixement, també cal identificar zones de penombra, en què la jurisprudència constitucional no es mostra particularment estable i precisa en l'abast dels seus fonaments decisionals, i zones d'ombra, enteses com aquelles en què el TC encara no s'ha pronunciat de forma expressa sobre l'extensió de titularitat de determinats drets fonamentals a les persones jurídiques.

Un bon exemple de penombra el trobem, precisament, en relació amb el dret a la inviolabilitat del domicili. Els pronunciaments són contradictoris, com ara la STC 137/1985.<sup>6</sup>

No obstant això, pronunciaments anteriors (ATC 139/1985) i posteriors (STC 228/1997 i 283/2000) han qüestionat la raó de transferència insistent en el fet que l'objecte de protecció el constitueix el domicili, com a espai d'exercici de la privacitat, condició de desenvolupament vital de la qual són úniques titulars les persones físiques, desplaçant la protecció dels espais on es desenvolupen altres activitats, entre les quals s'inclouen les mercantils, a altres drets amb menys càrrega reaccional, com el de propietat, o al pla de la mera legalitat ordinària on el legislador estableix requisits d'autorització judicial per habilitar determinades entrades per part d'agents estatals en aquests espais, quan es pot fer dependre del consentiment del titular (art. 546 LECr i art. 91.2 LOPJ, text de 2003).

5. STC 62/2006, 129/1995, 126/2009, 111/2007, 99/1983, 20/1985, 26/1985, 131/2009, 241/1992, 129/2001, 8/2008 i 18/2008.

6. Aquesta sentència afirmava el següent: «[...] absent del nostre ordenament constitucional: un precepte similar al que integra l'article 19.3 de la Llei fonamental de Bonn, segons el qual els drets fonamentals regeixen també per a les persones jurídiques nacionals, en la mesura que, per la seva naturalesa, els siguin aplicables, cosa que ha permès que la jurisprudència aplicativa d'aquesta norma entengui que el dret a la inviolabilitat del domicili convé també a les entitats mercantils. Sembla clar que el nostre text constitucional, en establir el dret a la inviolabilitat del domicili, no el circumscriu a les persones físiques, ja que és extensiu o predicable igualment quant a les persones jurídiques, de la mateixa manera que aquest tribunal ha tingut l'ocasió de pronunciar-se respecte d'altres drets fonamentals, com ara els fixats en l'article 24 de la mateixa CE, sobre prestació de tutela judicial efectiva, tant a persones físiques com a persones jurídiques. Aquest és també el criteri acceptat per la doctrina generalitzada en altres països, com ara, dins d'Europa, Alemanya, Itàlia i Àustria, on se segueix un criteri que pot reputar-se extensiu, arribat el moment de resoldre aquesta mateixa qüestió, i es pot entendre que aquest dret a la inviolabilitat del domicili té també justificació en el supòsit de persones jurídiques, i que té una naturalesa que de cap manera repugna la possibilitat d'aplicació a aquestes persones, que —com se sol posar en relleu— també poden ser titulars legítimes d'habitatges, i que no poden perdre el seu caràcter pel fet que el titular sigui un o una altra, dret fonamental que compleix el seu sentit i la seva fi també en el cas que s'inclouin en el cercle dels titulars d'aquest dret fonamental persones jurídiques o altres col·lectivitats. En resum, la llibertat del domicili es qualifica com el reflex directe de la protecció acordada en l'ordenament a la persona, però no necessàriament a la persona física, des del moment en què la persona jurídica es col·loqui en el lloc del subjecte privat comprès dins de l'àrea de la tutela constitucional, i totes les hipòtesis en què la instrumentació del dret a la llibertat no apareguin o siguin incompatibles amb la naturalesa i l'especialitat de fins de l'ens col·lectiu.» (en el mateix sentit, STC 23/1989)



No obstant això, l'aparent *desconstitucionalització* del dret al domicili de les persones jurídiques suggereix zones de fricció amb pronunciaments reiterats de la Cort d'Estrasburg. En efecte, aquest tribunal ha afirmat amb contundència que les persones morals, ateses determinades condicions de transferència, han de ser considerades, també, titulars del dret a no patir ingerències injustificades o abusives per part de l'Estat tant en el seu domicili com en les seves comunicacions. Això suposa exigir que tota ingerència hagi d'estar prevista en la llei i ser necessària per al manteniment de l'ordre en una societat democràtica. També ha de presentar-se com a particularment idònia i necessària per assolir els fins de protecció i ha de ser proporcional entre aquests fins i el sacrifici del dret, reclamant com a garantia específica una alta taxa de jurisdiccionalitat en la seva ordenació.<sup>7</sup>

El TEDH construeix l'operació de transferència sobre dos eixos:

- a) La necessitat d'identificar una finalitat funcional de protecció dels interessos amb rellevància constitucional, que va justificar la creació de la persona moral.
- b) La interpretació extensiva de les clàusules utilitzades per conveni per delimitar el contingut del dret fonamental protegit. Així, en la sentència del cas *Société Colas Est contra França*, de 18 d'abril de 2002, i en relació amb la concreta extensió del dret a la protecció del domicili a les persones jurídiques, el Tribunal recorre a les regles hermenèutiques del dret dels tractats contingudes en el Conveni de Viena de 1969. Aquestes regles obliguen a optar per l'expressió d'entre les diferents versions oficials que atorguen una major extensió al dret garantit. Així, considera, en aquest cas, que s'ha de d'optar pel terme en francès *domicile*, de contingut unívocament més ampli que el terme *home*, concepte que s'utilitza en el text oficial del Conveni, en anglès, que, en efecte, fa referència a un espai de privacitat molt més vinculat al desenvolupament de la vida privada de les persones físiques.

Com es destaca en la STEDH, cas *Association for European Integration and Human Rights i Ekimdzhiiev contra Bulgària*, de 28 de juny de 2007, no hi ha raons que impedeixin l'extensió, tant a l'espai domiciliari com a les comunicacions del dret a la vida privada, reconegut en l'article 8 del Conveni, a les persones jurídiques, tot i que es reconeix la dificultat concurrent per identificar en tots els supòsits que, en efecte, aquestes persones poden tenir una veritable vida privada als efectes i fins de protecció del Conveni. En tot cas, quan s'aprecii que el domicili i les comunicacions serveixen per al desenvolupament dels fins associatius, ja siguin privats o comercials, amb independència dels interessos de protecció de les persones individuals que integren els ens col·lectius, cal afirmar-ne la titularitat i, per tant, la protecció autònoma.

7. STEDH, cas *Association for European Integration and Human Rights i Ekimdzhiiev contra Bulgària*, de 28 de juny de 2007; cas *Kent Pharmaceuticals Limited i altres contra el Regne Unit*, d'11 d'octubre de 2005; cas *Buck contra Alemanya*, de 28 abril 2005; cas *Aalmoes i altres contra Holanda*, de 25 de novembre de 2004; cas *Société Colas Est i altres contra França*, de 16 d'abril de 2002.

Segons la meua opinió, els fonaments decisivals del Tribunal Europeu són difícilment qüestionables. El domicili de la persona jurídica no només pot qualificar-se com un centre d'imputació de deures sinó com un espai on es materialitzen els interessos i drets constitucionals, que en justifiquen la creació. No pot negar-se que, en determinats supòsits, els drets a la llibertat ideològica o de creació artística o industrial (que són indiscutibles per als titulars les persones jurídiques), o la llibertat d'empresa o la intimitat informàtica o comunicacional, s'exerceixen mitjançant l'espai domiciliari, telemàtic, postal o telefònic utilitzat per aquestes persones, en aquest espai. Així, si pot traçar-se una relació funcional entre aquests instruments i els drets fonamentals, sembla clar que la conclusió no pot ser altra que la d'atorgar als primers l'estatus d'objectes constitucionalment protegibles.

Com apuntava, no sembla, en una primera lectura, que aquesta sigui la posició del TC, que, llevat d'algunes excepcions —STC 137/1985—, ha limitat l'extensió de la titularitat dels drets reconeguts en l'article 18 CE a les persones jurídiques, basant-se, essencialment, en el fet que l'objecte de protecció només pot referir-se a l'espai on les persones físiques exerceixen la seva intimitat, reduint o equiparant el concepte constitucional de domicili a llar.<sup>8</sup>

No obstant això, cal assenyalar que en els casos constitucionals esmentats la qüestió fonamental per aclarir residia, precisament, a determinar si els espais la protecció constitucional dels quals es reclamava podien ser considerats, o no, com destinats al desenvolupament de la vida privada de les persones físiques que invocaven el dret fonamental. Cap de les sentències no analitza el conflicte des de la perspectiva del Tribunal Europeu, és a dir, des de la identificació d'un espai físic en el qual la persona jurídica exerceix el seu dret a la vida privada. És evident que un magatzem o un local comercial o establiment obert al públic no són espais destinats al desenvolupament de l'àmbit de privacitat d'una persona jurídica. Però no ho és tant que pugui negar-se tota protecció constitucional a la seu social on es custodien les actes, els escrits i les manifestacions ideològiques d'una associació, o els llibres comptables i fiscals o les dades personals dels clients —pensem, per exemple, en una societat mercantil que presta serveis sanitaris o jurídics.

Per això, penso que el diàleg constitucional segueix obert i que, sens dubte, la reforma penal que s'acosta —vegeu l'avantprojecte de reforma del Codi penal de 2009, on es recull de forma expressa la responsabilitat penal de les persones jurídiques—, com a efecte reflex, el reactivarà.

En tot cas, i gairebé com un apunt de *lege ferenda*, considero que l'actual regulació de la LECr, i, en particular, la seva interpretació jurisprudencial minimalista —que exclou tota conseqüència sobre la validesa o utilitzabilitat de les fonts de

8. STC 10/2002 i 183/2005 (és molt expressiu el reflex de la doctrina constitucional en la jurisprudència de la Sala Penal del Tribunal Suprem. De forma unànime ha negat la necessitat de títol judicial habilitant per a l'entrada en domicilis socials i s'ha afirmat en la STS d'1 d'abril de 2002 «[...] que l'article 18.2 CE, el que protegeix és el dret de l'individu a disposar d'un nucli d'absoluta reserva en la santedat del domicili, una llar on desenvolupar la seva existència i activitat humana...»).

prova, derivada de la vulneració del règim legal de protecció, sobre entrada en lloc públic (arts. 546 i 547)— és manifestament insuficient i una font segura de retret pel Tribunal Europeu a la llum de les exigències convencionals.

A parer meu, la futura nova posició de la persona jurídica en el procés penal ha de servir per a una profunda reforma dels pressupòsits i les condicions d'ingerència de l'Estat tant en l'espai domiciliari com en les comunicacions telefòniques o postals mantingudes per aquesta persona. Però fins que aquesta no arribi crec que cal suggerir de forma telegràfica algunes prevencions.

En particular, pel que fa a les intervencions domiciliàries, caldria partir d'una interpretació extensiva de l'article 546 LECr, de manera que es garanteixin condicions d'adequada jurisdiccionalitat i motivació en la decisió habilitant de l'entrada quan es tracti d'investigar delictes en els quals l'espai domiciliari de la persona jurídica, on es dugui a terme la ingerència, pugui estar destinat al desenvolupament del contingut essencial de la seva privacitat i de les finalitats socials, i pugui, en conseqüència, afectar els drets fonamentals dels quals és titular. També s'han de poder obtenir fonts de prova que serveixin per fundar la inculpció de persones físiques. Penseu, per exemple, en despatxos en els quals, sota forma societària, es desenvolupen activitats professionals, o en seus d'associacions o grups ideològics. En aquests casos, la simple titularitat social del domicili no pot servir per eludir garanties de protecció exigides pel Conveni Europeu de 1950 i, per tant, per l'article 10 CE, i també, de forma difícilment evitable, per l'article 18 CE. En aquest sentit, cal portar a col·lació la important STEDH, cas *Stès Colas Est* contra França, de 16 d'abril de 2002, en què s'aposta decididament per l'extensió de titularitat del dret de tota persona al respecte a la vida privada i familiar, del seu domicili i de la seva correspondència a les persones jurídiques.<sup>9</sup>

En tot cas, i com ja he anticipat, el ja pròxim model de responsabilitat penal de les persones morals suggerirà, de ben segur, l'oportunitat de nous pronunciaments del TC sobre aquesta qüestió, que no pot qualificar-se, ni de bon tros, de tancada. Al contrari, cal pronosticar un gir garantista, en els termes de la STC 137/1985, que estengui la titularitat del dret, ateses determinades condicions, a les persones jurídiques quan en el domicili social pugui identificar-se un espai d'exercici de l'activitat professional i de salvaguarda d'interessos essencials per al desenvolupament de l'activitat societària —secrets industrials, comptabilitat, dades fiscals, cartera de clients, dades íntimes de persones físiques, etc.

### 3.1.4 Accés a dades clíniques i mostres sanguínies

El component dinàmic, expansiu i conflictiu dels drets fonamentals propicia, sobretot en el context del procés penal, l'aparició de nous dubtes sobre els límits de l'actuació investigadora i ingerent de les autoritats estatals.

9. Vegeu, també, SIEDH cas *Shannon* contra el Regne Unit, de 4 d'octubre de 2005; SIEDH, cas *Van Rossem* contra Bèlgica, de 9 de desembre de 2004, i STEDH, cas *Niemietz* contra Alemanya, de 16 de desembre de 1992.

Un bon exemple d'això el trobem en el supòsit que recu<sup>10</sup> la interessant STC 25/2005. El senyor Altuna va ser condemnat com a autor d'un delictes d'homícid imprudent. El tribunal (l'Audiència Provincial de Guipúscoa, en grau d'apel·lació) disposava d'un quadre probatori integrat per les declaracions dels agents de policia que van dur a terme l'atestat i del personal de l'ambulància que va traslladar l'acusat al centre hospitalari, la pericial sobre l'autòpsia practicada i la documenta relativa al full clínic de l'hospital on va ser atès el senyor Altuna, en què constava que presentava un grau determinat d'impregnació alcohòlica.

El senyor Altuna va interposar un recurs d'empara davant el TC perquè entenia que la sentència condemnatòria vulnerava el seu dret a la presumpció d'innocència i el seu dret a la intimitat reconegut en l'article 18 CE.

En relació amb això, el recurrent al·legava que l'anàlisi es va practicar sense el seu consentiment i sense que hi hagués, tampoc, ordre judicial, per la qual cosa, atès que es tractava d'una intervenció corporal, l'obtenció "il·lícita de la mostra obligava a excloure els seus resultats del quadre probatori.

El TC va analitzar el gravamen des de dos plans:

- a) el primer, des del dret a la intimitat corporal;
- b) el segon, des del dret a la intimitat en un sentit més ampli com a dret a protegir del coneixement de tercers dades que afecten la salut i la privacitat.

En relació amb el primer, l'Alt Tribunal de Garanties va descartar que l'obtenció de la dada, per si mateixa, comprometés la intimitat corporal del recurrent. L'anàlisi de sang va estar essencialment motivada per necessitats terapèutiques i assistencials, derivades de l'estat en què es trobava Altuna, a les quals va prestar consentiment o, com a mínim, no consta que no ho fes. La Intervenció corporal lleu, doncs, era independent a les finalitats d'investigació penal, sense que en la seva pràctica intervinguessin agents estatals.

No obstant això, el TC sí que va identificar vulneració del segon dels plans —el que es refereix al dret a la protecció de dades íntimes enfront de tercers, ja siguin persones privades o agents públics. Per al TC, l'accés de la dada clínic, de la font de prova, al procés, es va fer en condicions constitucionalment inadmissibles. El jutge es va limitar a ordenar per provisió que es lliurés un ofici a l'hospital, perquè remetés la dada analítica, sense argumentar ni justificar les raons de la diligència, en termes de proporcionalitat, idoneïtat i necessitat. Per a l'Alt Tribunal, la motivació, en aquest cas, constituïa una garantia objectiva del dret en joc, per la qual cosa l'absència de motivació va convertir en inconstitucional "accés probatori a la dada.

La decisió, però, no és convincent. No qüestionem l'estàndard de protecció que s'atorga a la intimitat, tot i que sorprèn la pobresa argumental i la manca de menció a fonts normatives<sup>10</sup> que regulen de forma específica la protecció de les

10. Llei bàsica estatal 41/2002 sobre dret a l'autonomia del pacient i a la confidencialitat clínic i legislacions autonòmiques de desenvolupament.

dades clíniques des de la perspectiva de l'article 18.2 CE, però sí les conseqüències que en aquest cas concret s'extreuen de la manca de motivació específica.

En efecte, la jurisprudència constitucional, de manera reiterada, ha aplicat estàndards molt deferents amb la falta de motivació de la resolució ingerent, entenent que el dèficit de justificació podia suplir-se mitjançant un mecanisme heterointegrador, acudint a les informacions indiciàries que subministrés l'ofici policial que precedeix la decisió. En el cas *Altuna*, la decisió judicial està precedida d'actuacions investigadores que subministraven indicis aclaparadors sobre la necessitat i proporcionalitat d'accés a la dita informació clínica. És cert que la provisió no contenia una motivació exhaustiva però feia referència a les fonts sumarians com a raons d'aquesta activitat investigadora, les quals, de forma evident, adquirien una especial rellevància justificativa.

No és fàcil d'explicar per què en aquest cas es reclama un estàndard qualificat de motivació i en canvi se'n prescindeix en altres casos en què la ingerència és molt més greu. No oblidem que l'extracció sanguínia s'havia produït i que la dada analítica ja constava en els arxius clínics. L'accés judicial a aquesta informació i la seva incorporació al procés penal donava, per descomptat, menys intensitat limitadora, cosa que permetia aplicar estàndards de motivació menys exigents com va recollir expressament el TC en la STC 123/2002, relativa a un supòsit en què es qüestionava l'accés de la policia als llistats telefònics. En aquest cas, al qual ens referirem posteriorment, el Tribunal va afirmar la rellevància de la ingerència des de la perspectiva del dret a la intimitat i del secret de les comunicacions, però al mateix temps va afirmar que el diferent nivell d'ingerència permetia solucions d'accés i càrregues motivadores diferents en comparació amb les que haguessin estat exigibles si es tractés d'accedir al contingut de l'acte comunicatiu telefònic.

En tot cas, les conseqüències sistemàtiques de la STC 25/2005 són importants i obliguen a qüestionar la manera com s'accedeix en un bon nombre de supòsits a informacions que afecten de manera sensible l'espai d'intimitat identificat en aquesta resolució. En concret, obliga a replantejar-se l'abast de l'article 355 LECr i la seva compatibilitat amb la Constitució, pel que fa a l'obligació dels facultatius de traslladar al jutjat tots els actes i les dades assistencials que suggereixin un origen delictiu en la causació de la lesió.

Aquest pronunciament ha tingut una rèplica recent a la STC 206/2007. En aquesta sentència, es va retreure que agents de la Guàrdia Civil ordenessin als facultatius una nova determinació analítica sobre la mostra biològica ja obtinguda en el context clínic, tendent a precisar si el sospitós presentava nivells de concentració d'etanol en sang. En aquest cas, també el TC va considerar que aquesta informació només podia ordenar-se i obtenir-se mitjançant una decisió del jutge, ja que estava en joc el dret a la intimitat de la persona, de manera que només l'autoritat judicial podia, en condicions constitucionals adequades, restringir-lo.

No obstant això, cal cridar l'atenció en el fet que aquesta decisió constitucional posa en dubte de manera nuclear, a parer meu, la constitucionalitat de la facultat d'ordenació de la Policia que es preveu en l'àmbit del procediment d'urgència en l'article 796.7 LECr.

### 3.1.5 Gravacions videogràfiques i acústiques a l'interior del domicili

Ens enfrontem a un problema d'una rellevància particular per les implicacions que comporta des del punt de vista dels principis i les regles amb els quals ha d'operar-se per identificar, en primer lloc, els instruments d'indagació de què l'Estat o qualsevol dels seus agents pot disposar per a la descoberta del delictes i dels seus responsables i, en segon lloc, els modes d'execució a què han de respondre perquè siguin efectius.

No hi ha dubte que l'escolta i/o la gravació d'imatges i so a l'interior del domicili constitueix una *ingerència de màxim nivell* en l'àmbit de la privacitat, cosa que ens situa en un inevitable, i desitjable, per cert, pla constitucional d'anàlisi de la qüestió. I és això el que és decisiu, ja que la dimensió constitucional de la ingerència reclama identificar, no només raons d'utilitat, necessitat o idoneïtat en el mitjà probatori sinó, a més, una acurada previsió legal que identifiqui els pressupòsits i les condicions en què aquesta ingerència pot produir-se.

El nucli de la qüestió rau, per tant, a determinar si aquests mecanismes de recerca, potencialment idonis i necessaris, gaudeixen, però, de la necessària cobertura normativa, que és el que, fet i fet, els atorga la condició primera i bàsica d'utilitzabilitat i, si escau, d'aprofitament probatori de les evidències que puguin haver-se obtingut.

Per contestar aquesta qüestió hem de partir de la doctrina del TEDH. En efecte, des de la tècnica decisonal de les nocions autònomes, el Tribunal ha dotat d'un sentit propi la clàusula convencional relativa a la ingerència prevista en la llei. Respecte d'aquesta qüestió, el Tribunal s'enfrontava, i segueix enfrontant-se, a la realitat pluralista dels sistemes jurídics nacionals sotmesos a l'eficàcia garantidora del Conveni. I, per tant, a la necessitat d'identificar una noció de previsió legal compatible tant per als models del *civil law* com del *common law*. Per això s'ha admès que la paraula *llei* utilitzada en el text del Conveni compregui tant el dret escrit com el no escrit, en particular la jurisprudència consolidada dels alts tribunals nacionals sobre la matèria concreta que suscita el recurs individual, reconeixent, per tant, un marge d'apreciació nacional als Estats. El que el Tribunal exigeix, en essència, és que el ciutadà pugui conèixer amb prou previsió quines normes regulen la seva conducta perquè pugui ajustar el seu comportament a aquestes normes i pugui conèixer de quins límits disposa l'Estat, o, com a mínim, prevenir-los, per ingerir-se en l'àmbit dels seus drets i les seves llibertats públiques. Per això, el grau de precisió exigible es mesura en relació amb el grau d'afectació dels drets individuals.

Sens perjudici d'aplicacions puntuals desconcertants, el Tribunal ha construït una mena de regla de control de la qualitat exigible a la norma limitativa: el control del Tribunal serà més estricte i, en lògica correspondència, el marge d'apreciació de l'Estat serà més reduït quan la ingerència es projecti sobre l'esfera personal del ciutadà, la llibertat de premsa i la llibertat d'associació.

Per contra, quan els interessos en joc afectin polítiques públiques de distribució, marcades per una particular complexitat i tecnicitat, el marge d'apreciació reconegut als Estats serà més gran. Aquest estàndard ha tingut una rellevància

particular, precisament, a l'hora d'identificar violacions dels Estats en matèria investigadora en el curs del procés penal, amb rellevància tant des de la perspectiva de l'article 6 com dels drets substantius protegits també en el Conveni, concretament els drets a la intimitat i a la vida privada i familiar que recull l'article 8.<sup>11</sup> En aquests supòsits tan ingerents, el Tribunal reclama, com a garanties de protecció dels drets reconeguts en el Conveni, que el text normatiu de l'Estat sigui suficientment clar i precís tant pel que fa al mateix mètode d'indagació com a les condicions en què aquest s'executa. Així, en el cas *Lordachi* (STEDH 10.2.2009), el Tribunal analitza la normativa interna moldava sobre interceptació de les comunicacions i identifica que, en aquest cas, la interceptació de les converses mantingudes per un advocat que pertanyia a una associació de defensa dels drets civils va violar intensament el seu dret al secret de les comunicacions, entre altres raons perquè la norma no determinava la naturalesa de les infraccions respecte de les quals podia ordenar la ingerència, permetia la seva extensió a infraccions no penalment rellevants, no determinava les condicions de pròrroga, no prevenia la comunicació de resultats al jutge encarregat de concedir-la i no recollia res sobre les condicions de conservació, filtratge i destrucció de les converses interceptades.

Partint d'aquest estàndard de precisió i claredat, entenem que en el nostre model probatori no és admissible la introducció de subterfugis electrònics per a la captació ni d'imatges ni de so a l'interior dels domicilis, ja que no hi ha la cobertura normativa suficient. En efecte, l'única referència la trobem a l'art. 6 de la Llei orgànica 4/1997,<sup>12</sup> on diu que «[...] no es podran utilitzar videocàmeres per obtenir imatges ni sons de l'interior dels habitatges, ni dels seus vestíbuls, llevat del consentiment del titular o autorització judicial». És evident, a parer nostre, que la simple menció, potser fins i tot casual o amb finalitat diferent, al mitjà de prova potencial no satisfà les exigències de qualitat normativa que reclama el Conveni. Aquestes exigències han de determinar quan, com, qui, fins quan i per què aquesta ingerència pot ordenar-se. Sobretot en un supòsit en què el grau qualitatiu de lesió pot resultar altíssim. En paraules del TC alemany, en la seva important sentència de 3 de març de 2004 relativa a la Llei sobre espionatge acústic massiu, ha destacat que l'habitatge privat, com a últim refugi, és un mitjà per preservar la dignitat humana i que la vigilància acústica de l'habitatge amb fins de persecució penal atempta contra la dignitat humana quan no es respecta el nucli de la configuració privada de la vida. En conseqüència, es necessiten regulacions que, respectant el principi de claredat de les normes, assegurin que la forma de la vigilància

11. Exemples del que s'ha dit són els referents al control de les intervencions escrites: cas *Calogero* contra Itàlia, de 15 de novembre de 1996; control de les intervencions telefòniques: STEDH cas *Valenzuela Contreras* contra Espanya, de 30 de juliol de 1998, cas *Doerga* contra Holanda, de 27 d'abril de 2004, cas *Matheron* contra França, de 29 de març de 2005, i cas *Lordachi* contra Moldàvia, de 10 de febrer de 2009, al control de les comunicacions de les persones detingudes: cas *X* contra França, de 20 de desembre de 2005; i al control d'altres mesures ingerents que afecten el dret general a la intimitat. STEDH, cas *Hewitsonn* contra el Regne Unit, de 27 de maig de 2003, cas *Allan* contra el Regne Unit, de 5 de novembre de 2002, i cas *Krusin* contra França, de 24 d'abril de 1990.

12. 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.

acústica d'habitatges no doni lloc a una violació de la dignitat humana. La vigilància ha de ser omesa per endavant en les situacions en les quals hi hagi punts per sostenir que la dignitat humana es veuria afectada per la mesura. Si, d'altra banda, la vigilància acústica d'habitatges portés inesperadament a recopilar informacions que estiguin absolutament protegides, aquesta vigilància ha de ser interrompuda i les gravacions han de ser esborrades. Per això, a fi d'impedir intervencions en el nucli de la configuració privada de la vida, s'ha d'ometre una escolta de les paraules parlades privadament al domicili quan algú es trobi en el seu habitatge sol o amb persones amb les quals només tingui una relació nuclear d'especial confiança —per exemple, amb parents o amics íntims— i no hi hagi punts de suport previs i concrets que les converses que s'esperen, pel seu contingut, facin referència directa a delictes. Les mesures d'escolta no han de donar-se quan sigui probable que es captin converses mereixedores d'absoluta protecció.

D'aquesta manera, la conversa, per exemple, entre esposos no només està protegida a l'interior de l'habitatge per l'article que garanteix el secret de les comunicacions, sinó també pel dret a la dignitat personal. El Tribunal conclou que el legislador, en no haver concretat suficientment les prohibicions de vigilància ni per interrompre de forma immediata quan es produeixin intercepcions que afecten el nucli intangible de configuració de la vida privada, considera que no satisfà les exigències constitucionals de protecció dels interessos constitucionals en joc.

Les raons anteriors ens permeten afirmar amb contundència que el marc microlegal que recull les escoltes investigatives a l'interior dels domicilis manca de tota condició per permetre-les. Per tant, de produir-se, ens enfrontariem a un clar cas de prova il·lícita amb vulneració de drets fonamentals. Insistim que no seria un supòsit de prohibició de valoració de prova —en relació amb les evidències obtingudes— sinó que la manca de regulació expressa, precisa i clara s'ha d'interpretar, en termes constitucionals, com una veritable regla de prohibició de mètode de prova.

Tot i que hem intentat aclarir els problemes que planteja la gravació de vídeo acústica a l'interior de l'habitatge, com a mètode ingerent de prova, això no esgota tota la matèria. En efecte, hem de plantejar-nos si la previsió de l'article 6 de la LO 4/1997 pot tenir algun abast prescriptiu, és a dir si permet, d'alguna manera i en algun context, la gravació acústica o d'imatges a l'interior de l'habitatge. Creiem que per a la identificació d'aquest espai ha de tenir-se en comte la previsió de l'article 770.2 LECr, que regula la possibilitat que la policia judicial acompanyi l'atestat amb fotografies o qualsevol altre suport magnètic o de reproducció de la imatge, quan sigui pertinent per a l'aclariment del fet punible i hi hagi risc de desaparició de les seves fonts de prova. En efecte, la llei habilita poder documentar, amb imatges, les actuacions desenvolupades per la policia judicial però no amb fins investigadors autònoms, sinó per assegurar-ne la constància. Per tant, és possible sostenir que, en el marc d'una actuació ingerent al domicili, mitjançant la seva entrada judicialment autoritzada, el jutge pot també estendre aquesta autorització perquè es gravi a l'interior, a l'empara de l'article 6 de la LO 4/1997, com a mecanisme que enriqueixi la documentació de l'acte d'inspecció, escorcoll i ocupació d'efectes, de manera que se'n permeti una millor constància. Precisament, la facultat de gravació d'imatges, que es concedeix a la policia judicial per documentar les seves



actuacions, té com a límit l'espai domiciliari. En aquest cas, és el jutge qui ha d'autoritzar, amb condicions de proporcionalitat —és a dir, delimitant el que pot ser gravat—, aquest tipus o mode de documentació videogràfica en la mesura que cal identificar una zona no intensa però clara de fricció o afectació amb el dret a la intimitat en el seu sentit ampli, en els termes garantits per l'article 18.1 CE.

### 3.1.6 Supòsits crítics d'inestabilitat en matèria de validació d'activitats d'obtenció de fonts de prova relacionades amb el dret fonamental al secret de les comunicacions

#### *a) Audició i enregistrament per agents policials de converses telefòniques mantingudes per un inculpat detingut amb autorització d'aquest*

La Secció Vuitena de l'Audiència Provincial de Barcelona va dictar sentència, en data 14 de març de 2005, per la qual condemnava el senyor N com a autor d'un delictes de tràfic de drogues de les que causen greu dany a la salut, en quantitat de notòria importància, a la pena d'onze anys de presó, multa de 114.399 € i la pena d'inhabilitació corresponent.

El condemnat en la instància va interposar recurs de cassació basant-se en tres motius. Els dos primers denunciaven la il·licitud del quadre probatori conformant a partir d'actuacions ingerents, vulneradores del dret al secret de les comunicacions. El tercer, d'ordre subsidiari i d'abast normatiu, resistia el judici de participació criminal per considerar que la intervenció dels fets que es declaren provats hauria d'haver estat qualificada no d'autoria sinó de complicitat.

La Sala de Cassació, per STS de 16 de novembre de 2005, va rebutjar el recurs.

En particular, respecte dels retrets de nul·litat de les fonts de prova i el seu reflex en el quadre probatori, la sentència considera que no s'ha produït una ingerència constitucionalment prohibida. La sentència, després de dedicar un llarg i genèric primer fonament a les condicions que determinen la intervenció de les comunicacions telefòniques d'acord amb les exigències constitucionals, aborda en el segon i el tercer dels fonaments les circumstàncies concretes del cas.

Aquestes circumstàncies són, de forma resumida, les següents: el senyor P, propietari d'un garatge llogat al recurrent, el senyor N, va denunciar a la policia un presumpte robatori amb força en el seu immoble. Quan hi van acudir els agents, van descobrir que a l'interior hi havia un bidó de cartró que contenia lidocaïna, substància destinada al tall de droga. Els agents van sol·licitar autorització judicial per escorcollar un vehicle que estava aparcant a l'interior del garatge, la qual fou concedida. Es va practicar la inspecció i es va trobar a l'interior del vehicle diverses quantitats de droga. Aquest vehicle constava a nom del senyor P, propietari del garatge, fet que en va motivar la detenció. Un cop a les dependències de la comissaria dels Mossos d'Esquadra, i en presència del seu lletrat, el senyor P va fer una trucada al telèfon del senyor J. La conversa que van mantenir va ser escoltada de forma directa pels agents encarregats de la investigació. En el curs d'aquesta conversa l'interlocutor va indicar que es trobava al Marroc i que en relació amb el cotxe

Nissan havia de trucar a un altre telèfon, el titular del qual era el germà del recurrent. El senyor P va trucar, tot seguit, a aquest número, en presència dels agents, els quals no només van escoltar el contingut íntegre de la conversa sinó que també la van gravar. L'interlocutor, el senyor D, va donar dades inequívokes relatives a la titularitat del vehicle i a l'existència d'efectes amb rellevància delictiva. Amb aquestes dades, els agents van sol·licitar la intervenció de diversos telèfons, la qual va ser acordada pel jutge d'instrucció, de manera que es va iniciar la investigació judicial que va permetre la detenció del senyor N, propietari material del vehicle Nissan i tenidor directe de la substància tòxica intervinguda.

La Sala de Cassació va descartar, com anticipàvem, tot gravamen de nul·litat en l'obtenció de les fonts probatòries. El fonament de la decisió convalidadora va residir en el fet que les dades propiciadores de la intervenció dels telèfons del condemnat en la instància es van obtenir a partir d'una conversa mantinguda per un interlocutor que va autoritzar l'audició policial.

D'aquesta manera, la Sala va considerar aplicable la doctrina constitucional per la qual no pot considerar-se vulnerat el dret fonamental al secret de les comunicacions quan el contingut de la conversa és revelat per una de les persones que hi intervenen, ja que la Constitució no garanteix el dret a la veu, com a manifestació específica del dret al secret de les comunicacions. El que la Constitució prohibeix és la intervenció de la conversa *d'una altra persona* sense la preceptiva autorització judicial, però no la captació de la conversa *amb una altra persona*.

D'alguna manera, quan s'enceta una conversa amb una tercera persona, l'interlocutor perd la protecció específica que li concedeix l'article 18.3 CE. La conversa mantinguda amb l'interlocutor pot ser revelada per aquest quan, a més, transfereix les seves pròpies manifestacions. Aquest no apareix vinculat per cap deure de secret i, per tant, no se li pot impedir que transmeti la informació a tercers. Si bé en casos d'investigacions processals en curs s'ha qualificat d'il·legal la gravació duta a terme per un dels interlocutors amb intencions provocadores (STS 1.3.1996) i, per tant, probatòriament inutilitzable, es va admetre, però, que en el plenari l'interlocutor revelés el contingut de la conversa mantinguda amb els altres interlocutors i inculpats en el procés. Amb cita de la sentència esmentada, la decisió cassacional va concloure que quan una persona emet voluntàriament les seves opinions o secrets a un contertulià sap per endavant que es despulla de les seves intimitats i les transmet, més o menys confiadament, als que escolten, els quals poden fer ús del contingut sense incórrer en cap retret jurídic.

Ens enfrontem a una decisió de validació de l'activitat policial d'obtenció de fonts de prova que presenta, a parer meu, greus objeccions de compatibilitat amb el marc de protecció del dret al secret de les comunicacions que ofereix de forma vigorosa la nostra Constitució.

No cal insistir gaire en la dimensió configurativa fundacional dels drets fonamentals. Aquests drets, com ha proclamat de manera reiterada el TC (STC 31/81 i 70/2002), adquireixen una doble dimensió, objectiva i subjectiva. Són, per descomptat, drets subjectius de naturalesa reaccional que garanteixen a cada un dels ciutadans, considerats de manera individual, un estatus jurídic de llibertat en el seu àmbit particular d'existència, però són, també, elements essencials d'un ordenament

objectiu de la comunitat, en la mesura que aquesta es configura com un marc de convivència humana, justa i pacífica. Les llibertats i els drets fonamentals actuen com a límits materials que la dignitat humana imposa al poder públic i a la col·lectivitat en general. El paper funcional com a límit del que és decidible es manifesta, per tant, en les relacions del ciutadà amb l'Estat i dels ciutadans entre si. D'aquí ve la seva indiscutible eficàcia horitzontal en les relacions entre particulars, els actes dels quals, negocials o no, amb repercussió a tercers, no podran desconèixer mai el seu contingut essencial (sobre la *Drittwirkung*, STC 177/88 i 189/93).

Les limitacions clàssiques a l'autonomia de la voluntat recollides en l'article 1255 del Codi civil adquireixen un significat constitucional renovat, quan la moral o l'ordre públic troben el seu abast significatiu en la mateixa norma suprema i en els drets i els valors en què aquesta norma es basa. Des d'aquesta perspectiva, no hi ha dubte que el dret al secret de les comunicacions pot oposar-se no només davant les ingerències de l'Estat sinó també contra qualsevol acte lesiu que provingui de particulars. La indiferència respecte a l'agent «pertorbador» és coherent amb el contingut essencial del dret en joc.

Ara bé, sens perjudici de la proclamada eficàcia horitzontal del dret fonamental, això no significa que hagi d'aplicar-se el mateix estàndard de protecció amb independència que l'accés, per exemple, a la conversa mantinguda l'hagi dut a terme l'Estat, o algun dels seus agents, o particulars que, a més, han estat interlocutors deslligats de qualsevol finalitat pública en la seva actuació. Creiem, en efecte, que hi ha raons sistemàtiques i teleològiques que permeten l'aplicació d'estàndards de limitació diferenciats en atenció a la condició subjectiva de la ingerència o de la finalitat que es persegueix amb aquesta. Tant el TEDH com el TC han acudit en un bon nombre de casos a tests de rellevància diferents en atenció al caràcter públic, o no, de l'agent ingerent o, fins i tot, entre particulars, en funció de circumstàncies relatives a la professió o a l'exercici de determinades activitats.

En efecte, en matèria de conflicte entre el dret a l'honor i el dret a la llibertat d'expressió o d'informació, el TC ha recollit com a criteri determinatiu del judici de ponderació sobre els límits del dret fonamental, la condició de periodista professional de l'informant (STC 158/2003) o de representant sindical del que profereix expressions crítiques (STC 185/2003) o la condició de lletrat defensor quan les manifestacions crítiques o desqualificadores de l'actuació judicial s'aboquen en el si d'un procés jurisdiccional (STC 79/2002 i 235/2002). En el mateix espai conflictiu, el Tribunal d'Estrasburg ha aplicat tests diversos quan l'exercici de la llibertat d'expressió tenia com a finalitat la crítica política (STEDH, cas Lingens contra Àustria, de 8 de juliol de 1986) o quan l'objecte de la crítica eren els tribunals de justícia (STEDH, cas Bradford contra Noruega, de 24 de febrer de 1997; cas Haes i altres contra Suïssa, de 20 de maig de 1998).

En relació amb el secret de les comunicacions, el TC ha aplicat estàndards de protecció diferents quan la gravació de la conversa es fa entre particulars que al seu torn són interlocutors (STC 114/84 i 56/2003) i admet el potencial probatori de les converses registrades. L'eficàcia horitzontal entre particulars dels drets fonamentals permet activar la regla d'exclusió probatòria quan, en efecte, la interferèn-

cia en l'àmbit de la comunicació es projecta en la comunicació d'una altra persona, no, en principi, quan afecta la conversa amb una altra persona. En aquests casos, com destaca la sentència cassacional, amb expressa invocació de la doctrina constitucional, no es pot identificar un objecte constitucionalment rellevant a protegir. La conversa entre interlocutors no és secreta respecte d'aquests i, per tant, no hi ha mecanismes de reacció per impedir que se'n reveli el contingut a tercers quan l'agent propagador és el mateix interlocutor.

Ara bé, aquest estàndard d'irrellevància constitucional, segons la meua opinió, és impossible d'utilitzar quan la conversa entre particulars està sent observada o escoltada per agents estatals amb finalitats específiques de persecució, encara que algun dels interlocutors hagués admès la ingerència de l'Estat.<sup>13</sup>

Creiem que aquí resideix el punt crític de la decisió convalidadora de la sentència cassacional: la irrellevància que s'atribueix al context de recerca pública en què es produeix l'audició per part dels policies de les converses mantingudes entre el senyor P i les persones que transmeten les dades rellevants sobre la titularitat del vehicle on es va trobar la substància tòxica.

Les trucades es produeixen quan el senyor P està detingut, inculpat d'un delicta greu. Es fan des de les dependències policials i els agents accedeixen de forma directa a l'audició de la primera de les converses i arriben a gravar, fins i tot, la segona. D'aquestes converses extreuen les dades que presenten al jutge d'Instrucció com a indicis precursors de la participació criminal dels titulars dels telèfons, respecte dels quals es demana la intervenció judicial.

Partint del que, de forma molt gràfica, es recull en la sentència del TEDH, cas M.M. contra Holanda, de 8 d'abril de 2003, no es discuteix el dret del senyor P a gravar les seves converses i a utilitzar les gravacions com ell vulgui, però el que sí que comporta una greu fricció amb les garanties de jurisdiccionalitat, que deriven de la Constitució i del Conveni Europeu de Drets Humans, és que aquestes converses es duen a terme involucrant-hi una autoritat pública.

És evident que en una anàlisi situacional, els agents de policia van dur a terme, en terminologia utilitzada pel TEDH, una *contribució crucial* a l'execució del pla d'obtenció de fonts de prova, a partir de l'observació de la interlocució entre particulars sotmesos a una investigació penal.

L'autorització prestada per un dels investigats/interlocutors —recordem que es trobava en situació de detenció a les dependències policials— per a l'audició pels agents de les converses telefòniques no pot servir com a mecanisme per eludir el règim d'ingerència quan és l'Estat el que protagonitza finalísticament l'acte investigador.

El senyor P podia tenir un control formal dels esdeveniments, però no pot esquivar el marc d'actuació investigadora policial en què aquests esdeveniments es van desenvolupar. Com se sosté en la tantes vegades esmentada STEDH, cas M.M. contra Holanda, de 8 d'abril de 2003 —en un supòsit que presenta intensi-

13. STEDH cas Krusling contra França, de 24 de febrer de 1990; cas Allan contra el Regne Unit, de 5 de novembre de 2002; cas MM contra Holanda, de 8 d'abril de 2003.

simes afinitats amb el que va ser objecte de decisió en la sentència que comentem—, acceptar que la policia pugui interferir en el contingut de les converses mantingudes entre dos particulars perquè un dels interlocutors autoritzi l'accés en condicions, insistim, sorprenentment comprometedores de la seva llibertat, equivaldria a permetre a les autoritats públiques eludir les seves responsabilitats en virtut del Conveni (i de la Constitució, ens atreviríem a afegir) utilitzant agents privats.

No tenir en compte el context d'investigació pública per analitzar la compatibilitat de l'obtenció de la font de prova, amb les exigències derivades de l'article 18.3 CE constitueix, a parer meu, un greu dèficit que compromet la solvència de la decisió aconseguida.

Considero, per tant, que l'actuació policial d'audició i gravació de les converses mantingudes per una persona inculpada amb una altra persona en el curs d'un procés, encara que sigui amb la seva autorització formal, desconexa els límits constitucionals, i que lesiona de manera sensible el dret al secret de les comunicacions. Així, s'afavoreix la *desjurisdiccionalització* en la protecció del dret fonamental, difícil de metabolitzar des dels fonaments de l'Estat constitucional.

La franca i irreductible contraposició entre la decisió del Tribunal de Cassació i la doctrina consolidada pel TEDH, en aquesta matèria, permetria pronosticar, en el cas que s'interposés una demanda davant d'aquest Tribunal, una molt probable condemna a Espanya per vulneració de l'article 8 CEDH.

*b) Accés dels agents de policia a les dades de la memòria d'un telèfon mòbil en el curs de la investigació preprocessal*

L'Audiència Provincial de Barcelona, la Secció de la qual no es precisa en els antecedents procedimentals de la resolució cassacional, va dictar sentència, en data 28 de juny de 2004, en què, entre altres pronunciaments, condemnava el senyor M i el senyor L, com a autors responsables d'un delictes de tràfic de drogues que causen un dany greu a la salut, amb la circumstància agreujant de reincidència en el primer i amb l'atenuant de drogoaddicció en el segon, a les penes respectives de set anys de presó i multa de 59.000 €, i de quatre anys i sis mesos de presó i multa de 60.000 € i, en ambdós casos, a la pena d'inhabilitació especial per al dret de sufragi passiu mentre duri la condemna.

El condemnat en la instància, el senyor M, va interposar recurs de cassació basant-se en tres motius:

- a) el primer denunciava, per la via de l'article 5.4 LOPJ, la vulneració del dret a un procés amb totes les garanties reconegut en l'article 24 CE;
- b) el segon, també amb invocació de l'article 5.4 LOPJ i de l'article 849.1 LECr, denunciava una aplicació indeguda de l'article 368 CP;
- c) i el tercer denunciava una infracció de llei, en haver-se aplicat de manera indeguda l'agreujant genèric de reincidència.

En el desenvolupament cassacional del primer motiu, el recurrent denunciava la vulneració del seu dret al secret de les comunicacions. S'havia procedit a l'exa-

men de l'agenda de les trucades dutes a terme des del telèfon mòbil d'un dels detinguts per part dels agents de policia que van practicar la detenció, sense que concorregués habilitació legal per fer-ho, de manera que només l'autoritat judicial, mitjançant resolució motivada, podia ordenar aquest accés. En conseqüència, la font de prova hauria de ser declarada il·lícitament obtinguda, i s'haurien d'excloure els efectes probatoris que se'n deriven.

La Sala de Cassació, per STS de 30 de novembre de 2005, va rebutjar el motiu.

Amb expressa invocació a resolucions prèvies (STS de 27 de juny de 2002 i de 3 de març de 2000) s'afirma la legitimitat d'aquest accés per part de la policia judicial en el transcurs de les primeres diligències investigatives per considerar que en aquests casos no s'afecta el dret fonamental a la inviolabilitat de les comunicacions, per la qual cosa no s'activa la clàusula d'estricta jurisdiccionalitat que, com a garantia de protecció del dret, es consagra a l'article 18.3 CE.

Aquesta afirmació es basa en les sentències del TC 70/2002 i 123/2002. En la interpretació de la doctrina constitucional que conté la sentència del Tribunal Suprem s'insisteix que el dret a la inviolabilitat de les comunicacions en sentit estricte només s'estén al simple procés de comunicació material del pensament, mitjançant algun dels instruments tècnicament disposats per a això, però no a aquelles altres circumstàncies que, tot i suposar un accés a dades identificatives de l'acte comunicatiu, no permeten esbrinar ni accedir al contingut de la comunicació ja efectuada.

Per a la Sala Penal, la constitucionalització d'un dret ampli a la intimitat no permet concloure que qualsevol afectació d'aquesta té les mateixes conseqüències i activa de la mateixa manera les garanties d'accés o de limitació.

Si bé en l'accés a les dades de la memòria del telèfon es pot identificar afectació del dret a la intimitat en termes amplis, això no comporta la necessària intervenció del jutge. El dret a la intimitat s'ha de seccionar en molts plans, de manera que només en els supòsits en què es compromet de manera intensa el de la comunicació intrapersonal, pot afirmar-se la seva necessària limitació mitjançant autorització judicial motivada. Prova d'això, s'afirma, és que la policia judicial pot actuar de manera lleu sobre el cos del sospitós mitjançant la pràctica d'escorcolls superficials i comprovar les dades i anotacions que aquest porti a sobre en el moment de la detenció. En aquests casos de baixa ingerència, la policia judicial disposa de títol habilitant de rang constitucional (article 126 CE) i de previsió legal específica (articles 282 i següents LECr), sempre, és clar, que com en tot cas de limitació d'un dret fonamental s'identifiquin en l'actuació policial les notes d'ido-neïtat, necessitat estricte i proporcionalitat entre la finalitat investigadora perseguida i la lesió del dret que es produeix.

Penso que la doctrina de la Sala Penal sobre la qual gira el rebuig del motiu cassacional no és convincent, i això en la mesura que rep de forma fraccionada la doctrina constitucional que qualifica com a fonament de la seva decisió. És cert que el TC, tant en la STC 70/2002 com en la 123/2002, disseca els plans del dret a la intimitat i reconeix expressament que no tota afectació d'aquest dret necessita autorització judicial. En particular, distingeix entre el dret a la intimitat en un sentit ampli, entès com el dret que terceres persones, de manera injustifi-

cada, no accedeixin a dades que pertanyen a l'àmbit de la privacitat, i el dret específic a la intimitat modalitzat quan aquestes dades s'expressen o es comuniquen a tercers mitjançant aparells de transmissió. En aquests casos, la garantia de jurisdiccionalitat actua com a condició material ineludible per a la seva limitació, sens perjudici que es puguin identificar, també, diferents nivells d'afectació i càrregues modals de limitació. Però el que, a parer meu, el TC no afirma de cap manera és que la garantia només actuï, quan del que es tracta és del procés comunicatiu en sentit estricte, com a espai d'intercanvi d'idees o pensaments mitjançant instruments *ad hoc*.

La STC 123/2002, amb expressa invocació de la sentència del cas Malone, de 2 d'agost de 1984, del TEDH, afirma amb contundència el següent:

El dret al secret de les comunicacions telefòniques garanteix als interlocutors o comunicants la confidencialitat de la comunicació telefònica que comprèn el secret de l'existència de la comunicació mateixa i el contingut del comunicat, a banda de la confidencialitat de les circumstàncies o dades externes de la connexió telefònica: el moment, la durada i la destinació; i això amb independència del caràcter públic o privat de la xarxa de transmissió de la comunicació i del mitjà de transmissió —elèctric, electromagnètic, òptic, etc.

Per això, la vulneració del dret al secret de les comunicacions telefòniques requereix la interferència directa en el procés de comunicació (*mutatis mutandi* respecte de les comunicacions postals, STC 70/2002) mitjançant l'ús de qualsevol artifici tècnic de captació, sintonització o desviament i recepció del senyal telefònic com a forma d'accés a les dades confidencials de la comunicació: la seva existència, el seu contingut i les circumstàncies externes del procés de comunicació esmentades més amunt. Així, la difusió sense consentiment dels titulars del telèfon o sense autorització judicial de les dades captades d'aquesta manera suposa la vulneració del dret al secret de les comunicacions.

(...) L'aplicació de la doctrina exposada porta a concloure que el lliurament dels llistats per les companyies telefòniques a la policia sense consentiment del titular del telèfon requereix resolució judicial, ja que la manera d'obtenir les dades que figuren en aquests llistats suposa una interferència en el procés de comunicació que està compresa en el dret al secret de les comunicacions telefòniques de l'article 18.3 CE. En efecte, els llistats telefònics incorporen dades relatives al telèfon de destinació, el moment en què s'efectua la comunicació i la durada, i per conèixer i registrar aquestes dades és necessari accedir de manera directa al procés de comunicació mentre té lloc, amb independència que aquestes dades es tinguin en consideració un cop finalitzat el procés, a efectes bé de la lícita facturació del servei prestat, bé de la seva difusió il·lícita. Aquestes dades configuren el procés de comunicació en la seva vessant externa i són confidencials, és a dir, reservades del coneixement públic i general, a més de pertanyents a l'esfera privada dels comunicants. La destinació, el moment i la durada d'una comunicació telefònica, o d'una comunicació a la qual s'accedeix mitjançant els senyals telefònics, constitueixen dades que configuren externament un fet que, a més de caràcter privat, pot tenir un caràcter íntim.

En el cas sotmès a revisió cassacional, l'objecte de comunicació al qual va accedir la policia (la memòria d'un telèfon mòbil, no el simple llistat de trucades) i les condicions de l'accés (sense intervenció judicial, en l'etapa preprocessal) palesen, encara més si és possible, la manifesta inhabilitat heterointegradora de la decisió constitucional de la STC 123/2002 que s'invoca com a fonament per al rebuig del motiu cassacional. La identitat de supòsits obligava, precisament, en aplicació de l'estàndard constitucional, a considerar que l'accés policial sense autorització judicial a les dades de comunicació del telèfon mòbil infringia la Constitució.

És cert, però, que en la també invocada STC 70/2002, el TC no qüestiona la validesa de l'accés de la policia judicial a les dades contingudes en un document autògraf que l'inclou pat portava dins de la cartera, però les circumstàncies concretes del cas impedeixen que s'exporti el supòsit sotmès a la decisió de la Sala Segona.

En efecte, en la STC 70/2002 mencionada, es va descartar la vulneració perquè la informació a què van accedir els agents no estava protegida per cap dels mecanismes que activen la clàusula constitucional de l'article 18.3 CE. El document que contenia aquesta informació podia, en efecte, constituir objecte de protecció en formar part d'un acte de correspondència, però els agents el van examinar quan el destinatari d'aquest document havia neutralitzat de forma voluntària el mecanisme protector, és a dir, l'instrument mitjançant el qual va operar la correspondència postal. La carta estava fora de qualsevol objecte/sobre/embolcall que indiqués la seva naturalesa postal<sup>14</sup> secreta, per la qual cosa s'havia incorporat en condicions materials al conjunt de papers, documents i efectes que, mancats de condicions específiques de protecció, poden ser examinats per la policia judicial en el curs de les primeres diligències, en els termes habilitadors de l'article 297 LECr. El secret postal deixa d'estar protegit quan "objecte «surt» del circuit de comunicació i perd, per la pròpia voluntat del destinatari, aquesta supraprotecció.

Crec que, sens perjudici dels fonaments comuns que serveixen per delimitar el conflicte constitucional, els dos supòsits concrets que preveuen la STC 70/2002 (accés policia a una carta sense sobre que es troba dins d'una cartera de mà) i la 123/2002 (accés policial al llistat de trucades telefòniques procedents del telèfon d'un inculpat) són molt diferents. Aquestes diferències, en una matèria com la de la protecció dels drets fonamentals i la seva limitació en el curs del procés penal, obliguen a ser molt cautelosos a l'hora d'importar les justificacions respectives.

A parer meu, l'accés policia a les dades comunicacionals procedents d'un telèfon s'assembla, per raons elementals d'especialitat, molt més al supòsit que recull la STC 123/2002 que al que aborda la STC 70/2002, per la qual cosa també s'haurien d'haver aplicat els estàndards de valoració utilitzats en la primera.

L'extensió de la protecció que ofereix l'article 18.3 CE a les dades o circumstàncies externes de la comunicació telefònica<sup>14</sup> qüestiona, de forma nuclear, la legitimació constitucional de la policia judicial per obtenir-les directament sense

14 Dades associades a l'acte comunicatiu, com precisa el Reial decret 424/2005, pel qual s'aprova el Reglament sobre les condicions per a la prestació de serveis de comunicacions electròniques.



la intermediació del jutge, per moltes raons d'urgència que hi pugui concórrer. Aquesta qüestió sembla que ha estat definitivament resolta en termes legislatius amb la Llei 25/2007, de conservació de dades relatives a les comunicacions electròniques i a les xarxes públiques de comunicacions.

Afirmar, com recull la STS de 30 de novembre de 2005, que l'accés al llistat gravat del telèfon mòbil només permet identificar números, en el sentit de dades neutres mancades de valor lesiu de l'espai d'intimitat, i no dades sobre el destinatari de la trucada ni el temps ni les hores en què s'han fet les trucades, ha de considerar-se simplement com una aposta voluntarista mancada de corroboració en la realitat tècnica més elemental que envolta els processos comunicacionals. El llistat d'un bon nombre de les trucades rebudes i enviades que està gravat a la memòria d'un telèfon sí que identifica amb precisió una part substancial de les circumstàncies externes del procés comunicatiu i, en aquesta mesura, constitueix un objecte específic de protecció constitucional que ha d'activar la garantia jurisdiccional de l'article 18.3 CE per accedir-hi. Això, sens perjudici que el diferent nivell d'ingerència en el dret fonamental, que cal identificar en l'acte d'intercepció del contingut comunicat, i les circumstàncies en què la comunicació es produeixi justifiquin l'aplicació de diferents estàndards de motivació en la resolució judicial que autoritzi, en un cas o l'altre, l'accés a les dades (STC 123/2002).

La consideració de l'accés a les dades associades a l'acte comunicatiu que es troben a la memòria del telèfon mòbil com un espai d'estricta jurisdiccionalitat hauria d'arrossegar, com a conseqüència, l'activació de la regla d'exclusió de la font de prova obtinguda, i això sens perjudici dels efectes reflexos sobre la resta del material probatori causal i jurídicament vinculat a aquesta font il·lícita.

Entenc que aquesta conclusió no pot enervar-se per l'apreciació d'un supòsit d'urgència en l'actuació policial, com sembla suggerir la sentència cassacional. Sens perjudici que el *factum* de la sentència d'instància no identifica amb claredat aquesta situació, en tot cas cal recordar que l'habilitació legal a la policia judicial, que conté l'article 297 LECr, per assegurar fonts de prova, no pot estendre's a actuacions que la Constitució reserva a la intervenció judicial.

Els fins de prevenció i investigació del delicte que se situen a la base de l'habilitació legal a la policia judicial no permeten ampliar l'espai funcional de recerca autònoma. La jurisdiccionalitat actua com un límit constitutiú de la validesa de les actuacions preventives dels agents policials que no pot desconèixer-se ni desaparèixer-se per raons d'oportunitat.

La proporcionalitat a què es refereix la sentència cassacional com a paràmetre de validació de l'actuació d'accés a les dades del telèfon per part dels agents tampoc no serveix, a parer meu, per convalidar-la. El judici de proporcionalitat en el mode d'actuació no es pot fer amb independència del judici d'oportunitat constitucional de la pròpia actuació. En realitat, el segon està condicionat pel primer. Sense títol constitucional habilitador per a la ingerència, aquesta no pot ser convalidada per més que es pugui identificar que els agents estatals van pretendre ajustar la seva actuació ingerent al paràmetre de l'estricta necessitat.

La qüestió, però, ha estat també tancada constitucionalment per la STC 230/2007, en la qual s'afirma de forma explícita que 'a memòria d'un telèfon mòbil

constitueix objecte de protecció constitucional i que, per tant, l'accés a aquesta memòria ha de ser autoritzat pel jutge d'instrucció.

- c) *Identificació policial sense autorització judicial del número de telèfon mòbil utilitzat per sospitosos de delictes de tràfic de drogues mitjançant targetes de prepagament*

La Secció Tercera de la Sala Penal de l'Audiència Nacional va dictar sentència, de data 28 de juny de 2005, per la qual condemnava diversos acusats com a autors d'un delictes de tràfic de drogues amb circumstàncies agreujants. Aquests van interposar recurs de cassació per diferents motius, entre els quals destaca, als efectes que ens ocupen, el que denunciava una vulneració per la via de l'article 5.2 LOPJ i de l'article 852 LECr, del dret fonamental al secret de les comunicacions (art. 18.3 CE).

En síntesi, el pressupòsit fàctic del gravamen es refereix a l'obtenció per part de la policia dels números de telèfons dels mòbils, mitjançant la captació radioelèctrica o mitjançant un escàner del número IMSI,<sup>15</sup> de la modalitat de targeta prepagament que utilitzaven els sospitosos en les activitats de tràfic de drogues de què van ser objecte d'investigació. En l'acte del plenari, i tot i reiterades denegacions de preguntes sobre la manera en què es van obtenir els números de les terminals, el policia deponent va acabar afirmant que els números van ser identificats mitjançant els aparells que utilitza la policia amb aquesta finalitat.

La Sala de Cassació (STS de 19 de febrer de 2007), amb la majoria dels cinc membres que van formar el tribunal, va afirmar que aquesta manifestació llançava una intensa ombra de dubte sobre la legitimitat d'aquesta actuació, entenent, amb cita expressa de la doctrina del TEDH en el cas Malone i de les STC 123/2003 i 281/2006, que la dada del terminal està protegida de manera decidida pel dret al secret de les comunicacions, així que només l'autoritat judicial podia autoritzar l'activació de mecanismes tècnics de captació i donar lloc al motiu, casant la sentència d'instància.

La Sala, en sentit contrari al que mantenien resolucions prèvies, va afirmar que el número de telèfon forma part del procés comunicatiu, però que se situa en l'esfera dels elements externs d'aquest procés, tot i que no per això està mancat de protecció constitucional, i va rebutjar d'aquesta manera l'argument impugnat del Ministeri Fiscal per al qual l'obtenció d'un número de telèfon mitjançant l'aplicació de mecanismes radioelèctrics de captació d'ones ignots equivalia, en termes d'ingerència, «a descobrir-los utilitzant guies telefòniques (de paper o virtuals) quan hi consten. Similar seria la indagació del domicili d'una persona a través de l'oficina del DNI, el cadastre o altres registres públics...».

15. Identificador únic a escala mundial que es dona a cadascun dels abonats del sistema global per a comunicacions mòbils i UMTS. Consisteix en un codi de país, un codi de xarxa o operador i el codi de l'abonat. Com a màxim pot tenir 15 xifres. IMSI és una sigla que correspon a la denominació anglesa *international mobile subscriber identity* (identificador internacional per a l'abonat de mòbil) [n. de l'ed. Font: TERMCAT, Centre de Terminologia].

La Sala, que qualifica el símil d'inadequat i desafortunat, es fa ressò de la normativa reglamentària (RD 424/2005) abans esmentada que identifica els elements i les etapes del procés comunicacional, i arriba a la sòlida convicció que en aquest cas no pot descartar-se ingerència en l'àmbit de protecció constitucional, quan a més el delictes de revelació de secrets previst en l'article 197 CP preveu específicament com a objecte de protecció qualsevol senyal de comunicació. El tribunal es planteja, tanmateix, el diferent nivell qualitatiu de restricció del dret, però això, si bé pot modular el deure de motivació i fins i tot la forma de motivació, no desplaça la necessitat d'autorització judicial legitimadora.

La sentència va tenir el vot particular de dos magistrats, un dels quals del magistrat Martínez Arrieta, que en la sentència de 30 de novembre de 2005 abans esmentada, havia descartat tot gravamen constitucional en l'accés de la policia a les dades de la memòria del telèfon mòbil precisament perquè considerava que aquestes dades quedaven fora de l'àmbit objectiu de protecció del dret fonamental a les comunicacions, si bé el vot sembla que suavitzava la doctrina jurisprudencial de la qual es nodreix i sembla que admet una lectura més expansiva de l'àmbit de control judicial de les actuacions limitadores del dret fonamental proclamat en l'article 18.3 CE. No obstant això, en aquest cas, els magistrats discrepants consideren que només el nombre emissor de trucades no forma part del circuit comunicatiu i, per tant, la seva obtenció no està sotmesa a reserva de jurisdiccionalitat.

Personalment, comparteixo la decisió majoritària. La necessitat d'adequar els mètodes de recerca al progrés tecnològic no pot arrossegar garanties indisponibles de control, ja que, citant la STC 123/2002, no pot ignorar que «en una societat tecnològicament avançada com l'actual, el secret de les comunicacions constitueix no només garantia de llibertat individual, sinó instrument de desenvolupament cultural, científic i tecnològic col·lectiu».

Els tribunals no han de situar-se en una posició neutral en la defensa de la llibertat i els drets fonamentals quan, a més, per obtenir les finalitats investigatives no era ni inadequat ni de difícil articulació acudir a l'autoritat judicial perquè valorés en termes de ponderació constitucional la necessitat d'ingerència.

No obstant això, aquesta doctrina ha estat qüestionada de forma nuclear per sentències posteriors que s'inicien amb la STS de 20 de maig de 2008, en la qual es descarta la vulneració de dret fonamental en l'obtenció policial d'aquests codis i, per tant, s'habilita la policia a poder-los captar. Els fonaments de la posició de la Sala Segona són els següents (per totes, vegeu STS d'11 de novembre de 2009):

a) En primer lloc, l'IMSI no és sinó l'acrònim d'*International Mobile Subscriber Identity* (identificador internacional per a l'abonat de mòbil). És un codi d'identificació únic per a cada dispositiu mòbil, integrat a la targeta xip SIM (*Subscriber Identity Module*) que s'insereix al telèfon mòbil per assignar-li el número d'abonat o MSISDN (*Mobile Station Integrated Services Digital Network*), que permet identificar-lo a través de les xarxes GSM i UMTS. Proporciona una mesura addicional de seguretat en la telefonia mòbil i, sobretot, facilita la prevenció del frau en la telefonia cel·lular.

Aquest número d'abonat, d'acord amb la norma internacional ITU E.212, està compost per l'MCC o codi del país (3 dígits), per exemple, 214, que correspondria a

Espanya; per l'MNC o codi de la xarxa mòbil (2 o 3 dígits), per exemple, 07, que correspondria a l'operadora Movistar, i finalment per l'MSIN (número de 10 dígits) que conté la identificació de l'estació mòbil.

b) És possible obtenir l'IMSI d'un telèfon mòbil mitjançant un aparell especial que simula el comportament de la xarxa GSM i amb el qual inicia un diàleg de maneja equivalent al que se segueix en la infraestructura de xarxa d'un operador mòbil quan s'encén el mòbil o es canvia de cèl·lula de cobertura. Per això cal que l'aparell s'utilitzi en les proximitats del telèfon que es vol investigar.

c) La doctrina especialitzada sol entendre que l'IMSI, des del punt de vista pericial, equival a una tasca de vigilància convencional, en la qual es determina amb qui es troba el vigilat, amb qui parla, per on es desplaça o quins objectes toca; o bé quin és el domicili d'una persona, per a l'entrada i l'escorcoll del qual, un cop es coneix la dada del domicili, cal demanar en el seu moment el manament judicial pertinent.

S'assenyala, també, que l'IMSI equival al nombre de sèrie de la SIM, o l'adreça MAC d'una interfície de xarxa, de manera que difícilment pot ser considerat fins i tot com una dada de caràcter personal. Un altre identificatiu associat al telèfon mòbil és l'IMEI o *International Mobile Equipment Identity* (identitat internacional de l'equip mòbil), que identifica l'equip amb el seu número de sèrie. Aquest codi es pot saber teclejant «asterisc, coixinet, 06, coixinet», i prement la tecla verda de trucar.

Tant amb l'IMSI com amb l'IMEI es disposa d'informació suficient per poder sol·licitar l'autorització judicial d'identificació per l'operador dels números de telèfon (o MSISDN) que corresponen a aquestes dades, i la intervenció corresponent de les converses.

d) Per això es considera que les proves obtingudes d'aquesta manera són perfectament lícites ja que no entren en l'àmbit de la privacitat de les comunicacions. Així, se sol dir que, igual que es pot veure en una vigilància (mitjançant prismàtics, per exemple), la marca i el model del telèfon mòbil que utilitza un vigilat, es pot obtenir la informació de l'IMSI, mitjançant aquests «prismàtics especials sense fil».

En no afectar les comunicacions, ja que no és possible conèixer el número al qual s'ha trucat o el contingut de la conversa, queda protegit el dret al secret de les comunicacions. Aquest dret és el que fa imprescindible l'autorització judicial per dur a terme les escoltes o «punxades» telefòniques.

e) En la jurisprudència d'aquesta Sala, en particular la STS núm. 249/08, de 20 de maig de 2008, després d'admetre —cosa que no afecta el nostre cas— que és necessària una autorització judicial per a «la cessió» de l'IMSI per part de les operadores, a l'empara de l'article 18.4 CE EDL1978/3879 i de la Llei 25/2007, de 18 d'octubre, de conservació de dades relatives a les comunicacions electròniques i a les xarxes públiques de comunicacions, tampoc no accepta que la «captura» de l'IMSI per les forces de seguretat de l'Estat suposi una vulneració del dret al secret de les comunicacions, atès que, d'una banda, aquesta informació no permet per si sola obtenir la identitat dels comunicants, la titularitat del telèfon mòbil o qualssevol altres circumstàncies que donin a conèixer aspectes susceptibles de protecció a l'empara de l'article 18.3 CE EDL1978/3879, i, de l'altra, la facultat que atorga a les forces i els cossos de seguretat de l'Estat l'article 22.3 de la LO 15/1999, de 13 de desembre, EDL1999/63731, per a la recollida i el tractament de dades, en el marc d'una investi-

gació criminal —mai amb caràcter purament exploratori— per a l'aclariment d'un delicte d'especial gravetat, es pot considerar proporcionada i necessària i, per tant, aliena a qualsevol vulneració de relleu constitucional.

Però el més sorprenent d'aquesta doctrina és que ometi, de forma conscient, el marc legal de jurisdiccionalització per a l'accés a aquestes dades o traces de trànsit comunicatiu telefònic que s'estableix amb claredat en els articles 1, 2, 3 i 4 de la Llei 25/2007. És del tot paradoxal que, per accedir al nombre IMSI o IMEI d'una terminal telefònica mòbil o fixa o del correu electrònic per Internet o de telefonia per aquesta xarxa en poder de les operadores, es requereixi autorització judicial —cosa que ha recordat a més l'Acord de ple no jurisdiccional de 23 de febrer de 2010— i, no obstant això, s'admeti sense cap mena de límit que la policia pugui eludir aquest filtre, acudint a mecanismes de captació directa, i negar, a més, el seu caràcter de dada connexa o procedent del procés comunicatiu. Considero que és una contradicció insalvable.

És evident que es pot discutir sobre si el nivell de jurisdiccionalitat establert pel legislador és una conseqüència ineludible del dret al secret de les comunicacions o si, al contrari, atès el caràcter extraperifèric al procés intern comunicatiu d'aquestes dades, en no afectar el nucli essencial del dret, el legislador pot optar per altres vies d'accés i per altres agents públics per obtenir-lo, com per exemple, habilitant el Ministeri Fiscal, en els termes que proposa Gimeno Sendra.<sup>16</sup> Però el que és difícilment acceptable és que, si el legislador democràtic ha optat per un nivell determinat de protecció i ha precisat l'accés judicial com a única via, el Tribunal Suprem pugui esquivar el full de ruta normativa segons uns pressupòsits, a més, conceptuals manifestament febles.

Per això no em resisteixo a reproduir el vot particular a l'esmentada STS d'11 de novembre de 2009, del magistrat Perfecto Andrés Ibáñez:

La meua discrepància es refereix a les consideracions que, fent-se ressò d'altres sentències d'aquesta sala, s'aboquen a la de la causa, en relació amb els codis IMSI i IMEI i seu valor en el marc dels processos de comunicació telefònica, als efectes dels articles 18.3 CE EDL1978/3879 i 569 LECr EDL1882/1.

Es diu en la sentència que el mètode de captació d'aquestes dades és assimilable (també en la seva significació jurídica) al seguiment en la vigilància convencional, per exemple, d'un subjecte que camina pel carrer, en un desplaçament que pot ser objecte d'observació lliure, com, fins i tot, el mateix ingrés al seu domicili, la violació del qual sí que necessita, en canvi, l'autorització judicial.

Però el similar no és acceptable, perquè —fent ús també metafòricament d'un altre símil molt plàstic— qui simplement transita pel carrer ho fa, per dir-ho d'alguna manera, «a la intempèrie», mentre que el que es comunica telefònicament amb una altra persona, fins i tot en un àmbit públic idèntic, ho fa, en tot allò relatiu a aquesta acció i el coneixement de la qual necessiti alguna mediació tècnica (és a dir, en el que no

16. Diari *La Ley*, núm. 7298, de 4 de desembre.

està a l'abast de qui mira i veu el que succeeix en un entorn públic), sota el paraigua del dret fonamental al secret de les comunicacions.

I el cert és que, des d'aquest punt de vista, el valor pràctic i l'abast en la perspectiva constitucional d'aquests indicadors no es pot trivialitzar, tant pel mètode utilitzat, com pel paper que aquests indicadors tenen en el procés comunicatiu, com per la funció que, a efectes policials i judicials, compleixen les dades corresponents.

Quant al primer, és a dir, al mètode, és sabut (fins on es pot saber en aquests casos i aquestes coses) que l'IMSI i l'IMEI solen ser captats, bé mitjançant un escàner situat en la proximitat de l'usuari del telèfon que s'investiga, bé, com es diu en la sentència, enganyant tècnicament el terminal del qual es vol informació, induint o provocant-hi un error perquè s'identifiqui.

Pel que fa al segon, la informació s'obté del procés comunicatiu cobert amb el secret i mentre dura aquest procés.

I, en fi, el que es persegueix i s'aconsegueix a través d'aquesta manera d'operar és, al cap i a la fi, informació de l'existència i de l'origen o la destinació d'una trucada: és a dir, dades externes del procés de comunicació, de les quals parla el Tribunal Europeu de Drets Humans a la ben coneguda sentència del cas Malone.

És per això que crec que en el cas a examen, l'obtenció d'aquestes dades per una simple via *de facto* i sense autorització judicial va comportar realment una vulneració del dret al secret de les comunicacions.

El que s'ha dit fins ara serveix per confirmar, a parer meu, les debilitats de ' model: les greus anomalies que concorren, la inadequació tecnològica de moltes de les solucions que recull i l'asistematització d'aquestes solucions. Tot això abonat, a més, per una jurisprudència dubitativa que es mou entre el funcionalisme i la preservació de garanties i que col·labora activament, potser de manera inconscient, en la creació d'un model *Frankenstein* ingovernable.

#### 4. LA TRANSFORMACIÓ DE LES FONTS DE PROVA EN PROVA: LA PROPOSICIÓ DE MITJANS DE PROVA PLENARIS

Partint de la naturalesa seqüencial del procés d'adquisició probatòria, la segona de les fases està integrada pels mecanismes processals que permeten l'accés de la font de prova al quadre probatori que s'ha de practicar en l'acte del judici i que serà objecte de valoració pel tribunal com a pressupòsit de la seva decisió. És evident que sense aquest pas, les evidències assegurades no tindran tota la rellevància acreditativa, sens perjudici dels efectes que hagin pogut desplegar en la fase instructora per fundar de forma provisional la inculpció o l'adopció de mesures cautelars de contingut molt ingerent.

El mecanisme de transmutació suggereix, també, importants problemes d'ordre conceptual i pràctic. Una mala o inadequada selecció de mitjans probatoris per part de les acusacions per aportar les fonts de prova pot provocar que el Tribunal no les admeti o que n'impedeixi la valoració.

El marc normatiu i, sobretot, l'ingovernable magma jurisprudencial que l'interpreta, no afavoreixen, precisament, la claredat sobre quins són els mitjans de prova que es poden i s'han de proposar i sobre quines han de ser les condicions de la seva pràctica plenària.

La LECr, als articles 297 i 707, ofereix una guia aparentment senzilla. Totes les actuacions contingudes en l'atestat tenen valor de denúncia i, per tant, han de ser objecte de prova, i precisa que en relació amb els fets de coneixement propi aportats pels agents de la policia judicial, la seva introducció reclamarà, com a mitjà, la prova personal de testimonis.

No sembla, per tant, dubtós que respecte de les actuacions asseguratives que traslladin una percepció sensorial a l'agent que les practica amb valor informatiu per a l'acreditació del fet justiciable, l'únic mitjà possible d'accés sigui mitjançant la prova testifical que s'ha de practicar en condicions d'immediació, oralitat i contradicció en l'acte del judici.

A parer meu, coincidint amb Miranda Estrampes, la diligència d'inspecció ocular que comporta una descripció del lloc en què s'ha comès el presumpte delictes i, en bona mesura, també, una hipòtesi explicativa inferencial de com va poder produir-se el delictes, ha de ser objecte de prova testifical amb independència que en les condicions de producció concorregués contradicció defensiva. Aquesta circumstància, aliena a l'acte d'assegurament de la font de prova, no és indiferent però no compromet el vehicle probatori. La seva projecció, com apuntàvem *ut supra*, serà en la seqüència de la valoració, no en la de la proposició/admissió. L'afirmada naturalesa preconstituïda d'inspeccions oculars practicades per la policia en les condicions previstes en l'article 333 LECr no permet l'accés per la via documental a l'empara de l'article 726 LECr, ni tampoc per la via prevista per les diligències sumarials irreproduïbles descrita en l'article 730 LECr.

No obstant això, la jurisprudència constitucional i, darrere seu, la de la Sala Penal del Tribunal Suprem, han matisat la necessitat de prova personal per accedir a determinades dades de l'atestat quan aquestes són de caràcter objectiu i verificables com ara croquis, plànols, petjades, fotografies, la recollida d'efectes del delictes (STC 138/92, 173/97 i 143/2005), i que n'hi ha prou amb introduir-les com a prova documental.

Sens perjudici que la prova documental, en sentit estricte, ha d'estar referida a la plasmació en suport físic de dades rellevants per al procés que s'ha produït amb caràcter previ a la seva incoació, l'extensió de la categoria a dades documentades en l'atestat s'ha de fer amb molta precaució, tenint en compte els riscos de reducció de contradicció material que comporta i els conseqüents dèficits de qualitat cognitiva que poden afectar la dada probatòria.

L'admissió, com a prova documental, d'aquests elements de l'atestat s'ha de posar en relació amb la naturalesa de la dada que es pretén acreditar i amb les possibilitats epistèmiques de què disposa la defensa per combatre la seva rellevància acreditativa. En efecte, si per a l'obtenció de la dada els agents no han operat amb categories inferencials i s'ha plasmat mitjançant mètodes en què no és possible la intervenció selectiva o modificativa dels agents, sembla raonable considerar que el document produït és, en termes objectius, autoevident, és a dir, que no hi ha

marge possible perquè mitjançant la pràctica plenària, les parts, en particular les defenses, combatin la qualitat informativa.

Les fotos o les gravacions videogràfiques que es preveuen com a diligències asseguradores en l'article 770 LECr, sempre que es descarti possibilitats manipulatives de la imatge recollida, esgoten el seu cabal informatiu en si mateixes, sense que entre el procés d'aportació i de valoració el tribunal necessiti dades explicatives o descriptives accessòries. La funció informativa i les possibilitats defensives se satisfan de forma suficient amb l'aportació i la possibilitat d'exhibició plenària mitjançant la via documental. Pel que fa als instruments o efectes del delictes, el seu accés al quadre probatori no pot residir en 'a mera referència en l'atestat sinó en la seva recepció com a peces de convicció que constitueixen un mitjà probatori *sui generis* amb regles especials de pràctica plenària.

Però sens dubte són les actuacions asseguratives de fonts de prova, dutes a terme per la policia judicial, que consisteixen en anàlisis o perícies sobre efectes, restes o instruments del delictes, les que suggereixen més problemes amb vista a la seva aportació al quadre de proves disponibles.

Si bé la doctrina de la Sala Segona, com no podia ser d'altra manera, no reconeix, *stricto sensu*, valor preconstituït a aquests informes pericials, tanmateix ha endolcit les exigències de vehicular la seva introducció per mitjà de prova de caràcter personal, estimulant un constant procés de documentalització de la font de prova. Des d'un punt de vista indissimuladament funcionalista, la Sala Segona ha admès la introducció, per via documental, d'informes pericials elaborats per gabinets o laboratoris oficials, sempre que la defensa no els impugnes en temps oportú, atesa la imparcialitat, l'objectivitat i la competència tècnica dels funcionaris integrants. Aquestes notes permeten atribuir als dictàmens, *prima facie*, validesa plena<sup>17</sup> sense necessitat de contradicció plenària.

La regla de documentalització de la font pericial ha tingut un desenvolupament notable i s'estén a informes no provinents de gabinets centrals, a partir de l'argument anomenat de *l'acceptació tàcita*.<sup>18</sup>

Aquest argument suposa que és a la defensa a qui incumbeix pretendre els aclariments dels perills en el plenari o, si escau, la impugnació de les seves conclusions, en el moment processal oportú, ja que en cas contrari, el silenci al·legatori equivaldrà a l'admissió, en primer lloc, del mitjà probatori documental i, en segon lloc, de les conclusions del dictamen.

A parer meu, la regla jurisprudencial comporta costos cognitius importants i inassumibles per a un model d'acostament a la veritat que s'ha de basar en un mètode materialment contradictori i, també, en el pla dels principis bàsics, en particular el que determina que és a l'acusació a qui incumbeix de forma exclusiva l'acreditació dels fets constitutius de la pretensió de condemna.

En efecte, la documentalització de l'informe pericial desnaturalitza el mitjà hàbil per permetre al tribunal l'accés a la informació rellevant i compromet ma-

17. STS 10 6.99, 23.2.2000, 28.6.2000, 18 1.2002 i 25 1.2005.

18. Acords de ple no jurisdiccional de la Sala Penal de 25. 1. 1999 i de 23.2.2001.



terialment la regla de producció contradictòria. En aquest sentit, s'ha d'insistir que la recerca de la veritat en el procés constitueix un fi natural i irrenunciable d'aquest, però alhora no es pot ignorar que la mateixa noció de veritat està molt condicionada pels valors que es tradueixen en el mètode a través del qual la recerca es desenvolupa. D'aquí que hi hagi una relació íntima entre veritat i producció contradictòria, ja que aquesta constitueix un veritable pressupòsit epistemològic que permet que la primera es manifesti independentment del que vulguin les parts mitjançant la trobada dialèctica i ritualitzada entre els antagonistes durant la formació de la prova.<sup>19</sup>

El dictamen pericial, per essència, incorpora màximes d'experiència que el tribunal no té, la selecció, la validació i la justificació de les quals depenen d'un perit, el qual aplica de forma selectiva, encara que no sigui arbitrària, mètodes i coneixements no sempre neutrals o indiscutibles per a la mateixa comunitat científicotècnica a la qual pertany. És evident, per tant, la necessitat epistèmica de sotmetre a debat contradictori les conclusions i els mètodes emprats amb la finalitat essencial que el jutge pugui accedir a la regla d'experiència transmesa i la qualifiqui d'acceptable o valuosa per a la reconstrucció fàctica. La qualitat de la conclusió pericial reclama identificar la validesa del mètode seguit per obtenir-la i, no per ordre d'importància, identificar la taxa de refutabilitat de la conclusió i el grau de consens en la comunitat tecnicocientífica dels pressupòsits i les dades dels quals parteix i als quals arriba. Aquests objectius probatoris d'alguna manera poden obtenir-se justament mitjançant la simple introducció documental de la perícia i la seva lectura formalitzada en l'acte del judici.

Però, com deia, la documentalització dels informes pericials comporta un altre risc alarmant: la modificació de la càrrega probatòria en les acusacions.

Comparteixo l'opinió de Miranda Estrampes quan afirma que:

La doctrina de l'acceptació tàcita actua a mode d'inversió jurisprudencial de la càrrega probatòria en imposar a la part acusada una determinada actuació processal, consistent en la sol·licitud de citació dels perits per a la vista oral o en la proposició de contraprova, i l'expressa impugnació dels resultats del dictamen pericial, ja que en cas contrari el seu silenci o la seva postura passiva s'interpretaran com a acceptació d'aquests resultats.

La doctrina de l'acceptació tàcita ha estat rebuda de forma contradictòria pel mateix TC, que n'avalua les conseqüències de manera explícita, entre altres, en la STC 24/1991 i la STC 143/2005<sup>20</sup> i la qüestiona de manera nuclear a la STC 9/2004.

En aquesta última decisió, en la qual s'anализava una pretensió d'empara per violació de la presumpció d'innocència en haver-se atribuït valor probatori a un dic-

19. FERRUA.

20. En aquesta última sentència s'expressa aquesta posició de manera sorprenent, i se situa, possiblement, en el supòsit més extrem d'aplicació de la clàusula de documentalització de prova pericial. Es va validar la introducció documentada d'un dictamen elaborat per perits de l'Agència Tributària sobre el qual es va basar la condemna per un delicte contra la Hisenda Pública del recurrent en empara.

tamen elaborat sense contradicció en fase instructora i introduït per via documental en el plenari, l'Alt Tribunal de Garanties aborda explícitament les conseqüències amb vista a l'abast de la regla de distribució de càrregues d'acreditació.

El cas presentava algunes singularitats. L'informe pericial (sobre el valor dels danys causats a un gos) s'havia emès en fase instructora sense contradicció i l'acusat (recurrent en empara) va ser qui, amb caràcter previ a l'acte del judici oral, va proposar la prova pericial —amb la finalitat de ratificar i aclarir aquest informe. Va ser també l'aleshores acusat qui, incomparegut el perit a l'acte del judici oral, va sol·licitar-ne la suspensió i va formular protesta davant la denegació d'aquesta sol·licitud, i també va demanar que confessin en acta les preguntes que hauria formulat al perit. L'acusat, condemnat a la instància com a autor d'un delictes de danys, no va reiterar la petició de prova en la segona instància, sinó que es va limitar a al·legar indefensió per falta de contradicció.

La fonamentació de la sentència és de particular interès.

El Tribunal parteix per a l'anàlisi de la pretensió d'un primer test relatiu a si l'accés del tribunal a la informació probatòria es va dur a terme respectant les garanties constitucionals. En particular, si existia una adequació entre l'accés a la font de prova i el mitjà probatori utilitzat per introduir-la en el quadre probatori, després d'advertir que la valoració de proves la pràctica de les quals no s'ajusta a aquests exigències constitucionals lesiona el dret a un procés amb totes les garanties.

Entre aquestes, el Tribunal concedeix una particular importància a la contradicció i reitera que «el principi de contradicció, en qualsevol de les instàncies processals, constitueix una exigència ineludible», però adverteix, a continuació, que no podia exigir-se a l'acusat que per obtenir-la assumís la càrrega de sol·licitar la pràctica del mitjà probatori personal, «ja que l'aportació a judici de les proves de càrrec amb garanties constitucionals (entre elles la contradicció) no correspon en absolut a l'acusat sinó a l'acusació».

Sobre el contingut d'aquesta càrrega del Tribunal afegeix que:

[La càrrega] recau en el procés penal en les parts acusadores, les quals han de provar en judici els fets constitutius de la pretensió penal, ja que l'article 24.2 CE significa que es presumeix que els ciutadans no són autors de fets o conductes tipificades com a delictes i que la prova de l'autoria i la prova de la concurrència dels elements del tipus delictiu correspon als qui, en el procés penal corresponent, exerciten l'acció.

Sobre la manera de satisfacció de la càrrega, el Tribunal recorda que:

Únicament poden considerar-se autèntiques proves que vinculin els òrgans de la justícia penal en el moment de dictar sentència les practicades en el judici oral, ja que el procediment probatori ha de tenir lloc precisament en el debat contradictori que, de forma oral, es desenvolupa davant del mateix jutge o tribunal que ha de dictar sentència, de manera que la convicció d'aquest sobre els fets jutjats s'aconsegueixi en contacte directe amb els mitjans aportats amb aquesta finalitat per les

parts (STC 161/1990 i, en el mateix sentit, entre d'altres, STC 174/2003). No obstant això, la nostra jurisprudència ha admès també que excepcionalment puguin integrar-se en la valoració probatòria el resultat de diligències sumarials si concorren determinades circumstàncies: impossibilitat de reproducció en el judici oral, intervenció del jutge d'instrucció, possibilitat de contradicció, introducció del contingut de la diligència en el judici oral, bé mitjançant lectura de l'acta en què es documenta, bé a través dels interrogatoris que hi ha hagut en el judici oral.

Partint d'això, el Tribunal va identificar lesió del dret a un procés amb totes les garanties, que es va projectar de forma particular en el dret a la presumpció d'innocència.

En aquest cas, la valoració de l'animal mort en la suma de 85.000 pessetes, que es recull en el relat de fets provats, va ser feta en fase d'instrucció, amb la sola presència del jutge d'instrucció, sense contradicció, per un «perit taxador professional», segons consta en la diligència feta a aquest efecte. Les sentències impugnades van assumir el contingut de l'informe pericial sense aquesta exigència constitutiva, la qual no es pot suplir mitjançant fórmules inversores de la càrrega de prova ni mitjançant fórmules presumptives d'acceptació. Ni l'acusat tenia la càrrega d'introduir el mitjà probatori per transmetre la informació rellevant —l'emissió del dictamen pel perit que el va elaborar— ni menys encara pretendre la pràctica, en segona instància, com a conseqüència de la incompareixença del perit a la vista davant del jutge penal.

El que s'ha dit fins ara serveix per palesar, també, un confús estat de coses i els riscos que es generen.

Crec necessària una reformulació restrictiva de la regla de documentalització i de l'estàndard de l'acceptació tàcita que li serveix d'aríet si es vol situar, en primer terme, el mètode contradictori d'acostament a la veritat en el paper central que li correspon en la producció de mitjans probatoris. En segon lloc, preservar els riscos d'afectació de la presumpció d'innocència mitjançant fórmules inversores de la càrrega de la prova. I en tercer lloc, garantir les millors bases cognitives sobre 'es quals el jutge ha d'atribuir valor als mitjans de prova.

En tot cas, sóc conscient que les fórmules jurisprudencials que desplacen «al racó de les andròmines» les necessitats d'adequació, en termes epistèmics i de contradicció desitjable, entre la informació probatòria i el mitjà probatori amb el qual es pretén introduir, estan molt arrelades. I sóc conscient, també, que el legislador, amb la reforma de la LECr operada per la Llei 38/2002, en introduir l'article 788.3 LECr que documentalitza, *ex lege*, les perícies policials sobre la naturalesa de les substàncies,<sup>21</sup> no facilita precisament el canvi que es defensa en aquestes línies.

Però la reforma pot ser també llegida en una altra clau. Si el legislador democràtic només ha previst la documentalització del mitjà probatori, que permet

21. Reforma que ha propiciat l'Acord de ple no jurisdiccional de la Sala Segona, de 25 de maig de 2005, que rebaixa les condicions d'impugnació i, per tant, de necessitat de pràctica plenària contingudes en els acords de 1999 i 2001 esmentats més amunt.

L'accés a les fonts de prova pericial l'objecte de les quals són les anàlisis quantitatives i qualitatives de droga, és perquè considera inadequada 'a transformació de' model d'adquisició probatòria respecte de la resta de pericials. Per tant, la conseqüència és que l'excepció no pot convertir-se en regla.

Penso que concorren raons sòlides per defensar el necessari accés de la font pericial produïda per la policia judicial mitjançant la prova de perits plenària, i que els dubtes i les incerteses de la jurisprudència constitucional confirmen que la qüestió no pot, ni de bon tros, considerar-se tancada.